

879309

32

UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE

FACULTAD DE DERECHO

**LA DESINTEGRACIÓN FAMILIAR EN EL CÓDIGO CIVIL
DEL ESTADO DE GUANAJUATO**

**TESIS QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO**

**PRESENTA:
LARREA YAÑEZ, MARÍA ALEJANDRA**

**FALLA DE ORIGEN
1995**



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

LIBRARY OF THE
BUREAU OF THE
CENSUS
WASHINGTON, D. C.

DEDICATORIAS

32
28

Agradezco a DIOS, por la vida, salud e inteligencia que durante el transcurso - de mis Estudios me permitió concluir una etapa importante en mi vida!

A mi Familia:

Por el gran Apoyo Moral y Económico que me brindaron incondicionalmente durante toda mi carrera habiendo depositado en mi su confianza para así - lograr el objetivo propuesto que Hoy no solo es Mío sino de Ustedes.

GRACIAS.

A mis Maestros:

Por transmitirme sus conocimientos a lo largo de esta carrera.

GRACIAS.

A mi Asesor:

Lic. Arturo Hernández Zamora, por su tiempo y dedicación en la realización de este trabajo.

GRACIAS.

A mis Amigos:

Por su compañía y por los gratos momentos que compartimos juntos.

GRACIAS.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

EL DERECHO DE FAMILIA Y SUS GENERALIDADES.

1.1. La Familia.....	2
1.2. El Derecho de Familia.....	3

CAPITULO II

LAS FUENTES DE LA FAMILIA.

2.1. El Matrimonio.....	8
2.2. El Concubinato.....	13
2.3. La Filiación.....	17
2.4. La Adopción.....	28

CAPITULO III

EL DEBER JURIDICO FAMILIAR.

3.1. Planteamiento	39
3.2. Obligaciones Morales	40
3.3. El Deber Jurídico en Nuestro Derecho Positivo	43
3.4. Relación de los Principales Deberes Conyugales y Familiares	45

CAPITULO IV

DERECHOS Y OBLIGACIONES FAMILIARES.

4.1. Derechos Subjetivos Familiares	60
4.2. Obligaciones Familiares	61
4.3. Relación de los Principales Derechos y Obligaciones Familiares	64

CAPITULO V
LA CONDICION JURIDICA DE LA MUJER.

5.1. Introducción.....	69
5.2. Enfoque Sociológico	70
5.3. Enfoque Teológico.....	71
5.4. Enfoque Filosófico.....	71
5.5. Enfoque Histórico.....	72
5.6. Enfoque Jurídico.....	74

CAPITULO VI
LA DESINTEGRACION FAMILIAR DERIVADA DE NUESTRO CODIGO CIVIL
EN EL ESTADO DE GUANAJUATO.

6.1. Introducción.....	76
6.2. Año Internacional de la Mujer 1975.....	77
6.3. La Excesiva Intervención Estatal en la Vida Familiar.....	84
6.4. Una Igualdad Jurídica Mal Entendida por el Legislador.....	86
6.5. La Familia Sin Autoridad.....	90
6.6. La Intromisión de la Autoridad Judicial en la Familia.....	91
6.7. La Norma Jurídica Familiar Ajena a la Realidad del Estado de Guanajuato.....	93
6.8. La Desprotección de la Mujer en Relación a sus Hijos.....	95
6.9. Normas Jurídicas Defectuosas en Perjuicio de la Familia.....	96
6.10. El Desequilibrio entre el Derecho y la Moral.....	100
CONCLUSIONES.....	102
BIBLIOGRAFIA.....	105

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

Nuestro Código Civil y las mismas costumbres en nuestro Estado, demuestran que el derecho en materia familiar presenta un estado de grave crisis, a pesar de que, sobre todo los profesionales del derecho están obligadas a aportar su conocimiento para tenerlo al día.

Con el propósito de actualizar nuestros conocimientos en materia de derecho familiar he decidido abordar de una manera analítica, las distintas reformas que ha sufrido nuestra legislación civil en esa área.

Para ello, necesariamente, recurriremos a las fuentes de dichas reformas, donde encontramos una realidad digna de avergonzar al más distinguido de los legisladores, sobre todo de aquellos que tienen una formación jurídica, y aún más de quienes ejercen la abogacía como profesionales del derecho.

En efecto, pudimos descubrir con tristeza como nuestros legisladores en el Congreso del Estado, sólo se limitan a imitar a sus correligionarios en el Congreso de la Unión, fusilándose prácticamente las reformas hechas al Código Civil para el Distrito Federal, de manera literal, sin meditar siquiera que las circunstancias, históricas, sociales, culturales y económicas entre ambas sociedades son diametralmente diferentes, casi opuestas.

Quizá la más grave en todo ello, sea la garrafal deficiencia del modelo que sirvió de inspiración a nuestros legisladores, pues como lo podremos

constatar en la presente investigación, todas las reformas que estudiamos en este trabajo carecen de un sustento ético jurídico y más bien obedecen a un interés político del Presidente de la República en turno de quedar bien ante los ojos de la comunidad internacional, lo cual para los legisladores del Congreso de la Unión es triste y vergonzante.

Quizá más grave lo sea el hecho de haber planteado un paquete de reformas al Código Civil del Distrito Federal que constituía sólo una parcialidad del proyecto global consistente en crear y consolidar al Derecho Familiar como una rama autónoma del Derecho, sin contra aún con el proyecto total, era pues la avanzada de una gran reforma que no sólo no llegó a consolidarse, sino que ni siquiera conto con el respaldo y apoyo del régimen del gobierno de la República siguiente, para darle la continuidad necesaria, quedando dicha reforma sólo como un parche a todos los Códigos del país, incluyendo desde luego el del Estado de Guanajuato.

Por lo anterior, sostenemos la necesidad de concluir la obra consolidadora del Derecho Familiar como rama autónoma del Derecho, creando para ello su propia legislación sustantiva y adjetiva, sus propios Tribunales, Jueces, Magistrados y delinear de una manera definitiva sus propias instituciones y doctrina.

Creemos que solamente así, con una obra acabada consolidada y definida podremos apreciar las bondades de una nueva rama del derecho, como lo es el Derecho Familiar.

LA SUSTENTANTE.

CAPITULO I

EL DERECHO DE FAMILIA Y SUS GENERALIDADES.

SUMARIO

- 1.1. La Familia. 1.2. El
Derecho de Familia.

1.1. LA FAMILIA.

Los grupos familiares han existido en todas las culturas a lo largo de la historia del hombre; así, la familia se constituye en una institución que ha sido definida de muy distintas maneras: se le ha considerado como la célula primaria de la sociedad, como el núcleo inicial de toda organización social, como el medio en que el individuo logra su desarrollo, tanto físico y psíquico como social. También se le ha señalado como la unidad económica que constituye la base de la seguridad material del individuo, a través de sus diversas etapas de desarrollo, primero en el seno de la familia dentro de la cual nace y posteriormente en el de la familia que hace.

De esta manera, el término familia tiene diversas acepciones, ya que su significado dependerá del ángulo en el cual se coloque el estudioso para reflexionar científicamente sobre ella como la institución y así conocerla.

1.1.1. CONCEPTO BIOLÓGICO.

Deberá entenderse como el grupo constituido por la primitiva pareja y sus descendientes, sin limitación.

1.1.2. CONCEPTO SOCIOLÓGICO.

Es la institución social formada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos, y los individuos unidos, a ellos por intereses económicos, religiosos o de ayuda.

1.1.3. CONCEPTO JURIDICO.

El concepto jurídico de familia responde al grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como por otras personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio o sólo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos.

Nuestro Código Civil no lo define ni precisa el concepto de familia. Fundado en una concepción individualista. Sólo señala los tipos, líneas y grados del parentesco y regula las relaciones entre los esposos y parientes.⁽¹⁾

1.2. EL DERECHO DE FAMILIA.

Si se toman los elementos conceptuales básicos de los conceptos biológico y sociológico de la familia, y se incorporan los propios del concepto de derecho, se arriba a la definición de derecho de familia, concepto cuya interpretación resulta prioritaria para comprenderse con mayor claridad.

1.2.1. CONTENIDO Y DEFINICION.

Con ambos conceptos de familia y de derecho, se integra lo que conceptualmente se conoce como derecho de familia, que forma parte del derecho civil y reglamenta las relaciones entre los miembros del conglomerado familiar.

De esta manera se define al derecho de familia como la regulación jurídica

(1) BAQUEIRO Rojas Edgar, Derecho de Familia y Sucesiones, Edit. Harla, S.A. México, D.F., 1990, p.p.7-9

de los hechos biosociales derivados de la unión de los sexos a través del matrimonio y el concubinato y la procreación de los hijos por la institución de la filiación.

1.2.2. FUENTES.

A partir de este concepto, es fácil observar los hechos biosociales regulados por el derecho son exclusivamente aquellos que se derivan de las instituciones -matrimonio, concubinato y filiación, de aquí que se afirme que ellas constituyen fuentes, tanto de la familia como del derecho de familia.

Sin embargo, la ausencia de descendientes de la pareja origina, otra figura jurídica; la adopción que constituye, así otra de las fuentes de las relaciones familiares.

Además de estas cuatro instituciones -matrimonio, concubinato, filiación y adopción, el derecho de familia regula otras como la sucesión y la tutela.

En general, podemos señalar tres grandes conjuntos de fuentes:

1.- Las que implican a la unión de los sexos, como el matrimonio y el concubinato.

2.- Las que implican a la procreación, como la filiación, matrimonio, extramatrimonial y la adopción.

3.- Las que implican a las instituciones familiares en términos de asistencia como la tutela y el patrimonio familiar.

1.2.3. UBICACION EN EL CAMPO DE LAS DISCIPLINAS JURIDICAS.

Para fundamentar los argumentos que hacen suponer que el derecho de familia como disciplina reúne caracteres que lo asemejan con el derecho público se dice:

- Que es notoria la intervención del poder público en las relaciones familiares, las que no pueden crearse ni resolverse sin la intervención del agente estatal, ya sea administrativo juez del registro civil o judicial, juez familiar.

- Que el concepto de función, propio del derecho público, es característico, de las relaciones familiares, donde los derechos son recíprocos y dados para el cumplimiento de los deberes correspondientes. Por ejemplo el deber de dar alimentos es recíproco, ya que es deber y derecho, y las facultades del padre de familia son otorgadas por el Estado para que cumpla con sus deberes como tal.

- Que los derechos y deberes otorgados y establecidos mediante una norma de esta naturaleza para regular las relaciones familiares, son irrenunciables e imprescriptibles. Ello indica que la sola voluntad de los sujetos no puede alterarlas o suprimirlas y, además, que muchas de las facultades no se pierden merced al simple transcurso del tiempo.

1.2.4. AUTONOMIA.

Para que una parte del derecho pueda adquirir independencia, se requiere que posea:

1.- Independencia doctrinal, en cuanto se impartan cursos y existan tratados específicos sobre la materia;

2.- Independencia legislativa, en tanto existan ordenamientos especiales para regularla (leyes, códigos) y

3.- Independencia judicial, en lo que se refiere a la creación de tribunales propios, procedimiento especial y jueces dedicados exclusivamente a ella.(2)

(2) BAQUEIRO Rojas Edgar, Ob. Cit. p.p. 10-12

CAPITULO II

LAS FUENTES DE LA FAMILIA.

SUMARIO

2.1. El Matrimonio. 2.2. El
Concubinato. 2.3. La Filiación. 2.4. La
Adopción.

2.1. EL MATRIMONIO.

2.1.1 CONCEPTO.

Para atender al problema de la definición del matrimonio, es necesario tener presente que este término implica fundamentalmente dos acepciones:

1.- Como acto jurídico, el matrimonio es un acto voluntario efectuado en un lugar y tiempo determinado, ante el funcionario que el Estado designa para realizarlo.

2.- Como estado matrimonial, el matrimonio es una situación general y permanente que se deriva del acto jurídico, originando derechos y obligaciones que se traducen en un especial género de vida.

Si consideramos que del acto jurídico emana el estado matrimonial, lo que los hace indisociables e integrantes de una sola institución que es el matrimonio, en términos generales éste puede definirse como el acto jurídico complejo, estatal, que tiene por objeto la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer.

2.1.2. NATURALEZA JURIDICA.

El hecho de arribar tal abstracción conceptual del matrimonio implica la revisión de diversos conceptos a él vinculados, como la voluntad de los contrayentes y los diversos momentos y hechos históricos que van determinándolo en el tiempo y conforman la explicación sobre su naturaleza jurídica.

En todos los casos de matrimonio celebrado, el papel de la voluntad de los contrayentes ha sido determinante; no así en otros sistemas, ajenos al nuestro, en los que se dan casos como los de los matrimonios por venta de la mujer, raptó y acuerdo de los progenitores.

En los sistemas jurídicos occidentales ha sido siempre indispensable la manifestación de la voluntad de los contrayentes ante el ministro de la iglesia o el oficial del registro civil.

Esta circunstancia ha llevado a concluir que el matrimonio es un acuerdo de voluntades y por lo tanto, constituye un contrato.

No cabe duda de que el acuerdo de voluntades es indispensable para que se realice el matrimonio: tanto los autores, como la autoridad eclesiástica han reconocido el carácter voluntario y libre de la unión matrimonial. Así, tradicionalmente se identificó todo acuerdo de voluntades como un contrato y, para distinguirlo del acto religioso -considerando también como un sacramento las autoridades políticas, tanto de la Revolución Francesa como los legisladores de nuestras Leyes de Reforma, concibieron al matrimonio como un contrato, un contrato de naturaleza civil.

En México, la promulgación y publicación de leyes como la del 27 de enero de 1857, que establecía para toda la República el registro del estado civil, y la del 27 de julio de 1859 sobre el matrimonio, le dieron por primera vez el carácter de acto laico, totalmente ajeno a la autoridad eclesiástica, y lo

denominaron contrato, concepción con la que paso a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. De igual manera en el Código Civil para el D.F. de 1870 se reglamentaba el matrimonio y se le instituye con carácter eminentemente contractual, laico y civil.

Al matrimonio no sólo se le ha considerado como contrato a partir de actos de afirmación política, sino que también importantes tratadistas le han dado tal denominación. Señalan, además, que se trata del contrato más antiguo: al ser el origen de la familia, lo remontan hasta los albores de la humanidad.

El concepto del matrimonio como contrato tiene una larga tradición doctrinal y cuenta con defensores importantísimos, tales como Merce Planiol quien lo define como "la unión sexual del hombre y de la mujer, elevada a la dignidad del contrato por la ley, y de sacramento por la religión".

Sin embargo, más recientemente otros autores han objetado el carácter contractual del matrimonio, sin desconocer el papel que la voluntad de los contrayentes juega en su celebración. Entre estos autores figuran:

a) León Dugin, quien sostiene que el matrimonio constituye un acto jurídico condición; es acto jurídico porque es una declaración de voluntad a la que el derecho otorga determinados efectos. Es condición en tanto resulta indispensable para el nacimiento de un estado jurídico previamente establecido, con derechos y deberes que no pueden ser alterados por las partes.

b) Antonio Cicu, quien manifiesta que el matrimonio no es un contrato, ya que no es la sola voluntad de los contrayentes la que lo crea; para que exista el matrimonio se requiere que éste sea declarado por el oficial del registro civil. Por lo tanto, aunque haya acuerdo de los interesados éste no es suficiente, puesto que sin el oficial del registro civil no hay matrimonio. Así el matrimonio es un acto complejo de poder estatal que requiere de la voluntad de los contrayentes y la del Estado.

c) Houriou y Bonnecase, por su parte sostienen que el matrimonio es una institución jurídica, ya que por ella se entiende una organización de reglas de derecho unidas por un fin común y a la que se someten los esposos al declarar su voluntad en el acto de celebración.

En síntesis, los diversos autores, distinguen en el matrimonio estas características:

a) Es un acto solemne;

b) Es un acto complejo por la intervención del Estado. Requiere de la concurrencia de la voluntad de las partes y de la voluntad del Estado.

c) Es un acto que para su constitución requiere de la declaración del juez del registro civil.

d) En él, la voluntad de las partes no puede modificar los efectos previamente establecidos por el derecho, ya que sólo se limita a aceptar el estado de casado con todas sus implicaciones, queridas o no.

e) sus efectos se extienden más allá de las partes y afectan a sus respectivas familias y a sus futuros descendientes.

f) su disolución requiere de sentencia judicial o administrativa; no basta con la sola voluntad de los interesados.

2.1.3. ETAPAS.

En el matrimonio deben distinguirse tres etapas.

a) La etapa prematrimonial, conocida como noviazgo, está prevista en la regulación de los esponsales, o sea el compromiso de celebrar el matrimonio en un futuro. Durante este período pueden presentarse impedimentos que obstaculicen el noviazgo, de manera que no pueda llegarse a la celebración del compromiso de esponsales, y menos al matrimonio. En este período no existen obligaciones entre los novios, por lo que libremente pueden ponerle fin.

b) La celebración propia del acto, que debe considerarse como el momento de nacimiento del acto jurídico. Para su existencia y validez se requiere de diferentes manifestaciones de voluntad; la de los contrayentes, la del juez del Registro Civil, la de los testigos, y en el caso de matrimonio de menores la de sus padres o tutores. Los hermanos Mazeaud denominan a este período como matrimonio fuente, pues de él se deriva el estado matrimonial o matrimonio-estado. Como todo acto jurídico, puede estar afectado por diversas causas de nulidad.

c) La etapa del estado matrimonial es el período que resulta de la celebración del acto y constituye toda una forma de vida que se encuentra regulada no sólo por el derecho sino por la moral, la religión y la costumbre. Es a esta situación jurídica, general y permanente, que puede darse la denominación de institución, creadora constante de derechos y deberes, y que es aplicada a los cónyuges, parientes y descendientes, independientemente de su aceptación y reconocimiento como tales, e incluso de su conocimiento. A esta etapa del matrimonio se pone fin con el divorcio o con la muerte.(1)

2.2. EL CONCUBINATO.

2.2.1. DEFINICION.

Al lado de la unión matrimonial, que es el acto y estado jurídico reconocido por el derecho como generador de efectos no sólo de la pareja y de los hijos, sino también en relación con otros parientes, se han dado y existen actualmente otras uniones más o menos permanentes que se asemejan al matrimonio, pero a las cuales el derecho no les ha concedido efectos, o bien se los ha otorgado en términos muy limitados. Una unión con estas características es el concubinato, por el cual podemos entender la unión libre y duradera entre un hombre y una mujer, que viven y cohabitan como si estuvieran casados, y que puede o no producir efectos legales.

(1) GALINDO Garifas Ignacio, Derecho Civil, Edit. Porrúa, S.A., México, 1988 p. 438

2.2.2. SU REGULACION EN EL TIEMPO Y ESPACIO.

La denominación concubinato nace en el derecho romano para designar a la unión de una pareja cuyos miembros viven como esposos, pero que por falta del *connubium* o debido a consideraciones políticas no podían o no querían celebrar *justae nuptiae*.

En el derecho romano al concubinato se le reconocieron ciertos efectos sucesorios para la concubina y los hijos de tal unión. Estos nacían *sui juris*, ya que el concubinato no creaba parentesco con el padre. Asimismo, se le llegó a considerar como un matrimonio de rango inferior, *inaequale, conjugium*, en el que no debía haber afectivos maritales, pues al no requerirse de formalidad alguna para constituir el matrimonio *sine manus*, lo único que lo distinguió de éste en los últimos tiempos fue la intención.

En el derecho canónico se desconoce todo efecto al concubinato, (excepto respecto de los hijos a los que mejora en su situación en relación con el padre) y se declara pecaminoso. Para este derecho, sólo producirá efectos la unión celebrada ante la iglesia.

En el antiguo derecho español, la unión conocida como concubinato se denomina *barraganía* y fue reglamentada por Alfonso X "El Sabio" en las Siete Partidas. Debido a la frecuencia con que se presentaban estas uniones irregulares, aún de personas casadas, o cuando las partes eran de condición

social diferente, en las Siete Partidas se fijaron los requisitos, que hasta ahora se aceptan, para que tales uniones se califiquen de concubinato y produzcan efectos jurídicos. Tales requisitos son:

- a) Sólo debe haber una concubina y desde luego un solo concubino.
- b) Ninguno de los dos debe estar casado, ni existir impedimento entre ellos para casarse.
- c) La unión debe ser permanente.
- d) Deben tener el status de casados; esto es, tratarse como tales y ser reconocidos en su comunidad como si fueran esposos.

En todos los sistemas en que se han reconocido algunos efectos al concubinato, éstos han sido menores que los del matrimonio y sólo algunos sistemas los equiparan al considerar al concubinato como un matrimonio de hecho, otorgándole los mismos efectos.

2.2.3. EFECTOS DE ACUERDO CON EL CODIGO CIVIL PARA EL D.F., ALIMENTOS, SUCESION, PRESUNCION DE PATERNIDAD.

En nuestro país, el Código Civil para el D.F., comenzó por reconocer la necesidad de conceder al concubinato algunos efectos, pero siempre menores que al matrimonio y solamente respecto de la mujer y en relación con los hijos. Posteriormente, nuevas reformas conceden al varón los mismos derechos que a la mujer, y recientemente el concubinato se ha equiparado con el matrimonio.

En la actualidad nuestro Código Civil le reconoce a los concubinos los siguientes efectos:

- 1.- Derecho a alimentos.
- 2.- Derechos sucesorios iguales a los de los cónyuges.
- 3.- Presunción de paternidad del concubinato respecto de los hijos de la concubina.

2.2.4. REQUISITOS SEGUN EL CODIGO CIVIL PARA EL D.F.

Para que nuestro derecho reconozca una unión como concubinato resultan indispensables los siguientes requisitos que, siguiendo la tradición, el Código señala:

a) Que la vida en común sea permanente, esto es, que la relación haya durado más de cinco años o que antes hayan nacido hijos (no cualquier unión transitoria puede calificarse de concubinato).

b) Que ambos concubinos permanezcan libres de matrimonio durante el concubinato.

c) Que se trate de una sola concubina por concubinario.

Desgraciadamente, la ley no dispone nada en relación con los otros impedimentos que sí señala por contraer matrimonio; así el parentesco o el adulterio, que sí impiden la unión matrimonial, no lo hacen respecto al

concubinato. El Código Penal sólo prevee el delito de incesto entre ascendientes y descendientes, y entre hermanos, pero no en lo que concierne a otros parientes afines o colaterales.(2)

2.3. LA FILIACION.

2.3.1. CONCEPTO Y ALCANCE DE AMBOS TERMINOS.

Recordemos que la segunda fuente del derecho de familia es la procreación, es decir, que una pareja, por unión sexual, tenga un hijo, hecho que genera un vínculo biológico y un vínculo jurídico entre los progenitores: padre y madre y, el hijo de ambos. Desde el punto de vista jurídico, el vínculo recibe el nombre de paternidad cuando es visto desde el lado de los padres -la maternidad que involucrada en este concepto-, y de filiación cuando se enfoca desde el ángulo del hijo. La filiación crea el parentesco consanguíneo en línea recta el primer grado, de aquí que por paternidad y filiación jurídica debemos entender la relación jurídica creada entre los progenitores, padre y madre y su hijo, a los cuales la ley atribuye derechos o deberes.

La paternidad y la filiación jurídica se basan en la filiación biológica, ya que de ella toman las presunciones e indicios para establecer tal vínculo. Ahora bien, no siempre ambas filiaciones coinciden, pues biológicamente no puede haber hijos sin padre y madre; en cambio, jurídicamente sí, ya sea porque los padres se desconozcan, o bien porque no se cubrieron las formalidades y los requisitos legales para que se estableciera la relación de derecho.

(2) GALINDO Garfias Ignacio, Ob. Cit. p.438

2.3.2. LA FILIACION DENTRO Y FUERA DEL MATRIMONIO.

El nacimiento de un niño puede ocurrir dentro o fuera de matrimonio; cuando acaece de una pareja casada legalmente se habla de filiación matrimonial o legítima, y cuando se da dentro de una pareja en la que el padre y la madre no se encuentran casados, se trata de una filiación extramatrimonial, ilegítima o natural.

Históricamente, los efectos de estos dos tipos de filiación han sido diferentes; por ejemplo, los derechos de los hijos, especialmente en materia de sucesión, no eran iguales, y tampoco lo eran las relaciones con las familias de los padres.

En México, a partir de la Ley de Relaciones Familiares de 1917, ya no existen diferencias a este respecto. Los derechos de los hijos en relación con sus progenitores y las familias de los mismos son iguales, independientemente de que los padres se encuentren casados o no.

En nuestro derecho, la importancia que reviste la distinción entre hijos de matrimonio o fuera de él radica sólo en la forma de probar la relación de paternidad.

2.3.3. PRUEBA DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL.

La prueba de la filiación legítima o matrimonial se establece normalmente con las actas de nacimiento del hijo y de matrimonio de los padres, unida a la

identidad del presunto hijo con aquél a que el acta se refiere. En nuestro medio, cualquiera puede hacerse de una copia de actas de nacimiento y del matrimonio de los padres, sin que por ello el poseedor sea el hijo al que el acta se refiere. La identidad se puede probar por cualquier medio, testigos o documentos.

2.3.4. INVESTIGACIÓN DE LA MATERNIDAD Y DE LA PATERNIDAD.

Para establecer la filiación extramatrimonial se permite la investigación tanto de la maternidad como de la paternidad.

Ahora bien, para llevarla a cabo en lo que concierne a la maternidad, es necesario probar los dos elementos ya mencionados: 1. el hecho del parto, y 2. la identidad entre el ser que se dio a luz y el que pretende serlo. Para esta comprobación puede usarse cualquier medio probatorio, aunque lo normal es que en el acta de nacimiento se asiente el reconocimiento materno.

Por lo tanto, se es hijo de la madre si se prueba el parto, y si la persona que alega esa filiación maternal es el producto de aquel alumbramiento.

Tradicionalmente -y en nuestro Código Civil vigente- ha existido una completa libertad para que el hijo nacido fuera del matrimonio investigue su filiación materna. En su artículo 60 el Código Civil para el D.F. establece:

"La madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo. Tiene obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo".

En cuanto a la investigación de la paternidad, nuestro derecho establece dos vías de comprobación:

1.- Por reconocimiento voluntario.

2.- Por reconocimiento forzoso a través del juicio de investigación de la paternidad.

2.3.5. LA POSESIÓN DE ESTADO DE HIJO Y DE CÓNYUGE.

A falta de acta de nacimiento, si fuera defectuosa o incompleta, la prueba de la filiación se establece por la posesión de estado de hijo de matrimonio. Por posesión de estado de hijo debemos entender: la situación de una persona respecto a sus reales o supuestos progenitores que lo consideran o tratan como hijo.

Para que se dé la posesión de estado de hijo, la doctrina y la ley requieren de la presencia de tres elementos: 1. nombre, 2. trato, y 3. fama (nomen, tractus y fama).

El elemento nombre se establece por el hecho de que el presunto hijo tenga el o los mismos apellidos de sus supuestos progenitores.

En cuanto al elemento trato, se refiere al del padre en relación con el hijo ya sea que lo haya alimentado, vivan juntos en familia y haya previsto su educación, como todo padre debe hacerlo normalmente con sus hijos.

El elemento fama se establece por el reconocimiento que la familia de los padres y la sociedad en general hacen de la relación filial.

La posesión de estado de hijo, es un hecho que requiere ser probado, lo cual puede hacerse por cualquiera de los medios de prueba, sólo que la prueba testimonial no es admisible si no va acompañada de prueba escrita que la complementen, a efecto de evitar los riesgos de una falsa testimonial, salvo que las circunstancias generen indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que a juicios del juez se consideren bastante graves.

Cuando falte el acta de matrimonio de los padres y éstos estuvieron muertos, ausentes o enfermos y no se supiere dónde contrajeron matrimonio, pero se pueda demostrar que han vivido constantemente como esposos, puede esta posesión de estado de casados suplir el acta. Recordemos que el matrimonio no existe sin acta del Registro Civil, no basta la sola posesión del estado de casados, pues ésta se da también en el concubinato.

La posesión de estado de casados es empleada como prueba para efectos de subsistir la prueba documental, cuando no exista el acta de matrimonio y sea imposible saber donde se casaron los padres. Los hijos sólo podrán invocar "la posesión del estado de casados" en dichas circunstancias, a efecto de comprobar su filiación legítima, pero para ello deberán probar también la posesión de estado de hijos.

La posesión del estado de casados no debe estar contradicha por el acta de nacimiento.

2.3.6. LIMITES TEMPORALES DE LA PRESUNCION DE PATERNIDAD.

Como hemos señalado, la filiación matrimonio o legítima es la derivada del matrimonio. En esta filiación, los hijos de una mujer casada gozan de la presunción de que su padre es el marido de su madre. Esta presunción se conoce por su nombre latino de *pater is este quem nuptiae demonstrat*, que se resume en los siguientes términos: es el padre el que el matrimonio indica, o sea el marido de la madre en el momento del nacimiento. Tal presunción se fundamenta en dos supuestos:

- 1.- La fidelidad de la esposa, consiste en no tener relaciones sexuales con otros hombres; sólo con su marido.
- 2.- La aptitud del esposo para engendrar.

De aquí que en la filiación legítima se suponga que el hijo nacido de una pareja unida en matrimonio y cuya concepción tuvo lugar mientras existió el estado matrimonial y cuya concepción tuvo lugar mientras existió el estado matrimonial, como resultado de las relaciones sexuales entre los cónyuges, sea el hijo de ambos.

Son hijos de matrimonio los concebidos durante éste; no basta que el hijo haya nacido durante el matrimonio para que se tenga por hijo del marido. Al respecto, la ley tiene en cuenta el tiempo mínimo y máximo de la gestación, y establece que son hijos del esposo los nacidos después de 180 días de celebrado el matrimonio, y los nacidos antes de 300 días de que el mismo se haya disuelto.

Esto obedece a que de acuerdo con los conocimientos científicos y la experiencia, el plazo mínimo de embarazo para que el producto sea viable es de 180 días; por ello, si las relaciones sexuales entre los esposos se suponen iniciando con el matrimonio y la concepción realizada el primer día de casados, necesariamente el alumbramiento deberá acontecer 180 días después. Si el producto nace antes, será una evidencia de que la relación sexual fue entablada con anterioridad al matrimonio, por lo que el padre puede ser otro que el esposo, y se le da la acción para desconocer su paternidad.

Asimismo, como el plazo máximo del embarazo es de 300 días, si el último día del matrimonio fue aquel en que tuvo lugar la concepción, el nacimiento debe ocurrir antes de 300 días.

Así las cosas, se presumen hijos de matrimonio los nacidos después de 180 días de celebrado el acto matrimonial, y antes de 300 días de la disolución de éste.

Por lo que se refiere a los hijos de la esposa nacidos antes de los 180 días de celebrado el matrimonio, el marido puede desconocer que sean suyos. A éstos no los protege la presunción de legalidad pater in esse, pero no podrá desconocerlos si se probare por escrito que él ya sabía del embarazo de su esposa al celebrar el matrimonio, o si se presentó al registro del hijo y lo reconoció como suyo; tampoco si el hijo nació muerto o murió antes de 24 horas (recordemos que en este caso la ley lo tiene por no nacido).

En cuanto a la falta de los presupuestos de la presunción pater in este, debemos señalar:

1.- Que cuando el marido no está en posibilidad de haber sido el padre del hijo que dio a luz su esposa, se le concede una acción de contradicción de la paternidad, pero para ello se requiere que demuestre la imposibilidad de que sea su hijo, por no haber podido tener acceso carnal con su mujer durante los primeros 120 días de los 300 anteriores al nacimiento, atendiendo a los plazos mínimo y máximo de la gestión. La prueba de imposibilidad física debe consistir en la demostración de que no pudo haber acceso carnal entre él y su esposa, por separación, ausencia, prisión o enfermedad grave.

2.- Que cuando el embarazo y el nacimiento de un hijo se han ocultado al esposo, a éste se le concede también la acción de contradicción de la paternidad, alegado adulterio de la madre, pues tales actos hacen suponer culpa en la mujer.

2.3.7. PLAZOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCION DE DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD.

El esposo puede contradecir la paternidad de los hijos de su esposa a través de la acción de contradicción de la paternidad, la cual sólo podrá ejercer dentro de determinado tiempo; así:

1.- Cuando al supuesto padre se le ocultó el nacimiento del hijo, tiene 60 días contados a partir del día en el que descubrió el nacimiento ocultado.

2.- De 60 días, a partir del día en que regresó y se enteró del nacimiento, por haber estado ausente.

En los casos en los que el marido se encuentre incapacitado por demencia o imbecilidad, la acción podrá ser ejercitada por su tutor, y si éste no lo hiciera podrán ejercerla los herederos, en el caso de que el incapacitado muriera.

Si el marido recobra la capacidad, el plazo para el ejercicio de tal acción empezará a correr desde el momento en que declara que la incapacidad ha cesado, y será por 60 días.

2.3.8. REGLAS PARA LA APLICACION DE LA PRESUNCION DE PATERNIDAD EN EL CASO DE MATRIMONIO SUCESIVO.

En los casos de segundas nupcias o matrimonios sucesivos puede haber confusión de paternidad entre el primer marido y el segundo (confusión sanguínea). Esta circunstancia puede darse en los casos de: a) viudez, b) nulidad del matrimonio, y c) divorcio, cuando no se respeta el plazo de 300 días que se fija a la mujer para contraer nuevo matrimonio después de disuelto el primero y, como en estos casos los plazos de la presunción paterna se superponen, la ley fija las siguientes reglas en beneficio del hijo:

1.- Si el hijo nace antes de los 180 días del segundo matrimonio y antes de 300 días de disuelto el primero, el padre es el primer marido.

2.- Si el hijo nace después de 180 días del segundo matrimonio, el padre es el segundo marido, aunque no hayan transcurrido los 300 días de la disolución del primero.

Ambas presunciones admiten prueba en contrario.

3.- Si el hijo nace después de 300 días de disuelto el primer matrimonio, pero antes de los 180 de celebrado el segundo, será hijo nacido fuera de matrimonio. En este caso debe observarse las excepciones a la facultad de desconocimiento de la paternidad por el segundo marido, ya que hemos mencionado: conocimiento del embarazo al celebrarse el matrimonio o comparecencia al Registro Civil para registro del nacimiento del hijo.

La ley otorga al esposo la facultad de desconocimiento de la paternidad y a sus herederos en los casos de incapacidad o muerte. No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido, mientras éste viva, sólo a él compete tal facultad durante el término legal de 60 días. Nadie más puede intentarlo si, siendo capaz, él no lo hace.

2.3.9. ACCION DE RECLAMACION DEL ESTADO DE HIJO DE MATRIMONIO.

En nuestro derecho, un supuesto hijo de matrimonio puede reclamar su estado de hijo aunque carezca de acta de nacimiento y de posesión de estado de hijo, y su acción es imprescriptible para él y sus descendientes, de allí que si el hijo no reclama podrán hacerlo los nietos o bisnietos, quienes pueden

establecer su genealogía sin límite de grado o de tiempo. Para demandar su herencia, esto es, para ejercer la acción de petición de herencia, la ley sólo les otorga diez años, pero para los demás efectos del parentesco (la obligación alimentaria uso del nombre, impedimentos matrimoniales) no hay tiempo de prescripción el estado de éste para los efectos económicos implícitos, sólo si el hijo murió antes de cumplir 22 años o cayó en demencia antes de esa edad y no recobró la capacidad antes de morir. Estos herederos pueden continuar la acción que el hijo hubiere iniciado si ésta no hubiere caducado por falta de actividad procesal por más de un año.

El mismo derecho tienen los acreedores del hijo muerto insolvente. La acción de los herederos no descendientes y de los acreedores prescribe a los cuatro años de muerto el hijo. Sobre la filiación no puede haber transcurrido ni juicio arbitral.

Ahora bien, cuando el acta de nacimiento contradice la posesión de estado de hijo de matrimonio, se sostiene que ella no corresponde a la realidad que se refleja en la posesión de dicho estado y deberá obtenerse la nulidad o corrección de la misma.

En el caso del hijo teniendo fuera de matrimonio, cuyo estado consta en un acta y es conocido y tratado como hijo de matrimonio, porque el progenitor que lo tuvo antes de casarse lo llevó a vivir al hogar conyugal y el otro cónyuge lo acepta y trata como hijo propio, se estará al acta y no al estado aparente del

hijo de matrimonio. Cosa distinta es cuando los progenitores se casan después de registrado el hijo teniendo antes de matrimonio, ya que sería un caso de legitimación. Aquí el estado de hijo de matrimonio se aprobaría con el acta de nacimiento y la de matrimonio, que mostraría que los padres que reconocieron son los mismos que contrajeron nupcias posteriormente, aun cuando en el acta de matrimonio no se mencione a los hijos.(3)

2.4. LA ADOPCION.

En nuestro derecho la adopción constituye la tercera fuente de parentesco, ya que tiene por objeto establecer un parentesco civil entre adoptante y adoptado, donde no existe vínculo biológico. Se imita así a la filiación de sangre; de ahí que se hable de hijos y padres adoptivos.

2.4.1. CONCEPTO.

Nuestro Código Civil vigente en el D.F. define a la adopción como parentesco civil, además del consanguíneo y el de afinidad.

En la adopción, los sujetos intervinientes se denominan:

- a) adoptante, persona que asume legalmente el carácter de padre y
- b) adoptado, persona que va a ser recibida legalmente como hijo del adoptante.

Mediante la adopción se crea una relación de filiación legal entre

(3) ELIAS Azar Edgar, *Personas y Bienes en el Derecho Civil Mexicano*, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F. 1995 p.p. 246-251

adoptante y adoptado, de aquí que el adoptante tenga, respecto del adoptado y éste respecto de aquél, los mismos derechos y obligaciones que existen entre padre e hijo.

La adopción puede definirse como el acto jurídico de recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente. La adopción constituye la fuente del parentesco civil, y tercera fuente del parentesco en general.

Se trata de una institución cuya finalidad consiste en proteger la persona y bienes del adoptado. Actualmente ha sido aceptada casi por la totalidad de los países, pero rechazada por algunos otros con el argumento de que una ficción legal no puede sustituir los vínculos biológicos.

Ahora bien, dentro de las legislaciones que admiten la adopción existen dos grandes grupos:

1.- Las que desvinculan totalmente al adoptado de sus parientes consanguíneos (eliminan el parentesco natural y prohíben cualquier acción de investigación de la paternidad o maternidad del adoptado).

2.- las que conservan el vínculo del adoptado con sus parientes biológicos (prevalecen las obligaciones y derechos de los parientes consanguíneos de forma subsidiaria a los del adoptante).

Nuestro Código Civil encuadra en las legislaciones del segundo grupo, ya que los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad, que según señala el artículo 403 será transferida al adoptante.

De lo anterior resulta que el adoptado conserva el derecho de recibir alimentos y de heredar de sus parientes consanguíneos, quienes a su vez heredan de él.

2.4.2. REQUISITOS SEGUN EL CODIGO CIVIL PARA EL D.F.

Para que proceda la adopción la ley señala ciertos requisitos, tanto de tipo personal, respecto del adoptante y el adoptado, como de tipo formal.

De acuerdo con nuestro derecho, los requisitos de fondo son:

- | | |
|--|---|
| 1.- Edad mínima del adoptante | 25 años |
| 2.- Diferencia mínima de edad entre adoptante y adoptado | 17 años |
| 3.- Capacidad del adoptado | Ser menor de edad o incapaz |
| 4.- Aptitud del adoptante | Solvencia moral y material |
| 5.- Fin | Protección y beneficio del adoptado y de sus bienes |

Lo anterior significa que:

1.- Puede adoptar el mayor de 25 años, sea hombre o mujer, soltero o casado. Cuando adopte un matrimonio basta con que uno de ellos cumpla con el requisito de edad, pudiendo el otro ser menor de 25 años, pero mayor de 18.

2.- Los adoptantes deben tener 17 años más que el adoptado.

3.- Pueden ser adoptados los menores de edad y los mayores incapacitados, respetando siempre la diferencia de edades.

4.- El adoptante debe ser una persona moral y de buenas costumbres, y poseer los medios materiales suficientes para atender a las necesidades del adoptado (subsistencia, educación y cuidado). La calificación de estas calidades deberá hacerla el juez familiar que decreta la adopción.

Los requisitos de forma se constituyen por:

1.- Un acto judicial.- Sentencia del juez de lo familiar

2.- El consentimiento De quien ejerce la patria potestad o del autor, o de quien ha cuidado y alimentado al menor; y

3.- Registro asentamiento en el Registro Civil del acta de adopción, con la anotación de la resolución judicial de la adopción al margen del acta de nacimiento.

Esto significa que:

1.- La adopción es un acto de naturaleza jurídica que sólo puede llevarse a cabo ante el juez de lo familiar, quien decretará la adopción cuando se haya cumplido con los requisitos legales establecidos para tal efecto.

2.- En nuestro derecho la adopción es un acto jurídico bilateral que requiere de la voluntad del adoptante y de los representantes del adoptado, así como la del órgano judicial.

Para la validez de la adopción se necesita el consentimiento de quienes ejercen la patria potestad; al autor, a falta de los anteriores; de los que hayan cuidado al adoptado en los últimos seis meses, incluyendo a los directores de las casas de cuna u orfanatos, quienes son tutores legítimos de los acogidos; y del Ministerio Público, a falta de los anteriores.

También se requiere el consentimiento del menor, si es mayor de 14 años y goza de discernimiento.

3.- Decretada la adopción por el juez de lo familiar, éste enviará copia de las diligencias realizadas, al juez del Registro Civil para que levante el acta de adopción en la que quedará integrada la resolución judicial que la autorizara.

2.4.3. PROCEDIMIENTO.

El procedimiento judicial que se lleva a cabo por la vía jurisdicción voluntaria ante el juez de lo familiar, y de acuerdo con las normas del Código de Procedimientos Civiles.

En nuestro derecho la adopción puede ser múltiple, simultánea o sucesiva, en cuanto que, ante circunstancias especiales, el juez puede autorizar la adopción de dos o más incapacitados, o de dos o más menores e incapaces a la vez. Se ha suprimido la prohibición de que no pueden adoptar los que tuvieran descendientes, y que la adopción fuera única.

Por otra parte, nadie puede ser adoptado más que por una persona, salvo que se trate de un matrimonio que considere al adoptado como hijo de ambos. Nuestro derecho permite la adopción de parientes consanguíneos o afines; en el caso de matrimonios, el hijo de uno de los cónyuges puede ser adoptado por el otro.

Se ha planteado el problema de si los hijos "naturales" pueden ser adoptados por sus padres. Al respecto se resolvió que si no se ha establecido la filiación por reconocimiento, sí puede proceder la adopción sin perjuicio de que el hijo intente la investigación de la paternidad. Este problema de importancia en legislaciones que prohíben el reconocimiento de los hijos incestuosos o adulterinos -carece de interés en nuestro sistema, en donde estos hijos pueden ser reconocidos sin mencionar su carácter espurio.

La adopción, tal como está regulada en nuestro Código Civil, pretende proteger a los menores e incapacitados, por lo que debe ser benéfica para el adoptado y no ha de servir sólo para resolver problemas psicológicos al adoptante, originados por falta de descendencia, como frecuentemente sucede en algunos matrimonios o en solterones solitarios. En estos casos, la adopción puede no ser conveniente para el menor.

En los casos de adopción de niños abandonados recogidos por instituciones de beneficencia o por particulares, debe esperarse que transcurran seis meses para que se tenga por perdida la patria potestad de los padres y se procede a la

adopción. Esta medida redundará en beneficio del menor, que no tendrá que permanecer en la institución de beneficencia y será, desde luego, integrado a su futura familia.

2.4.4. EFFECTOS.

De acuerdo con el sistema de adopción que establece nuestra ley, señalamos que no se destruyen los lazos del parentesco consanguíneo del adoptado, quien conserva sus derechos a alimentos y sucesión respecto a su familia de origen.

Esta institución sólo produce efectos entre adoptante y adoptado, y ambos tienen los mismos derechos y obligaciones que existen entre padres e hijos: ejercicio de la patria potestad, alimentos, sucesión e impedimentos para contraer matrimonio. Mientras subsista el vínculo, el adoptante no tiene ninguna relación con los parientes del adoptado ni éste respecto a los del adoptante.

La adopción sólo crea parentesco civil en primer grado; por lo tanto, no hay abuelos, tíos, sobrinos ni hermanos adoptivos, de manera que no se suscita entre ellos obligación alimentaria ni el derecho sucesorio. Tampoco existen impedimentos para contraer matrimonio, por el solo hecho de la adopción, ni aún entre los varios adoptados por una misma persona o un matrimonio.

2.4.5. TERMINACION.

En nuestro derecho, la adopción termina por varias razones:

- 1.- Por convenio entre el adoptante y el adoptado mayor de edad o su representante, si es menor;
- 2.- Por revocación por ingratitud del adoptado;
- 3.- Por impugnación.

2.4.6. REVOCACION.

El adoptante puede revocar la adopción por ingratitud del adoptado o de común acuerdo con él. Si es menor de edad, es necesario oír a las personas que dieron su anuencia para la adopción, y se requiere resolución judicial.

Se considera ingratitud del adoptado; cometer un delito intencional contra el adoptante, su cónyuge, sus ascendientes o sus bienes formular querrela o denuncia en su contra, excepto cuando se trate de delito contra el adoptado, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes; o bien cuando el adoptado rehuse dar alimentos al adoptado si éste los requiere.

La revocación voluntaria procede para que el adoptante y el adoptado puedan contraer matrimonio, si así lo desean.

Toda revocación debe asentarse en actas del Registro Civil y anotarse al margen de las partidas de nacimiento y de adopción.

2.4.7. IMPUGNACION.

El menor de edad o el incapaz adoptado pueden impugnar la adopción que de ellos se haya hecho, dentro del año siguiente a la mayoría de edad o a la cesación de la incapacidad. Para esto no necesita invocar causa alguna; en una facultad discrecional.

2.4.8. ADOPCION PLENA O LEGITIMA ADOPTIVA.

Por lo general el adoptante desea incorporar plenamente al adoptado a su familia, de ahí que con frecuencia oculte su carácter de adoptado. Es por ello que la adopción simple (como la llama el Código Civil Francés) no satisface en la mayoría de los casos, en virtud de lo cual en Francia y España se creó una institución con efectos mayores que se conoce como legitimación adoptiva o adopción plena.

Este tipo de adopción consiste en incorporar de forma definitiva e irrevocable a la familia del matrimonio adoptante a un infante abandonado, como si hubiera nacido de la pareja. Los vínculos familiares naturales quedan definitivamente rotos, y se establecen nuevos entre el menor y los miembros de la familia de los adoptantes, con todos los derechos y obligaciones recíprocas de un pariente por sangre. El registro del menor en el Registro Civil se efectúa como si el menor hubiera nacido realmente de la familia adoptante.

Al aceptar la adopción plena o legitimación adoptiva, los sistemas francés y español han requerido dotarla de los mismos efectos de la filiación, incorporando al adoptado a la familia del adoptante, rompiendo los vínculos de sangre con la familia de origen y borrando toda diferencia con los hijos de la sangre. Por esta razón sólo se acepta en el caso de menores de siete años como máximo, abandonados o de padres desconocidos, cuya adopción sea llevada a cabo por matrimonios. Sólo puede realizarse en estas condiciones y sin posibilidad de revocación.

En este sistema, normalmente se destruyen los documentos que pudieran denunciar el parentesco consanguíneo, y se acaba en la práctica ilegal de registrar como hijo de matrimonio al que ha sido adoptado, incurriendo no sólo en fraude a la ley sino en un delito.(4)

(4) IBARROLA Antonio de, *Derecho de Familia*, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1987 p.p. 120-121

CAPITULO III

EL DEBER JURIDICO FAMILIAR.

SUMARIO

3.1. Planteamiento. 3.2. Obligaciones
Morales. 3.3. El Deber Jurídico en Nuestro
Derecho Positivo. 3.4. Relación de los
Principales Deberes Conyugales y
Familiares.

3.1. PLANTEAMIENTO.

Es indudable que en el Derecho de familia existen distintas relaciones jurídicas no solamente en cuanto a sus miembros, o sujetos de la relación, sino en cuanto a la materia de los actos jurídicos. Hay diversidad de actos jurídicos y, como consecuencia, diversidad de defectos.

Partiendo de la existencia del acto jurídico familiar, sin considerarlo independiente del acto jurídico general, sino con ciertas peculiaridades, o aspectos especiales, que nos permiten considerarlo como especie del género que es el acto jurídico general, de él se generan como todo acto jurídico derechos y obligaciones. Sin embargo, en esta materia familiar, más que en ninguna otra en el ámbito del Derecho, encontramos algunas "obligaciones" que tienen características especiales, en relación a las cuales procede estudiar si conviene seguirlas considerando como obligaciones según la definición de éstas, o bien emplear otro término y concepto que puede ser el del deber jurídico.

De entre las posibles clasificaciones de los actos jurídicos bástenos en este momento la que clasifica en actos jurídicos patrimoniales (pecuniarios), y actos jurídicos extra-patrimoniales (familiares). De los primeros se derivan derechos y obligaciones pecuniarios, es decir, valorables en dinero, y de los segundos obligaciones personales o familiares, no valorables económicamente, a los cuales llamaremos "deberes jurídicos" para diferenciarlos de las obligaciones de contenido económico.

No puede haber una separación absoluta de las dos partes como podría intentarse en física o en química. En las relaciones humanas no se dan esas separaciones tajantes, por lo que cada una tiene algo de la otra, y se separan por su distinta naturaleza y para destacar lo primordial de cada una.

En las relaciones familiares no se puede hacer abstracción de lo material, ni en las patrimoniales de lo humano. En ambas relaciones encontramos sujetos, objetos y actos o hechos jurídicos.

Este estudio conviene dividirlo en tres partes. El primero para ver si en nuestro Derecho se encuentran las obligaciones morales, y si dentro del patrimonio de la persona pueden haber bienes pecuniarios y bienes morales y afectivos, como orientación para ver la posible existencia de los deberes jurídicos que sean de contenido no económico. En segundo lugar, tratar sobre el deber jurídico conyugal y familiar y procurar descubrir su concepto. Y, por último en tercer lugar, si el concepto del deber jurídico es aceptado en nuestra legislación positiva.(1)

3.2. OBLIGACIONES MORALES.

Relacionado con el objeto de la obligación, el Lic. Ernesto Gutiérrez y González, señala que "tradicionalmente se ha considerado que el objeto de las obligaciones debe ser en sí mismo, susceptible de apreciación pecuniaria y además aportar para el acreedor alguna ventaja apreciable en dinero; como consecuencia lógica, se ha pensado que el acreedor debe tener interés pecuniario

(1) ROJINA Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil, Introducción Personas y Familia, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1989 p.p. 232-234

en el cumplimiento de las obligaciones".

Después señala que Démogue consideraba que en el concepto de la obligación cabía un aspecto moral, de donde se pregunta si "resulta indispensable saber si las obligaciones siempre van a tener un contenido, un objeto pecuniario, o si bien pueden tener un contenido diverso, un contenido moral o afectivo".

Para estudiar este problema, entra a precisar el contenido del patrimonio y señala que en la teoría clásica se definió el patrimonio "como un conjunto de bienes, derechos y obligaciones apreciables en dinero, y que constituyen una universalidad". Es decir, se ligó la idea del patrimonio a la idea de dinero, a la idea pecuniaria.

Señala que, más adelante "el criterio clásico comenzó a sufrir modificaciones y se afirmó que las obligaciones podían tener también un contenido u objeto no sólo de carácter pecuniario, sino también de carácter moral", como lo estima Démogue. Añade que otros autores "pensaron que el objeto de la obligación podía tener un carácter afectivo; se pensó que no toda obligación debe tener un valor primordial, identificado aquí lo patrimonial con lo pecuniario... " En esta forma, aquellas obligaciones que tenían un contenido no pecuniario, no de dinero, se les empezó a considerar en el campo de derecho, pero atribuyéndoles una naturaleza extrapatrimonial ."

Gutiérrez y González observa atinadamente que el equívoco es resultando de la apreciación sobre el contenido del patrimonio, es decir, sobre los bienes que

integran el patrimonio. Si se estima que sólo los bienes que tengan un valor pecuniario forman parte o componen patrimonio, quedaría fuera de todos los otros bienes de carácter moral o afectivos, pero si dentro del patrimonio caben otros bienes no pecuniarios, el concepto de patrimonio tendría necesariamente que modificarse.

A continuación sintetiza tres teorías en la siguientes forma:

a).- Teoría clásica: niega la posibilidad de que las obligaciones tengan un contenido de otra índole que no sea pecuniario.

b).- Tesis de Ihering: en ella se piensa en obligaciones que pueden tener un objeto no patrimonial, y bastará un interés de afección o moral, o de otra índole por parte del acreedor en el cumplimiento de la obligación. Aquí se habla de obligaciones con contenido moral, pero extrapatrimonial.

c).- Tesis de Polacco: afirma que el objeto de la obligación tiene que ser de orden patrimonial, dado que la obligación cae en la esfera de los derechos patrimoniales, y si ello acontece, lógico y natural es que tenga un contenido pecuniario, aunque los móviles de los sujetos puedan ser de índole diversa a la pecuniaria, y vuelve así a la tesis clásica, aunque agregando que los móviles que guíen a la persona que crea la obligación, puede ser de otro tipo que no sea exclusivamente pecuniario.

Lo anterior permite aceptar que, "en el campo del Derecho el patrimonio

debe quedar en definitiva formado por dos grandes ámbitos: el pecunario, y el afectivo. Este último se puede también llamar de afección, moral o no pecunario".(2)

3.3. EL DEBER JURIDICO EN NUESTRO DERECHO POSITIVO.

Cabe aclarar que en la terminología de nuestro Derecho no podemos hablar de deberes, sino que se traducen por obligaciones. Sin embargo, se hace este señalamiento como una necesidad para ir distinguiendo las obligaciones que en general regulan la conducta humana, de las obligaciones, también así llamadas, que tienen un gran contenido moral y religioso, y que se refieren especialmente al Derecho de familia.

En el Código Civil en alguno de sus artículos encontramos referencia al deber. Al tratar de la patria potestad, el artículo 411 trata del deber de los hijos de honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes. En la misma materia el artículo 444, en su fracción II, previene que ésta se pierde " cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeran bajo la sanción de la Ley Penal ".

En lo relativo al curador, se hace referencia a los deberes, al expresar el artículo 627 que " el curador que no llene los deberes prescritos en el artículo precedente, será responsable de los daños y perjuicios que resultaren al incapacitado ".

(2) ROJINA Villegas Rafael, Ob. Cit.

De lo anterior podemos constar que tesis nuestra legislación emplea el término deber. Aún cuando se le emplea como sinónimo de obligación, tiene un significado orientado a las obligaciones no económicas.

También la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido en diversas tesis los deberes conyugales como efecto de matrimonio. Refiriéndose al divorcio, y al adulterio como causa, se encuentra en la siguiente tesis el señalamiento de los deberes de los cónyuges que dice. 989.- Divorcio, adulterio como causal de. el hecho que la cónyuge contraiga un segundo matrimonio, estando subsistente el primero, individualmente constituye una violación al deber de fidelidad y de respeto que naturalmente debe existir en el matrimonio, y que asimismo, hace suprimir la existencia de relaciones sexuales con persona distinta de su primer marido, como lo exige la causal de adulterio. Es importante subrayar que la familia se basa fundamentalmente en el matrimonio, y que, a partir de que se contrae, se adquiere asimismo una serie de deberes y de derechos recíprocos, como son el mutuo auxilio, vida en común, asistencia y socorro, en casos de enfermedad, fidelidad y débito carnal. Toda persona tiene libertad de casarse o no pero una vez casada, contrae las obligaciones y derechos mencionados, por lo cual es evidente que, al contraerse un nuevo matrimonio, estando subsistente el primero perfectamente válido, y que implica entre otros, el deber de fidelidad se está faltando a este deber en forma manifiesta.

Es un hecho indudable, que en nuestro Derecho existen las obligaciones

morales a efectivas y que en el Derecho de familia se presentan estas obligaciones más claras. Dada la época del Código, sus antecedentes y disposiciones generales, nuestra legislación positiva no contempla el concepto del "deber jurídico", pero no podemos desconocer que se emplea el término deber para situaciones jurídicas con más orientación personal que económica, y en cierta forma podríamos aceptar la existencia de esa distinción en nuestra legislación.(3)

3.4. RELACION DE LOS PRINCIPALES DEBERES CONYUGALES Y FAMILIARES.

Los deberes que en el matrimonio y la familia encontramos, al incorporarse en el Derecho positivo y considerarse deberes jurídicos, no dejan de ser deberes morales y religiosos; conservan la doble característica y se relacionan o afectan a los cónyuges y a todos aquellos que constituyan la familia, o son parientes. Se generan por actos jurídicos, y entre otros podríamos intentar clasificarlos de la siguiente forma:

3.4.1. EL DEBITO CONYUGAL.

Este deber del débito carnal está comprendido del amor conyugal. Actualmente se entiende este débito en una forma más personalizante, más unitiva y de mutua entrega. Es un deber permanente entre iguales y, por lo tanto, complementario, que se exige por reciprocidad, desde luego intransmisible, irrenunciable o intransigible.

(3) Idem.

En nuestra legislación no se alude al deber de cada uno de los cónyuges de presentarse a las relaciones genitosexuales con el otro. Sin embargo, no es posible desconocer su existencia, pues difícil sería satisfacer los objetos del amor conyugal y procreación responsable, con los cuales este deber guarda íntima relación.

En el Código vigente se hace referencia a la perturbación de la especie en el artículo 147, que prohíbe toda condición a ella, y también en el artículo 162 que consagra el derecho a la paternidad responsable. Dentro del amor conyugal está la parte de la relación sexual que es característica del matrimonio y no se encuentra en otra comunidad humana. El amor conyugal comprende, tanto el aspecto de la relación sexual como la relación espiritual, y para dar satisfacción a esta relación corporal, está el débito conyugal que un cónyuge debe al otro en forma recíproca.

El incumplimiento del débito conyugal puede acarrear como sanción el divorcio al configurarse como una injuria grave, pero se estima que no podría haber medio de apremio para el cumplimiento de tan íntimo deber, por lo que corresponde al sentimiento en las relaciones conyugales decidir y resolver.

Debemos tomar en cuenta que no toda abstención al débito conyugal es en sí una injuria grave, porque influyen una serie de elementos de la vida diaria, comportamiento conyugal adecuado, atención y respeto entre los cónyuges, y así lo ha reconocido la Suprema Corte de Justicia de la Nación al decir que la

"abstención del débito carnal no es una causa de divorcio, a menos que se realice en condiciones injuriosas, por lo cual, el juez de los autos debe apreciar las circunstancias en las que ha tenido lugar la abstención del marido o la negativa de la mujer, porque si se debió a defectos físicos, a enfermedad o a un acuerdo celebrado entre los esposos, no existe la injuria necesaria para decretar el divorcio; pero si al contrario obedece a un desprecio ofensivo de uno de los cónyuges para el otro, existe una injuria suficiente para considerar fundada la acción. Cuando tal negativa por parte de la mujer obedece al deseo de no morir para cuidar a los hijos procreados, esto no constituye una injuria para el marido y, por lo mismo no basta para hacer procedente la acción del divorcio".

Los actos con los que los esposos se unen íntima y castamente entre sí son honestos y dignos, y, ejecutados de manera verdaderamente humana, significan y favorecen el don recíproco, con el que se enriquecen mutuamente en un clima de gozosa gratitud.

Este fin del matrimonio que es el amor conyugal en toda su plenitud se iguala a la procreación, con los cuales se le da mayor trascendencia como fin unitivo y personalizante.

3.4.2. FIDELIDAD.

Nace del matrimonio y comprende, no sólo actos de no hacer relativos a abstenerse de relaciones genito-sexuales con personas distintas del cónyuge,

sino también el cumplimiento de la promesa dada y el compromiso diario entre los cónyuges, comprende la permanencia del matrimonio como forma y camino de vida. La fidelidad es un deber que se da en igualdad, es complementario y se exige como recíproco; es intransmisible, intransigible e irrenunciable.

Consiste la fidelidad matrimonial en la observancia de la fe prometida entre los esposos, fe que equivale a amor con carácter de exclusividad, que es la promesa que entraña al matrimonio. Es la fidelidad de las dos partes al cumplimiento de los deberes mutuos.

Está superada la concepción que identifica la violación del deber de fidelidad con el adulterio, es decir, con las relaciones sexuales de uno de los cónyuges con un tercero.

Aunque el adulterio es la forma material de incumplimiento de los deberes mutuos.

Aunque el adulterio es la forma material de incumplimiento, la ilicitud en esta materia no sólo comprende el aspecto estrictamente jurídico, sino también y de manera fundamental al aspecto moral que en el caso recibe una sanción jurídica. El deber de fidelidad tiene una valoración ética y una valoración jurídica, por lo tanto, el aspecto ético puede ser regulado tanto por el Derecho como por la moral.

En el matrimonio cristiano la fidelidad es más exigente, y abarca toda la relación amorosa conyugal. La fidelidad es mutua, se exige en la prosperidad y en la adversidad, quedando excluidos del matrimonio todo adulterio y divorcio.

El cumplimiento del deber de fidelidad da lugar a sanciones. Una de ellas es el divorcio por adulterio o por injurias graves según se trate de infidelidad material o moral. Trae como consecuencia también la sanción penal, pero ésta se limita al caso de infidelidad material cometida en el domicilio conyugal o con escándalo, se requiere petición del cónyuge ofendido para proceder en contra de los adúlteros, y sólo se castiga el adulterio consumado.

Además del divorcio, podría pensarse en una sanción de daños y perjuicios que se intentan junto con la del divorcio, que reclamare el cónyuge ofendido o inocente, que comprende el daño moral que se le causa.

3.4.3. VIDA EN COMUN.

Se refiere al deber de los cónyuges de vivir juntos en el domicilio conyugal, que hará posible el cumplimiento de los otros deberes. Fundamentalmente tiene los mismos aspectos o características que los anteriores, es decir, es un deber entre iguales, complementario, que se exige por reciprocidad.

El deber de la vida en común, es decir, habitar bajo el mismo techo, es uno de los principales deberes, dado que a través de él puede existir la

posibilidad física y espiritual de cumplir los fines objetivos del matrimonio. Podemos decir que constituye la relación jurídica fundamental de la cual depende un conjunto de relaciones jurídicas que podemos denominar fundadas o accesorias. La vida en común implica la relación jurídica fundamental, porque si no se realiza no podrán cumplirse las relaciones jurídicas fundadas.

Sobre el domicilio conyugal existen tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y una de ellas nos señala los requisitos que debe tener para los efectos de la incorporación de la esposa y los hijos, y es la siguiente: por domicilio conyugal se entiende el lugar donde conviven los cónyuges y sus hijos, disfrutando aquéllos de la misma autoridad y consideraciones. Es la morada en que están a cargo de la mujer la dirección y el cuidado de los trabajos del hogar, por lo que no basta tener por constituido un domicilio conyugal y pretender la incorporación a él, de la esposa y de los hijos, que el marido se limite a señalar como lugar en que debe establecerse el hogar la casa en que vive, si no tiene que justificar que la misma es adecuada para hacer posible el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos derivados del matrimonio; lo que requiere, además de ciertas condiciones materiales, como espacios, servicios, etc., la demostración de que es un domicilio propio y no el de algún familiar o amigo de los consortes.

Este deber en el matrimonio cristiano es de mayor exigencia. Este es el porqué el hombre deja a su padre y a su madre y se une a su mujer, y son los dos una sola carne. De aquí parte la unidad e indisolubilidad del matrimonio, que

favorece la vida en común de los cónyuges y "con la unión íntima de sus personas y actividades se ayudan y se sostienen mutuamente, adquieren conciencia de su unidad y la logran cada vez más plenamente.

Esta íntima unión como mutua entrega de dos personas, lo mismo que el bien de los hijos, exige la plena fidelidad conyugal, y urge su indisoluble unidad".

3.4.4. MUTUO AUXILIO O AYUDA MUTUA.

La ayuda mutua y el deber de socorrerse mutuamente están consignados en los artículos 147, 162, C.C.

La ayuda y el socorro mutuo no se refieren sólo a situaciones emergentes aisladas, sino a todo momento y durante toda la vida del matrimonio.

Ambos se comprometen en la fidelidad a la promoción común. Nacen del matrimonio se ejercen en plan de igualdad, son complementarios y recíprocos.

Ambos deberes son necesarios para la promoción integral, indispensable para la realización de los miembros de la familia, y de la familia como unidad para que cumpla sus fines. Los alimentos no sólo comprenden la comida, el vestido, la habitación, sino también la asistencia en caso de enfermedad, y "respecto a los menores los alimentos comprenden además los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos adecuados a su sexo y circunstancias personales".

En lugar de ayuda mutua en el Código Civil de 1884 y la Ley Sobre Relaciones Familiares, se hablaba de ayudarse a llevar el peso de la vida. Después, al tratar los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, se emplea ya en el término no socorrerse mutuamente.

Se entiende que la ayuda mutua hace referencia más bien al aspecto económico lo relativo a los alimentos, administración de bienes, etc., y el socorro hace referencia a la asistencia recíproca en casos de enfermedad, auxilio espiritual que deben dispensarse los cónyuges, ayuda en la vejez etc., y, combinados ambos, lograr una promoción integral de cada uno de los cónyuges y de la comunidad conyugal.

En materia económica ha variado lo relativo al sostenimiento del hogar. En la legislación, en el artículo 164 se previene que "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 distribuciones de las cargas en la forma y proporción que acuerden este efecto según sus posibilidades".

Es decir, la ley previene que ambos cónyuges deben contribuir económicamente, pero puede ser, como es costumbre en México, que es sólo el marido quien aporta lo necesario para el sostenimiento del hogar, lo que por ninguna razón le colocaría en el lugar superior o privilegiado, puesto que los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los

cónyuges independientemente de su aportación económica para el sostenimiento del hogar.

En el matrimonio cristiano, estos deberes se orientan, además, para lograr la salvación de los cónyuges. Ambos cónyuges se han comprometido a la promisión integral, de tal manera que cada uno busca el perfeccionamiento del otro, humano y cristianamente.

3.4.5. DIALOGO.

Aún cuando este deber no está expresamente contenido dentro de nuestra legislación, se deriva del contexto del Código Civil o de normas de sanción tomadas como causales de divorcio, que nos hace pensar en la necesidad de una mejor reglamentación. Si es causa de divorcio su violación, o necesario reglamentarlo para presentar a los cónyuges como un bien y procurar su promoción por las organizaciones del Estado.

El diálogo se presenta, tanto en el matrimonio como en la familia, y se estima necesario para el amor conyugal y la promoción integral. Entendemos que el diálogo está implícitamente comprendido dentro del socorro y ayuda mutua y en todas las otras disposiciones que se refieren a la familia, como aquella que habla de que resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, la formación y educación de los hijos.

Uno de los efectos que se derivan del matrimonio es la necesidad del diálogo entre los cónyuges, que puede considerarse como un deber que requiere su ejercicio permanente.

El amor conyugal requiere el diálogo, que lo encontramos como valor que se promueve dentro de la familia. La promoción humana que es un deber recíproco conyugal difícilmente se logrará si el diálogo que implícitamente está comprendido dentro del socorro y ayuda mutua.

El diálogo no es sólo una palabra, sino toda actitud y comunicación constante entre marido y mujer, por lo que la legislación previene que los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se facilita y promueve el diálogo a través de la relación sexual, por lo que es causa el padecer alguna enfermedad crónica o incurable, que sea además contagiosa o hereditaria, y la impotencia.

En la época actual se descubre el diálogo como uno de los más importantes valores en la familia. Es un elemento que la integra, y su ausencia dificulta la convivencia familiar.

Como es evidente tal comunicación exige la práctica de virtudes tanto humanas como cristianas como son: la sinceridad, la veracidad, el sentido del deber, el respeto, la solidaridad, el justo mantenimiento de la promesa, el sentido de la obligación contractual, y de la fidelidad.

3.4.6. RESPECTO.

El respeto a la persona es otro de los valores conyugales y familiares. Es un deber que nace del matrimonio y la familia se da como recíproco y complementario.

El respeto a la persona se encuentra y se promueve en el matrimonio, está relacionado estrechamente con la promoción humana. Hay disposiciones dentro de la legislación que orientan al respeto de la dignidad humana, y en especial, a la dignidad de los cónyuges.

Marido y mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, y podrán desempeñar cualquier actividad, excepto las que dañen a la moralidad de la familia o la estructura de ésta. Ambos, siendo mayores de edad, tienen capacidad para administrar, contratar y disponer de sus propios bienes. El matrimonio puede ser anulado si se contrae por medio, error o violencia. La buena fe de los cónyuges se presume siempre; el ataque a la dignidad de alguno puede ser causa de divorcio, como podría ser: la propuesta del marido para prostituir a la mujer; la sevicia, las amenazas o injurias de un cónyuge al otro; la acusación hecha por un cónyuge al otro por delito que amerite pena mayor de dos años de prisión.

Los hijos cualesquiera que sea su edad y condición deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

De la dignidad de la persona humana se tiene hoy una conciencia mayor. Enseñar y promover la dignidad humana es parte de la misión de la familia cristiana.

3.4.7. AUTORIDAD.

Como en toda comunidad, en el matrimonio y la familia debe haber autoridad. La autoridad es compartida y debe tenerse como un servicio entre cónyuges, y de quienes ejercen la patria potestad y tutela hacia los hijos o pupilos, al haberse cambiado el concepto de autoridad; es deber recíproco en el matrimonio porque ambos la ejercen y relacionado en las otras relaciones jurídicas familiares, pues se exige la respuesta en obediencia, respeto y honra del hijo o pupilo.

En la familia es uno de los valores relacionado directamente a la paternidad responsable. Es compartida por el marido y la mujer, quienes resolverán de común acuerdo todo lo concerniente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. Esta participación en la autoridad, exige de los padres la participación conjunta en todo lo relativo a la familia, como es su alimentación, educación de los hijos, trabajo en el hogar, etc., sin que signifique esto que ambos cónyuges deban aportar económicamente siempre la misma cantidad y distribuirse las cargas económicas por mitad, toda vez que los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges, independientemente de sus aportaciones económicas al sostenimiento del

hogar. Esto permite valorar el trabajo de la mujer dentro del hogar, quien permanece más tiempo atendiéndolo y cuidando a los hijos que el varón, evitando que siga considerándose más importante el trabajo masculino de sostenimiento económico de la casa; el matrimonio es una comunidad en la que participan ambos cónyuges, no necesariamente en los mismos trabajos pero sí con las mismas responsabilidades y donde los derechos y obligaciones son iguales independientemente de la aportación económica. Ambos pueden trabajar para el sostenimiento económico, pero ambos deben participar en el manejo del hogar y educación de los hijos.

Correspondiendo a la autoridad, está el respeto que los hijos deben a los padres. "Los hijos, cualquiera que sea su estado, edad y condición, deben respetar a sus padres y demás ascendientes".

La autoridad como servicio amoroso y orientado para que cada persona se desarrolle armónicamente y la familia cumpla adecuadamente sus funciones y alcance sus fines. El padre y la madre la ejercerán en el diálogo y respeto hacia cada miembro de la familia.

La autoridad exige sacrificio y éste es diario y en todo momento.

3.4.8. DERECHOS DE FAMILIA COMO GRUPO FRENTE A LA COMUNIDAD Y ESTADO.

La familia como grupo social tiene derecho a la existencia y a disponer de los medios necesarios para cumplir su misión, derecho que se ejerce a las

autoridades y la comunidad, y se traduce en la satisfacción de las necesidades sociales, económicas, culturales, políticas y religiosas, necesarias para una vida sana y plena familiar. Exige de las autoridades una legislación positiva y promotora: crear programas y planes oficiales para la integración y promoción de la familia, y de las autoridades eclesióásticas, planes orientados a la perfección cristiana para hacer posible que la familia sea la pequeña iglesia de la que habla el Concilio Vaticano II.

Por su parte la familia tiene responsabilidad que cumplir frente a sus miembros y frente a la sociedad. Como deberes propios de la familia están los relativos a la formación de personas, educación en la fe y participación en el desarrollo social, los que conviene tratar más ampliamente en estudio diverso, pero bástenos señalarlos para darnos cuenta de la gran importancia de la familia en el futuro de nuestro país.(4)

(4) CHAVEZ, Ascencio Manuel. La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F.

CAPITULO IV

DERECHOS Y OBLIGACIONES FAMILIARES.

SUMARIO

- 4.1. Derechos Subjetivos Familiares.
- 4.2. Obligaciones Familiares. 4.3.
- Relación de los Principales Derechos y Obligaciones Familiares.

4.1. DERECHOS SUBJETIVOS FAMILIARES.

Rojina Villegas define los derechos subjetivos familiares, diciendo que "constituyen las distintas facultades jurídicas que se originan por el matrimonio, el parentesco, la patria potestad o la tutela, por virtud de las cuales el sujeto está autorizado por la norma de derecho para interferir lícitamente en la persona, en la conducta, en la actividad jurídica o en el patrimonio de otro sujeto".

José Castán Tobeñas a los derechos subjetivos los considera como "las facultades o poderes que nacen de aquellas relaciones que dentro del grupo familiar mantiene cada uno de los miembros con los demás para el cumplimiento de los fines superiores de la entidad familiar".

Estimo que en la definición que propone Rojina Villegas falta determinar el origen de los derechos, como son los actos y hechos jurídicos familiares de carácter patrimonial, que al mencionarlos se hace innecesaria la mención del matrimonio, el parentesco, la patria potestad o la tutela. Carece también de la finalidad que los derechos subjetivos deben tener, que se contemplan en la definición que propone Castán Tobeñas, es decir, los fines superiores de la entidad familiar, pero aquí habría que agregar al matrimonio, que no es la misma institución que la familia.

Podría, quizás, proponer la siguiente definición: los derechos subjetivos son las distintas facultades que se originan por actos y hechos jurídicos

patrimoniales-económicos de carácter familiar, jurídicamente protegidos por las normas vigentes, para el cumplimiento de los fines especiales del matrimonio y de la familia.

Indudablemente los derechos subjetivos serán distintos según la institución de las que se deriven. Así, serán los mismos los que se originan por el matrimonio y diferentes los del parentesco, los de la patria potestad y tutela.

"Mientras que los derechos patrimoniales -observa Dusi- se asientan sobre una base de igual entre las partes, los de familia, por el contrario refieren a relaciones de superioridad y relativa dependencia que, análogamente a las que existen entre el Estado y los ciudadanos, se forman en el seno de la familia; de aquí los instintos de la potestad, patria y marital y de la autoridad tutelar".

No creemos que esté totalmente ajustado a la realidad lo expresado cierto es que algunos de los derechos se refieren a relaciones entre personas que no están en el mismo plano, como puede ser la derivada de la filiación pero en otros la relación es entre quienes no hay superioridad, como son los relativos de los cónyuges.(1)

4.2. OBLIGACIONES FAMILIARES.

Al hablar de obligaciones en el Derecho de Familia nos referimos exclusivamente a las de contenido patrimonial económico, no obstante que la

(1) ROJINA Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familias, Edit. Porrúa, S.A. México, D.F., 1989 p.669

mayoría de los autores también hablan de obligaciones extrapatrimoniales recordando que hemos reservado para los deberes conyugales y familiares todo lo relativo a lo no económico.

Como obligación podríamos entender que es " la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, queda sujeta para con otra, llamada acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial, que el acreedor puede exigir del deudor ".

En las obligaciones familiares, también encontramos diferencia con las obligaciones en general. Sobre el particular Bonnacase nos dice: " Ya hemos dicho, sin haber insistido en ello, reservándonos para hacerlo en este lugar, que la familia es un organismo formado, ante todo, de elementos de orden meramente natural, pertenecientes a la biología humana y a la sociología, el Derecho y la Moral vivifican, aceptándolos como tales. El más superficial examen de la situación conduce sin dificultad a este resultado. Citaremos sin embargo, en apoyo de nuestra opinión, algunas explicaciones casi olvidadas que Savigny consagró al Derecho de Familia. " La materia de la obligación es arbitraria por su naturaleza -escribió este autor- pues cualquier acto del hombre puede originar la obligación. La materia de las relaciones familiares es proporcionada por la naturaleza orgánica del hombre y lleva el sello de la necesidad, la obligación por lo general es temporal; las relaciones de familia persisten siendo siempre las mismas; así, las diversas relaciones de familia,

tomadas en su conjunto, forman una comunidad, bajo el mismo nombre del principio que la reúne: familia... Las partes constitutivas de la familia son el matrimonio, la patria potestad y el parentesco.

La materia de cada una de estas relaciones, es una relación natural; ésta relación natural es a la vez que necesaria para el hombre, una relación moral, y cuando por fin se une a ella la forma de Derecho, la familia reúne tres elementos inseparables: elemento natural, el moral y el legado. De aquí resulta que las relaciones de familia sólo en parte quedan sujetas al Derecho positivo. Añadiría también que en su menor parte, pues la más importante pertenecen a un dominio distinto al del Derecho".

Las obligaciones pueden clasificarse en: dar, hacer y no hacer. "Se llama objeto de la obligación lo que puede exigir el acreedor al deudor. Este objeto puede ser un hecho positivo, como la ejecución de un trabajo a la entrega de dinero; se le llama entonces prestación; puede ser también un hecho negativo, es decir, una abstención. Entre las obligaciones que tienen por objeto una prestación positiva se hace una subdivisión. Se colocan las que tienen por objeto prestación de cosas o sea una traslación de propiedad o un derecho de uso de las cosas y se les llama obligación de dar tomada esta palabra en un sentido semejante al de las latinas *daré* y *prestaré*. Las obligaciones positivas que no son las de dar son las que tienen por objeto prestaciones de hecho y se llaman obligaciones de hacer. Las obligaciones negativas indistintamente toman el nombre de obligaciones de no hacer.(2)

(2) ROJINA Villagay Rafael, Ob. Cit.

4.3. RELACION DE LOS PRINCIPIOS DERECHOS Y OBLIGACIONES FAMILIARES.

Los derechos y obligaciones conyugales y familiares derivan de actos jurídicos que tienen influencia en el patrimonio de los sujetos del derecho familiar.

En un intento inicial de agrupar a los derechos y obligaciones conyugales y familiares, podríamos citar los siguientes:

4.3.1. ALIMENTOS.

Derivan del matrimonio, del concubinato, del parentesco y de la adopción, tienen el carácter de temporales, salvo en el parentesco y en el matrimonio por ser obligación conyugal darse alimentos. Son relativos, intransmisibles, irrenunciables, salvo los alimentos ya causados, e inembargables. Desde el punto de vista del obligado termina con su muerte. En cuanto a la obligación, son de dar y hacer, según se trate del dinero o cosas necesarias o educación, cuidado, etc.

4.3.2. ADMINISTRACION DE BIENES.

Comprende todo lo relativo a la administración de bienes de hijos e incapaces y derivan de la patria potestad, de la adopción y la tutela. Por regla general podríamos considerar que son temporales, salvo que excepcionalmente hubiera una incapacidad permanente por enfermedad incurable. Hay una relación de

subordinación y es de interés público. Por regla general son relativos, intransmisibles, irrenunciables, intransigibles e inembargables estos derechos. La mujer y el varón son capaces de tener y administrar sus propios bienes.

4.3.3. SUCESIONES.

El testar es un derecho de la persona para disponer de sus bienes. Desde otro punto de vista el cónyuge y los parientes tienen un derecho, por lo menos, a los alimentos. Los herederos pueden disponer de las cosas que forman la sucesión. Es decir, es un derecho negociable, como consecuencia transmisible y en relación al cual también opera la transacción, pero debe ser después de la muerte "de aquel a quien heredarán".

4.3.4. SOSTENIMIENTO DEL HOGAR.

Aquí se comprende todo el conjunto de derechos y obligaciones orientados a la constitución y mantenimiento del hogar y domicilio conyugal que comprende la casa familiar, incluyendo lo relativo al patrimonio familiar. Estos derechos y obligaciones nacen del matrimonio, "los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar" (Art. 164 C.C.) y vivirán juntos en el domicilio conyugal (Art. 163, C.C.); también nacen como consecuencia de la filiación, o conocimiento de hijos por legitimación, y también como consecuencia de la tutela. Son de orden público toda vez que la sociedad y el Estado están interesados en la existencia del domicilio conyugal, el sostenimiento de éste y del patrimonio familiar. Podemos estimar que algunos son transmisibles por

herencia como en el caso de la casa paterna, y el patrimonio familiar el que es inembargable e inalienable (Art. 727, C.C.) ”.

4.3.5. REGIMEN MATRIMONIO DE BIENES.

En este apartado se comprenden todos los derechos y las obligaciones que se derivan del régimen matrimonial, bien sea de separación o de comunidad de bienes. el régimen debe pactarse en las capitulaciones matrimoniales que son "los pactos que los esposos celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar la administración de éstos en uno y otro caso". (Art. 179, C.C.). Nacen del matrimonio, toda vez que en el concubinato no se generan estos derechos y obligaciones, pues el artículo 178, C.C., se refiere sólo al "contrato de matrimonio". Son de naturaleza privada y es posible hacer convenios, transmitir y renunciar a los derechos y obligaciones y son embargables.

4.3.6. DONACIONES.

Se comprenden las donaciones antenuptiales y las donaciones entre consortes se originan por el noviazgo y el matrimonio. Son de derecho privado, y tienen limitaciones toda vez que "pueden ser revocados por causa justificada y a juicio del juez" (Art. 233, C.C.).

4.3.7. LOS ESPONSALES.

Es la promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada (Art.

139, C.C.). Independientemente de que con ella y al consumarse el matrimonio se generan deberes jurídicos, también es fuente de derechos y obligaciones que estudiamos aún cuando debemos tomar en cuenta que los esponsales no producen obligación de contraer matrimonio, ni en ellos puede estipularse pena alguna por no cumplir la promesa (Art. 142, C.C.); sólo da derecho a resarcir los gastos que la otra parte hubiera hecho, y a la indemnización a título o reparación moral en los casos determinados y que establece el artículo 143 C.C.

4.3.8. REMUNERACION AL TUTOR.

Este es un derecho patrimonial que el tutor tiene y que nace de su relación específica. Es un derecho privado y temporal, que puede ser renunciado o transigido, y en ciertos casos embargado.

4.3.9. DERECHO AL TRABAJO.

Los cónyuges tienen derecho a desempeñar cualquier actividad (remunerada o no) excepto, los que dañen a la moral de la familia o a la estructura de ésta. " Cualquiera de ellos podrá oponerse a que el otro desempeñe la actividad de que se trate y el juez de lo familiar resolverá sobre la oposición." (Art. 169 C.C.).(3)

(3) ELIAS Azar Edgar, *Personas y Bienes en el Derecho Civil Mexicano*, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., p.p. 46-53

CAPITULO V

LA CONDICION JURIDICA DE LA MUJER.

SUMARIO

- 5.1. Introducción. 5.2. Enfoque Sociológico. 5.3. Enfoque Teológico. 5.4. Enfoque Filosófico. 5.5. Enfoque Histórico. 5.6. Enfoque Jurídico.

5.1. INTRODUCCION.

Quienes han venido estudiando la evolución de la situación jurídica de la mujer en el curso del desarrollo histórico, han tenido que acudir a los elementos objetivos que los anales de la civilización nos han permitido tener a nuestro alcance, sin comprender en él las aportaciones que la literatura, la poesía y otras artes nos han dado, para tener una imagen de ella en la que sólo destaca su belleza, ternura o heroísmo.

Por regla general, las investigaciones sociológicas señalan al matriarcado como el origen del grupo familiar, consecuentemente, como forma social primaria.

La promiscuidad sexual del grupo primitivo, es el punto de partida de la teoría matriarcal, dado que la paternidad, en razón de ella, impedía el conocimiento cierto de la filiación paterna.

Sin embargo, a partir de los estudios del sociólogo suizo Juan Jacobo Bachofen, en 1861, éstos delimitan a esa concepción como una doctrina especulativa, apartada de la realidad y ausente de una verdadera ginecocracia, o gobierno de la mujer, ya que contrariamente al dominio de la mujer en el régimen de la familia o de predominio de la mujer en los negocios públicos, las huellas y vestigios del pasado aportan a una visión netamente patriarcal, en la que el varón y padre era el señor a quien correspondía la autoridad y la potestad sobre toda la familia.

De acuerdo con sus observaciones en la vida social de los pueblos, la evolución de las relaciones de los sexos han pasado por tres periodos generales:

a) El llamado hetairismo afrodisiaco, caracterizado por la más completa promesa ciudad de hombres y mujeres de la que resulta necesariamente una filiación exclusivamente femenina;

b) El conocido con el nombre de matriarcado demetriano en el cual la mujer se eleva al rango político y religioso.

c) Finalmente es el patriarcado apolítico con fondo de carácter religioso, en que se atribuye al Dios Griego Dionisios la doctrina de la divinidad de la paternidad, sosteniendo que la madre es solo la nodriza de la semilla depositada en su seno.

5.2. ENFOQUE SOCIOLOGICO.

En el mismo terreno de las investigaciones sociológicas, Pablo Krische asevera que el matriarcado no es una fase obligada de la evaluación social, sino un fenómeno aislado que tiene lugar en ciertos momentos en que la agricultura iniciada y cultivada directamente por la mujer, adquiere un valor económico superior al de la caza, ocupación habitual de los hombres. El mismo autor advierte que debe llamarse la atención sobre una doble circunstancia:

1°.- Que el matriarcado no le acompañó una verdadera y completa ginecocracia, ya que no era posible constatar en ninguna parte la existencia de un evidente predominio femenino en forma de soberanía exclusiva de la mujer, y mucho menos la existencia de un Estado de mujeres.

2°.- Que la fase matriarcal fue de corta duración, puesto que el problema y la carga de la sexualidad, impone distintas exigencias corporales al hombre y a la mujer.(1)

5.3. ENFOQUE TEOLÓGICO.

Una visión totalmente distinta del análisis sociológico, aparece en la concepción teológica del origen de la vida y de la condición de la mujer, pues el Génesis (Antiguo Testamento) relata que después de que la primera pareja había comido del árbol de la vida (del conocimiento del bien y del mal) se les abrieron en tramos los ojos... entonces dijo Yahvé... a la mujer: " Multiplicaré tus dolores y tus preñeses; con dolor darás hijos a luz; te sentirás atraída por tu marido, pero él te dominará".

5.4. ENFOQUE FILOSÓFICO.

Muy distante de las posiciones sociológicas y teológicas, son aquellas que surgen del análisis filosófico, cuyas perspectivas proclaman como uno de los derechos humanos fundamentales, el de la igualdad jurídica, con amplias raíces del tema, en la idea de la justicia, dignidad y libertad de la persona humana.

(1) MAGALLÓN Ibarra Jorge Mario, Instituciones de Derecho Civil Edit. Porrúa, México., D.F., 1991 p.91

Licurgo, legislador de Lacedemonia, ponderó la intervención de las mujeres en política y las elevó a descollantes posiciones; sometiéndolas al mismo régimen que el hombre. La niña era educada como los varones; la esposa no quedaba recluida en el hogar de su marido.

La mujer en Roma -casada en justas nupcias- adquiere la dignidad del marido pero está sujeta a la tutela perpetua de él.

Con Marco Aurelio, termina la evolución de la familia romana al disponer que los hijos y no los agnados heredan a la madre.(2)

5.5. ENFOQUE HISTORICO.

La realidad que conocemos, verifica la sujeción de la mujer en la mayoría de los pueblos primitivos; subordinada al hombre y determinada a vivir bajo su tutela y dependencia. Las leyes de Hammurabi reconocían ciertos derechos a la mujer, quien recibía una parte de la herencia paterna y una dote del padre para casarse. En Egipto aparecía como aliada del hombre y por tanto, tenía los mismos derechos que éste, heredaba y poseía bienes. En cambio en Grecia y Roma estaba sometida y no participaba en los ritos de la religión doméstica y el derecho de ambos pueblos la consideraban como una eterna menor.

El pueblo judío mantuvo un régimen patriarcal que menospreciaba a la mujer; sometiéndola a la potestad, sea paterna o marital. En el pueblo germano, la mujer estuvo sometida a una especie de condición servil.

(2) MAGAYON Ibarra Jorge Mario, Ob. Cit. p.100

En la llamada "Edad Moderna", en toda Europa, las mujeres siguen sometidas a tutela -paterna, marital, fraterna- y es apenas en el siglo XX cuando se avanza en el reconocimiento de derechos de la mujer, el cual se consolida hasta que concluye -en 1945- la Segunda Guerra Mundial. En este nivel, como precursor del movimiento actual, debemos ubicar al filósofo positivamente John Stuart Mill que desde 1861 marcó la temática para el desarrollo de los criterios que apoyan la igualdad jurídica, política, económica y social de la mujer, y que orientan las críticas más fundadas en contra de la discriminación y subordinación jurídica de un sexo al otro; estimando que la discusión del tema es cuestión de justicia.

El Código Napoleón reiteró el sometimiento de la mujer a la potestad marital impidiéndole el ejercicio de administración de sus bienes propios y bajo la influencia de esta legislación, los códigos civiles que rigieron en el siglo pasado en el Distrito Federal -1870 y 1884- adoptaron la misma fórmula restrictiva; llegando a otorgarle al marido la legítima representación de la mujer y en su caso- la licencia necesaria que éste le otorgare para comparecer en juicio. Ella requería autorización de él para adquirir bienes o para venderlos y aún para obligarse. Si viuda celebraba segundas nupcias, perdía la patria potestad que ejercía sobre los hijos procreados con el difunto.

5.6. ENFOQUE JURIDICO.

El considerando único que precede -como Exposición de Motivos- a la Ley

sobre Relaciones Familiares de 7 de abril de 1917, perfiló las entonces ideas modernas sobre la igualdad que se orientaban a extraer a la mujer de la potestad del marido; suprimiendo la idea del "imperio" -resto de la manu romana- otorgada al marido.

En concordancia con esta tendencia, el artículo 2º del Código Civil para el Distrito Federal equiparó la capacidad jurídica del hombre y la mujer; disponiendo que ésta no queda por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos.

El Diario Oficial del 17 de octubre de 1953 publicó el nuevo texto del artículo 34 de la Constitución Política que nos rige, otorgándole ciudadanía tanto a los varones como a las mujeres; concediéndole a éstas la plenitud de derechos políticos.

En 1945, al proclamarse en la ciudad de San Francisco California, Estados Unidos de América, los Derechos del Hombre, se manifiesta la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y valor de la persona humana, así como en la igualdad de derechos de hombres y mujeres.

Al formularse concordantemente la Declaración Universal de Derechos del Hombre, se reafirma el reconocimiento a esa igualdad y en su artículo 1º, se dispone: 2 Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.(3)

(3) *Idea* p. 105

CAPITULO VI

LA DESINTEGRACION FAMILIAR DERIVADA DE NUESTRO CODIGO CIVIL EN EL ESTADO DE GUANAJUATO

SUMARIO

6.1. Introducción. 6.2. Año Internacional de la Mujer 1975. 6.3. La Excesiva Intervención Estatal en la Vida Familiar. 6.4. Una Igualdad Jurídica Mal Entendida por el Legislador. 6.5. La Familia sin Autoridad Responsable. 6.6. La Intromisión de la Autoridad Judicial en la Familia. 6.7. La Norma Jurídica Familiar Ajena a la Realidad del Estado de Guanajuato. 6.8. La Desprotección de la Mujer en Relación a sus Hijos. 6.9. Normas Jurídicas Defectuosas en Perjuicio de la Familia. 6.10. El Desequilibrio entre el Derecho y la Moral. 6.11. La Contra Reforma al Matrimonio.

6.1. INTRODUCCIÓN.

La desintegración familiar derivada de nuestro Código Civil vigente en el Estado de Guanajuato tiene su origen en dos importantes fuentes: El mal llamado Año Internacional de la Mujer (1975) y el Delirio por legislar del Presidente Luis Echeverría.

En efecto, bajo ningún Presidente de la República sufrió tantas reformas el Código Civil para el D.F. como durante el gobierno del Presidente Echeverría, quien lo reformó nueve veces para modificar 157 artículos y derogar 8 preceptos. No dejó para un sólo año de su gobierno sin que no hubiera tocado alguno o algunos de los artículos del Código Civil, ya que en 1971 reformó 27 disposiciones; en 1972 reformó también en una primera vez 70 artículos y en una segunda vez otros más; en 1974 reformó 27 artículos en una primera vez y en una segunda, otros 25 preceptos y, además, derogó 8 disposiciones; en 1975 lo reformó dos veces para enmendar un precepto en la primera y dos en la segunda; y por último, en 1976 reformó tres disposiciones.

Sin duda que las más graves y trascendentales reformas al Código Civil de este Presidente de la República fueron las relativas al Derecho de Familia que llevó a cabo ya para terminar el año de 1974, y que serán objeto de un estudio especial posteriormente, a la luz del Código Civil para el Estado de Guanajuato, mismo que años más tarde siguió bajo una copia mal tomada del Código Civil para D.F., como viene siendo costumbre, por parte de prácticamente todas las

entidades federativas, tal como se podrá observar en su oportunidad.(1)

6.2. 1975 AÑO INTERNACIONAL DE LA MUJER.

Ya en los linderos de su período ordinario de sesiones de 1974, y para que alcanzaran a ser publicas en el Diario Oficial del 31 de diciembre de ese año, el Congreso de la Unión aprobó a ciegas, dentro de un sólo "paquete" ordenado por el Presidente Luis Echeverría y por su esposa Esther Zuno de Echeverría, un conjunto de reformas a siete leyes muy disímolas, bajo el título "Decreto de Reformas y Adiciones de diversos artículos de la Ley General de Población, Ley de Nacionalidad y de Naturalización. Ley Federal del Trabajo, Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Código Civil para el D.F. en materia común y para toda la República en materia federal, Código de Procedimientos Civiles para el D.F. y Código de Comercio".

Ninguna exposición de motivos procedió a la publicación de este Decreto y la precipitación obedecía a que ya estaba a la puerta el año de 1975, el Año Internacional de la Mujer, cuya celebración mundial tendría como sede la Ciudad de México y para el cuál la Asamblea General de las Naciones Unidas había recomendado a los Estados miembros, en lo tocante al Derecho Civil, el siguiente contenido del artículo 6 de la Declaración sobre la eliminación de la discriminación de la mujer:

1.- Sin perjuicio de la salvaguarda de la unidad y la armonía de la familia, que sigue siendo la unidad básica de toda sociedad, deberán adoptarse

(1) SANCHEZ Medel Ramón, Los Grandes Cambios en el Derecho Familiar en México, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1991 p.96

todas las medidas apropiadas, especialmente medidas legislativas para que la mujer, casada o no, tenga iguales derechos que el hombre en el campo del Derecho Civil y particularmente:

a).- El Derecho a adquirir, administrar y heredar bienes y a disfrutar y disponer de ellos, incluyendo los adquiridos durante el matrimonio;

b).- La igualdad en la capacidad jurídica y en su ejercicio;

c).- Los mismos derechos que el hombre en la legislación sobre circulación de personas;

2.- Deberán adoptarse todas las medidas apropiadas para asegurar el principio de la igualdad de condición del marido y de la esposa, y particularmente:

a).- La mujer tendrá el mismo derecho que el hombre a escoger libremente cónyuge y a contraer matrimonio mediante su pleno y libre consentimiento;

b).- La mujer tendrá los mismos derechos que el hombre durante el matrimonio y a la disolución del mismo. En todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial;

c).- El padre y la madre tendrán iguales derechos y deberes en lo tocante a sus hijos.

3.- Deberán prohibirse el matrimonio de niños y los esponsales de los jóvenes antes de haber alcanzado la pubertad y deberán adoptarse medidas eficaces, inclusive medidas legislativas, a fin de fijar una edad mínima para contraer matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.

De acuerdo con su nombre, la Declaración de referencia fue sólo para eliminar las discriminaciones contra la mujer y no para suprimir las medidas de protección a su favor.

Por ello, el inciso tres del artículo 10, expresamente se aclaró que "no se considerarán discriminatorias" aquellas medidas que, "por razones inherentes a la naturaleza física", "se adopten para proteger a la mujer", puesto que lo único que se trata es de conseguir "la eliminación de los prejuicios y la abolición de las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de la inferioridad de la mujer", según el artículo 3º.

Además, en el preámbulo de la misma Declaración, se reconoció de manera solemne a la mujer "su función en la familia y especialmente en la educación de los hijos", función importantísima que, al debatirse en la Asamblea General de las Naciones Unidas, el inciso c) del punto 2 del citado artículo 6, que esclareció con toda precisión el representante de Polonia en su intervención del 5 de octubre de 1977.

Se proponía, en efecto, clarificar en qué sentido, sin perder de vista "el

interés de los hijos" como "la consideración primordial", debía entenderse la sentencia de que "el padre y la madre tendrán iguales derechos y deberes en lo tocante a sus hijos", al respecto se precisó lo siguiente:

"No se trata de la obligación que podría tener la mujer de trabajar fuera del hogar para contribuir a sufragar los gastos domésticos; por deberes de los progenitores respecto de sus hijos se entienden las obligaciones más amplias que se refieren especialmente a la educación de los niños y a la necesidad de asegurar su desarrollo físico y moral de prepararlos para la vida en sociedad".

Con esta acertada intervención se puso de relieve que también la dirección y el cuidado de los trabajos del hogar constituye una forma de cumplir la mujer con sus deberes para con sus hijos, y es igualmente una manera eminente de contribuir a las necesidades del hogar, sin que por fuerza, en todos los casos tenga la esposa que compartir con su marido la carga del sostenimiento económico de los gastos domésticos y apartarse para ello de la atención del hogar.

Por otra parte el Delegado del Congo, en su intervención el 10 de Octubre de 1967 ante la misma Asamblea propuso que para que el propio artículo 6 no diera lugar a malas interpretaciones, "lo cuál podría redundar en perjuicio de la unidad y la armonía de la familia, célula básica de toda sociedad sana", debería empezar dejando constancia, como hecho esencial, de que no se perjudicara la salvaguarda de la unidad y la armonía de la familia, y explicó que su recelo era permitir a la mujer "desplazarse sin previa autorización del

marido constituía un factor de desintegración de la familia", concluyendo sabiamente que "es fundamentalmente no imponer a unos países las costumbres de otros, sino subrayar el espíritu de tolerancia, a fin de lograr una mejora real de la condición de la mujer y asegurar la estabilidad de la familia".

La propuesta fue aceptada, contra la oposición de Rusia que señaló que la iniciativa del Congo "deja abierta la posibilidad de que se continúe practicando una discriminación contra la mujer so pretexto de salvaguardar la armonía de la familia".

Fueron dos resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la del 7 de noviembre de 1967, que aprobó la Declaración mencionada, y la del 18 de noviembre de 1972, que proclamó a 1975 como Año Internacional de la Mujer, los dos acontecimientos indujeron al Presidente de la República para prestar dos iniciativas, una para la reforma de varios artículos de la Constitución, y otra para la reforma en "paquete" del Código Civil y otras leyes muy dispares.

El propósito de igualar dentro de la legislación civil al hombre y a la mujer en el matrimonio, no era una novedad tardía para la Revolución Mexicana que hubiera tenido que esperar hasta el año de 1975, para poder tener su expresión en la legislación positiva, ya que, según se destacó antes, la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 y el Código Civil de 1928 se habían anticipado con muchos años de ventaja a semejante iniciativa internacional.

Asimismo, la igualdad del hombre y la mujer en lo concerniente a derechos

laborales y a derechos políticos, también quedó plasmada desde mucho antes que la citada Declaración Internacional en nuestra Ley Fundamental y en la legislación secundaria, mediante los siguientes textos legales:

"Son ciudadanos de la República los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos reúnan, además, los siguientes requisitos..." (Reforma al artículo 34 de la Constitución Federal en el Diario Oficial del 17 de Octubre de 1953).

"Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad", estableciéndose como medidas de protección a la mujer, la prohibición en trabajos en la industria, en ciertas labores nocturnas antisociales, insalubres o peligrosas al igual que derechos especiales para proteger la maternidad "(artículo 123-II, V, VII y XI de la Constitución de 1917).

"Las mujeres disfrutan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones que los hombres", en las relaciones laborales, creándose, además, medidas de protección al trabajo de la mujer, para apartarla de las labores peligrosas, insalubres, trabajo nocturno, industrial o en establecimientos comerciales, e instituyendo también protecciones especiales a las madres trabajadoras (artículo 106 y siguientes de la Ley Federal del Trabajo de 1931 y que repiten el artículo 164 y siguientes de la Ley Federal del Trabajo de 1970).

En suma, adelantándose muchos años antes a la citada Declaración sobre la

eliminación de la discriminación contra la mujer, nuestra legislación positiva había ya consagrado y garantizado la igualdad jurídica del hombre y la mujer y había reconocido, sin disimulación alguna, la plenitud de la capacidad civil y de los derechos laborales y políticos de la mujer.

Por esta razón fue muy deplorable la triste intervención que tuvo el Delegado de México, en la sesión del 7 de noviembre de 1967 de la Asamblea General de las Naciones Unidas que aprobó la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, puesto que no sólo desaprovechó la brillante oportunidad que se le brindó de realzar la obra de los gobiernos de nuestro país para eliminar las discriminaciones contra la mujer, sin mengua de la familia y del interés primordial de los hijos, sino que ante un foro internacional de tanta importancia, dejó la falsa impresión de que nuestra legislación se hallaba en el atraso y que la citada Declaración nos ayudaría a una tardía rectificación de nuestras leyes.

En efecto, en esa ocasión, el Delegado mexicano, el Sr. Sánchez Gavito, al hablar a su turno en nombre de 22 países latinoamericanos, se concretó a una intervención emotiva, haciendo notar que su generación a punto de ser pretendida, había creído, que "el hecho de apartar a la mujer, por ejemplo, de la lucha cívica, tan cruenta en nuestros tiempos y en nuestras latitudes era la mejor reforma de demostrarle cariño y dedicación", pero que "tan pronto como nos percatamos de que la mujer latinoamericana había logrado, sin consultarnos siquiera, un destino distinto al que le habíamos señalado por una variedad sin

límites, si se quiere, pero también con toda la devoción de que éramos capaces, cooperamos de buen grado en la obra de consignar por escrito y con toda solemnidad, como hoy lo hacemos, la emancipación que ella en la práctica ya había conquistado".

Pero si ésta intervención de México fue desastrosa, mucho más todavía lo fueron las reformas al Código Civil que implantó en 1975 el gobierno de Luis Echeverría con ocasión del Año Internacional de la Mujer. Este es a grandes rasgos el marco teórico jurídico que existió como antecedentes a las reformas practicadas por el legislador a nuestro Código Civil vigente en el Estado de Guanajuato, mismas que serán objeto de un análisis crítico en los puntos subsecuentes de este mismo capítulo.(2)

6.3. EXCESIVA INTERVENCION DEL GOBIERNO DEL ESTADO EN LA VIDA FAMILIAR.

El artículo 162 del vigente Código Civil anteriormente decía: "Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente".

Con motivo de la reforma se le agregaron estos dos párrafos al dispositivo mencionado: "Toda persona tiene derecho a decir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges".

(2) SANCHEZ, Medel Ramón, Ob. cit.

Los dos párrafos nuevos ponen a la vista un marcado contraste: para las personas no casadas entre sí, la oportunidad y las condiciones de tener relaciones sexuales depende solo de la libre voluntad de cada quien; por lo contrario, los esposos dentro del matrimonio, para tener relaciones maritales requieren de la voluntad simultanea de ambos, de otra forma la ley castiga la relación cuando solo existe voluntad en uno y no en el otro, lo cual constituye un contrasentido.

Ante todo, creemos que no es función de la ley formular preceptos de carácter moral y mucho menos aún contrariar a la misma moral.

Está fuera de duda que lo esencial del acuerdo de voluntades al celebrar el matrimonio, es que cada uno de los contrayentes se conceda derecho recíproco y exclusivo sobre su propio cuerpo en función de la procreación. De este derecho bilateral nace lo que se llama el "débito conyugal" que consiste en la obligación que tiene cada uno de los esposos de atender a la solicitud del otro, cuando le pida la realización del acto sexual. Así, pues, dentro del matrimonio, no es necesario que los dos cónyuges coincidan en la decisión acerca de la oportunidad y de las condiciones de realizar el acto conyugal, sino que basta que uno sólo de ellos lo pida, para que el otro tenga que acceder, salvo casos extraordinarios, como por ejemplo, una enfermedad o la necesidad de no exhibirse públicamente o el hallarse en estado de ebriedad, etc.

De acuerdo con estas ideas, que son al fin las reflexiones del sentido

común, es evidente que la doble adición del artículo 162 del Código Civil amerita dos importantes observaciones: primero, se introduce el legislador al ámbito de la moral que no está bajo su cuidado directo; y segundo, tal intrusión es para contrariar dos principios éticos, por que proclama la más irrestricta libertad de las relaciones sexuales fuera de matrimonio y por que, lo que es más grave todavía, trastoca las finalidades esenciales del matrimonio al desconocer el "débito conyugal", ya que conforme a la reforma de que se trata, basta que uno de los esposos no quiera realizar el acto conyugal, para que no se justifique el deseo del otro. Semejante novedad es inadmisibile, por que el concurso de voluntades de los dos cónyuges se requiere solamente para celebrar el matrimonio o para continuar en él, pero de ninguna manera es necesario para cumplir con el "débito conyugal", por tratarse este de un deber inherente al mismo matrimonio.

La reforma legal en cuestión es trascendente que la supresión del débito conyugal, permite a un esposo acusar al otro del delito de violación e incluso utilizar tal conducta como causal de divorcio en los términos de la fracción XVI del artículo 223 del Código Civil vigente en el Estado de Guanajuato.(3)

6.4. UNA IGUALDAD JURIDICA MAL ENTENDIDA POR EL LEGISLADOR.

En efecto, los artículos 164, 165 y 166 del Código Civil para el Estado de Guanajuato establecían en forma general tanto la carga del marido de sufragar los gastos para el sostenimiento del hogar, como la pensión alimenticia a favor

(3) Código Civil Comentado para el D.F. en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

de la mujer y de sus hijos, y sólo por una verdadera excepción, cuyo supuestos deberían comprobarse en todo caso, se podía desplazar parcial o totalmente esta responsabilidad a la esposa.

Con motivo de la reforma en cuestión que modificó los numerales mencionados, ahora ya no existe en la ley, como regla general y sin necesidad de prueba, la pensión alimenticia a favor de la esposa y a cargo del marido, sino que cuando la mujer casada demande alimentos a su esposo, deberá ella probar que está imposibilitada para trabajar, cosa muy difícil, porque conforme a las nuevas ideas, los dos esposos tiene iguales posibilidades de dedicarse a todo tipo de actividades lucrativas y probar también que ella carece de bienes propios ya que en caso de no rendirse previamente por la esposa esta doble prueba, no puede reclamar ella alimentos a su esposo, por qué tan obligado está un cónyuge como el otro de sufragar los gastos propios del hogar.

En cambio de acuerdo a los artículos ya mencionados de nuestro Código Civil antes de la reforma en cuestión, a la pensión alimenticia a cargo del marido y en favor de la esposa y de sus menores hijos, era la regla general, que sin necesidad de prueba alguna debía prevalecer, salvo la excepción que ya mencionamos.

En conclusión, la reforma de que se trata ha perjudicado gravemente a la mujer casada y a sus menores hijos, y sólo pudo inspirarse no en el propósito de igualar al hombre y a la mujer en el matrimonio, mejorando la condición jurídica

de la esposa, sino más bien en el deceso de liberar parcialmente al hombre del sostenimiento económico del hogar y equipararlo de esa manera a la mujer, sobre la que en principio no pesaba antes semejante carga.

También podemos agregar, que esta trascendental reforma a nuestro Código Civil no sólo ha puesto en grave peligro la unidad y la armonía de la familia y ha sacrificado desigualmente el interés primordial de los hijos en el matrimonio, sino que, además, contradijo abiertamente la letra y el espíritu del artículo 6 de la Declaración sobre Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

Por fortuna, el evidente despropósito de la reforma legal en cuestión fué después enmendado por la Suprema Corte de Justicia, al sostener que a pesar de esa reforma, puede hoy en día la esposa reclamar judicialmente alimentos a su marido, sin necesidad de probar que carece ella de recursos económicos propios y que está imposibilitada para trabajar, por que uno y otro de estos hechos deben presumirse como hechos notorios todavía hoy en las condiciones actuales de la sociedad.

En nuestro concepto, la igualdad jurídica del hombre y la mujer, implica esencialmente igual capacidad civil e iguales derechos laborales y políticos para el hombre y la mujer.

Así mismo, la libertad del trabajo como garantía individual faculta al hombre y a la mujer por igual a dedicarse a la actividad lícita que uno u otro

elijan.

Ahora bien, si una mujer, por ejemplo, acepta libremente desempeñar el cargo de Presidente Municipal de una población determinada, no puede abandonar tranquilamente el puesto para dedicarse a explotar un negocio de su propiedad, con el pretexto de que goza de una doble garantía individual, la de igualdad de sexos y la de libertad de trabajo.

Igualmente, cuando la mujer, con plena libertad, contrae matrimonio o funda con su esposo una familia, contrae deberes específicos que le impone la sociedad y que no puede abandonar o descuidar alegando la igualdad del hombre y la mujer o argumentando su derecho a la libertad de trabajo.

En conclusión, así como no puede decirse que se violan las garantías de igualdad jurídica en todos los seres humanos y de libertad de trabajo, al obligar a una mujer que tiene el cargo de Presidente Municipal a que cumpla con sus funciones públicas y no las abandone, tampoco puede hablarse de discriminaciones contra la mujer y de agravio a esas dos garantías individuales, al obligar a la mujer casada a que cumpla con sus funciones de dirigir y cuidar los trabajos del hogar, aunque si lo desea y si su marido no lo sostiene sus gastos domésticos en la totalidad, puede también dedicarse a trabajar en cualquier otra actividad lucrativa, que no sea la del hogar. Se trata sólo de una incompatibilidad de actividades. Todavía en nuestro país se piensa que el trabajo es para poder vivir y no que vivimos sólo para trabajar. Todavía también

en nuestra sociedad se tiene en tan alto aprecio la labor sublime de la mujer al servicio del hogar y de la educación de los hijos, como el trabajo remunerado del marido para el sostenimiento del hogar.(4)

6.5. LA FAMILIA SIN AUTORIDAD RESPONSABLE.

En esta ocasión, la reforma en cuestión derogó el artículo 167, y modificó los artículos 168 y 169 del Código Civil para ordenar para que en lo futuro ya ninguno de los dos consortes en concreto tiene a su cargo el cuidado y la atención de los trabajos del hogar, porque no encima de la educación y de la formación familiar de los hijos, considera el legislador que es más importante garantizar a uno y a otro de los padres que puedan apartarse del hogar para dedicarse a las actividades lucrativas que sean de su agrado.

La igualdad del hombre y la mujer ante la ley civil, especialmente dentro del matrimonio, tiene por fuerza que armonizarse con estas dos exigencias que impone la realidad de la vida: por un lado, la necesidad de sufragar económicamente los gastos domésticos y atender la dirección y cuidado del hogar; y por la otra, la necesidad de dividir el trabajo en relación con el hogar, para que uno de los dos consortes tome a su cargo el sostenimiento económico del hogar, y el otro cónyuge, a su vez, el cuidado y la atención del mismo hogar.

A causa de la reforma que se analiza, para lo sucesivo ya que no habrá ningún responsable del cuidado y la atención del hogar porque tanto tiene derecho el hombre como la mujer para despreocuparse de esa importante tarea que

(4) Código Civil comentado para el D.F. en Materia Común, Ob. Cit.

beneficia principalmente a los hijos, a fin de consagrarse en lugar de ella, al desempeño de otras ocupaciones fuera del mismo hogar, a las que la ley les da primacía, como lo son las actividades lucrativas fuera del hogar.

Debido precisamente a esta extraña manera de concebir los deberes familiares de los consortes, dejaron de tener razón de ser y derogaron en la misma reforma los artículos 170 y 171 del Código Civil que facultaban, respectivamente, al marido a oponerse a que la mujer se dedicara a actividades lucrativas, cuando fuera en detrimento del cuidado y la atención de los trabajos del hogar, y que facultaban a su vez a la esposa para oponerse a que el marido desempeñara algún trabajo que lesionara la moral familiar.(5)

6.6. LA INTROMISION DE LA AUTORIDAD JUDICIAL EN LA FAMILIA.

Al sustituirse el artículo 178 del Código Civil para el Estado de Guanajuato que expresamente reservaba a la mujer "la dirección y cuidado de los trabajos del hogar", por el nuevo artículo 168 que proclama que el marido y la mujer de común acuerdo resolverán todo lo relativo al manejo del hogar, a la formación y educación de sus hijos y a la administración de los bienes de éstos, y que en caso de desacuerdo el Juez de lo Civil resolverá lo conducente, se deja a este mismo en última instancia, la decisión en forma casuística de cual de los dos cónyuges y en que forma se ocupe de lo referente al manejo del hogar y a la formación y educación de los hijos, en lugar de establecer en el texto de la misma ley, el deslinde respectivo, como se hacía acertadamente en el Código

(5) Código Civil Comentado para el D.F. en Materia Común, Ob. Cit.

Civil antes de la reforma. Pero lo que resulta verdaderamente inaudito es que la legislación en nuestro Estado ha dispuesto que la injerencia de la autoridad judicial en esta materia, pueda tener el carácter de oficiosa, porque aunque no existiera petición de algunos de los cónyuges, el Juez de lo Civil estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, según el artículo 941 reformado del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato, y además, porque si hay desacuerdo entre los consortes en tales asuntos, sólo al juez de lo civil compete decidir la diferencia, conforme a los nuevos artículos 168 y 169 del Código Civil. De esta original manera la reforma instituyó la intromisión de los jueces, para suprimir la potestad marital que reconocía la legislación del Presidente Benito Juárez y para acabar con la igualdad jurídica del marido y de la esposa que establecía la legislación de Venustiano Carranza.

Tanta importancia concede la reforma a la intervención del Juez de lo Civil en el gobierno interno de la familia para dirimir las desavenencias domésticas entre marido y mujer, que llega al extremo de crear una nueva y especial causa de divorcio, pero ya no para sancionar la falta de un cónyuge al otro, como acontece por ejemplo en el caso del adulterio y de las injurias y la sevicia, sino para sancionar ahora la falta o desacato que un cónyuge ha cometido a ese tercero, que es el Juez de lo Civil.

Efectivamente, la fracción XII del artículo 267 del Código Civil fué reformando para incluir entre las causales de divorcio "el incumplimiento, sin

causa justa, de la sentencia ejecutoriada, por algunos de los cónyuges en el caso del artículo 168, es decir, en el caso de que ante el desacuerdo entre marido y mujer en relación al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos, y a la administración de los bienes de éstos, hubiera evitado el Juez de lo Civil una sentencia para ordenar los consortes lo que ambos deban hacer al respecto, y uno de los cónyuges hubiera dejado de acatar semejante fallo.

Esta intervención institucionalizada del Juez de lo Civil para distribuir en forma casuística entre ambos consortes las cargas del hogar, engendra la extraña figura de un matrimonio de tres, porque ante la actual indefinición de la ley, al surgir la discrepancia o el conflicto de los cónyuges sobre tal distribución en concreto, el único facultado para dirimir el desempate en una singular sociedad de dos socios iguales, bien es un extraño que es el Juez Civil.(6)

6.7. LA NORMA JURIDICA FAMILIAR AJENA A LA REALIDAD SOCIAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO.

Como expresión del vicio de cambiar que se advierte en la reforma en cuestión, el texto de los artículos 174 y 175 del Código Civil que exigían autorización judicial para que la esposa contratara con su marido o para que fuera fiadora de él o para que se obligara con éste solidariamente, autorización que no se concedía sólo cuando se lesionaban los intereses de la mujer, fueron derogados definitivamente.

(6) Código Civil comentado para el D.F., en Materia Común Ob. Cit.

Con esta inaudita reforma, no se libera a la esposa de una incapacidad especial y se eleva a la misma capacidad plena del marido, sino que se disminuye la necesaria protección que requiere la mujer casada.

Esta singular reforma al Código Civil pone de manifiesto, como otras más, que la igualdad jurídica del hombre y la mujer dentro del matrimonio fué convertida en un verdadero lecho de Productor, porque cuando los derechos de la mujer eran más pequeños que los del hombre, los discontinuó para que tuvieran el mismo tamaño que los del hombre; y cuando los derechos de éste eran de mayor medida que los de la mujer, mutiló esos derechos para ajustarlos a la misma longitud.

En nuestro concepto, el legislador logró lo contrario de lo que se propuso, si consideramos que de acuerdo con el concepto clásico de justicia, que aún se conserva intacto, debe entenderse como el dar a cada quien lo que es suyo, o bien, como el dar a cada quien lo que le corresponde, era la medida perfecta que establecían los artículos mencionados, antes de haber sido derogados, al reflejar una congruencia entre la armonía jurídica y la realidad social en nuestra entidad federativa, puesto que históricamente la mujer conserva el resago que la costumbre le impuso al no permitirle por muchos años su intervención en los negocios, campo en el cual el hombre le aventaja; luego entonces, ante esa desventaja resulta lógico y razonable que la mujer requiera una mayor protección legal cuando se realice operaciones con su marido, en prevención de un negocio desventajoso que pueda afectar su patrimonio y los

intereses de sus menores hijos o incluso la integración de la propia familia. sin embargo, en el caso concreto, el legislador con un equivocado concepto de la igualdad jurídica, pretende borrar por completo lo que es manifiesto y objetivo en la realidad social; esta es, nunca por decreto podrá el gobierno de nuestro Estado, ni ningún otro, desaparecer la diferencia, no desigualdad, entre hombre y mujer. A pesar de la reforma, la mujer en nuestra sociedad requiere de una mayor protección legal que el hombre, ello resulta indiscutible.(7)

6.8. LA DESPROTECCION DE LA MUJER EN RELACION A SUS HIJOS.

Toda ley se expresa en forma de regla general y se funda en lo que ordinariamente acontece de acuerdo con la fórmula romana "ex facto jus oritur". Cuando por causa de divorcio o nulidad de matrimonio, tienen que ser separados los consortes, es lo más frecuente que los hijos menores de edad estén mejor atendidos en cuanto a su sustento y educación familiar, si quedan bajo la custodia de la madre y no del padre. Lo excepcional en este caso es que resultará más conveniente que dichos menores quedaran bajo la guarda del padre y no de la madre, cuando se pusieran en grave peligro la salud o la moralidad de ellos.

Con apoyo en esta regla de experiencia, el artículo 260 del Código Civil establecía que "siempre y aún tratándose de divorcio, las hijas e hijos menores de cinco años, se mantendrán al cuidado de la madre hasta que cumplan esta edad, a menos que la madre se dedicara a la prostitución, al lenocinio, hubiera

(7) Código Civil comentado para el D.F. en Materia Común, Ob. Cit.

contraído el hábito de embriagarse, tuviera alguna enfermedad contagiosa o, por su conducta ofreciere peligro grave para la salud o la moralidad de sus hijos".

Los nuevos artículos 259 y 260 hicieron caso omiso de la mencionada regla de experiencia y dejaron al criterio del juez decidir actual de los dos cónyuges corresponderá la custodia de los hijos menores.

Es así como la reforma en cuestión arrebató a la mujer un derecho que le daba la ley para la guarda de sus menores hijos, e hizo de estos un verdadero botín a favor de aquel de los consortes que triunfara en el litigio judicial que para el efecto se promoviera.

Sólo el afán desmedido de intrusión del Estado, ahora ya hasta en la vida de la familia a través de los jueces, pueden explicar esta y otras de las nuevas reformas al Código Civil, que invocan como pretexto la igualdad absoluta de ambos sexos y con un total desconocimiento de la desigualdad de actitudes y defunciones para con el hogar, de uno y otro sexo.

Afortunadamente con posterioridad se enmendó tan equivocada reforma, adicionando con éste párrafo final el artículo 282: "salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de 7 años deberán quedar al cuidado de la madre".(8)

6.9. NORMAS JURIDICAS DEFECTUOSAS EN PERJUICIO DE LA FAMILIA.

El artículo 288 del código Civil con motivo de su última reforma impuso a

(8) Código Civil comentado para el D.F., en Materia Común, Ob. Cit.

la mujer culpable, como regla general en el divorcio necesario, el deber de suministrar alimentos al marido inocente y no únicamente para el caso de excepción en que éste se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de bienes propios, como lo hacía antes el precepto del mismo número señalado.

No fué ésta pues, una disposición que viniera a favorecer a la mujer, ya que más bien es ventajosa para el varón.

Por otra parte, el nuevo artículo 288 suprimió la parte final del artículo correlativo del Código Civil y con esta supresión deliberada creó la obligación recíproca de alimentos entre los cónyuges en caso de divorcio voluntario, obligación que, salvo pacto contrario, no existía antes en el divorcio por mutuo consentimiento.

De esta inexplicable innovación podía fácilmente el esposo que se divorciaba por mutuo consentimiento, para obtener después una pensión alimenticia de su ex-esposa adinerada.

Otra disposición más a favor del marido y no de la esposa, fue la enmienda al artículo 323, mismo que en el nuevo texto, en caso de separación de los cónyuges, obligó no sólo al marido culpable, sino también a la esposa culpable a suministrar alimentos al otro cónyuge para el sostenimiento del hogar.

Además, el nuevo artículo 287 restringió el derecho de la mujer, porque las hijas de los divorciados ya no tienen en lo sucesivo como antes de la

reforma, un derecho a alimentos hasta que se casen, siempre que vivan honestamente, sino que en adelante sólo tendrá tal derecho hasta que cumplan 18 años y después de esta edad, deben buscarse la vida por sí mismas y liberar de toda carga a sus padres. Esta innovación en contra y en perjuicio de la mujer, se repite en el nuevo artículo 2888, por cuanto que antes de la reforma la mujer inocente en caso de divorcio necesario, tenía derecho a percibir alimentos mientras no se casara de nuevo y viviera honestamente, derecho que ahora pierde a menos que éste incapacitada para trabajar y que carezca de bienes propios, por muy ínfimos que estos sean en relación a su valor. ¡Cuántas mujeres que consagraron a los trabajos del hogar y a la educación de sus hijos los mejores años de su vida los cuales por esa razón olvidaron una profesión o un oficio, tendrán en lo sucesivo al final, de un tardío divorcio y aún siendo ellas la parte inocente, la dura carga de trabajar en tareas muy humildes y escasamente remuneradas a fin de poner ganarse la vida sin mengua de su honestidad!

Por otra parte, el nuevo artículo 288 crea una tercera clase de pensión alimenticia, ya que además de la específica pensión alimenticia a cargo del marido como obligado al sostenimiento del hogar, pensión que hoy en día ha borrado la reforma en cuestión, y además también de la genérica pensión alimenticia, que, en la proporción de las posibilidades del deudor y de la necesidad del acreedor, debe dar un familiar pudiente a otro indigente; se introduce ahora una extraña pensión alimenticia con carácter de sanción para castigar al cónyuge culpable y poder así beneficiar de paso también al marido inocente, o que se ha ostentado como tal para ese lucrativo propósito, en

detrimento de la mujer.

Este artículo que comentamos fué modificado después para quedar en los términos actuales.

La anterior fracción III del artículo 1368, en la sucesión testamentaria del marido, concedía derechos alimenticios a favor de la viuda, mientras ésta viviera honestamente y no contrajera nuevas nupcias, y ahora la actual fracción III de dicho precepto, la priva sin más de tales derechos y la obliga a proveer por sí sola a su propia subsistencia, si está en condiciones de trabajar, aunque sea en las más bajas o modestas labores.

A su vez la anterior fracción II del mencionado artículo 1368, en la sucesión testamentaria de cualquiera de sus padres, concedía derechos alimenticios a favor de las hijas, aunque fueran mayores de edad, con tal de que vivieran honestamente y no hubieran contraído matrimonio, y, en cambio, ahora en la nueva fracción II del precepto citado, se cercenan semejantes derechos para que las hijas huérfanas de padre o madre sólo disfruten de alimentos hasta la temprana edad de 18 años en la sucesión testamentaria de cualquiera de sus dos progenitores.(9)

6.10. EL DESEQUILIBRIO ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL.

Siguiendo el derecho Romano, la Ley de las Doce Partidas expresaba "castigar debe el padre a su hijo mesuradamente", y aclaraba sabiamente, "el castigamiento del padre contra el hijo debe ser con mensura y con piedad".

(9) Código Civil comentado para el D.F., en Materia Común, Ob. Cit.

A su vez, el vigente Código Civil disponía anteriormente: Artículo 423.- "Los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente".

Esta disposición ha sido reformada, para privar deliberadamente a los padres de la autoridad paterna de que hablaba el anterior artículo 423, así como del derecho de castigar "con mensura y con piedad" a sus hijos, dejándoles sólo el derecho de corregirlos y el deber de darles buen ejemplo, lo cual en verdad no es suficiente para que quienes ejercen la patria potestad cumplan con la obligación de educar convenientemente al hijo, de acuerdo con el artículo 422 del Código Civil.(10)

6.11. LA CONTRA REFORMA AL MATRIMONIO.

Si bien es cierto que la anterior fracción V del artículo 1368 concedía bajo ciertos límites y con determinadas condiciones, sólo a la concubina por haber sido "la compañera de la vida" y haber "contribuido a la formación de los bienes", derecho a heredar en la sucesión de su concubinario y no a la inversa; ahora con la nueva fracción V del mencionado precepto, ya gozan por igual de semejantes derechos hereditarios la concubina y el concubinario, dotando así de un peligro atractivo al concubinato como si se tratara de una pareja unida en matrimonio.

Es más, en el concubinato no tienen el hombre y la mujer la limitación que la Ley prevee para los esposos en las donaciones, ya que las realizadas entre

(10) Código Civil comentado para el D.F., en Materia Común, Ob. Cit.

amantes quedan firmes e irrevocables, cosa que no ocurre con las donaciones entre consortes que con arreglo a los artículos 232 y 233 del Código Civil permanecen a la posible revocación del cónyuge donante mientras subsista el matrimonio, de una manera totalmente libre.

De igual manera, la esposa al contraer matrimonio debe estar dispuesta a trabajar fuera del hogar para sufragar por mitad con el marido los gastos domésticos y cumplir así la obligación que al respecto le impone el nuevo artículo 164, en tanto que a la concubina no le amenaza semejante carga legal y puede tranquilamente dedicarse a tiempo completo a los quehaceres del hogar y a la educación de sus hijos.

Finalmente, cuando en un concubinato surgan desacuerdos en orden al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos o a la administración de los bienes de éstos, son el concubinario y la concubina, y nadamas ellos dos, quienes deben resolver lo conducente, sin la intrusión de ningún tercero, en tanto que según el artículo 168, las desavenencias entre marido y esposa en lo tocante a los asuntos antes indicados, son decididas por un extraño, o sea por el Juez de lo Civil, que de ninguna manera conoce las necesidades, los caracteres, la educación de los miembros de una familia.(11)

(11) Código Civil comentado para el D.F. en Materia Común, Ob Cit.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Después de describir los grandes cambios que han venido sucediendo en nuestra legislación civil, sobre las instituciones propias del derecho familiar, podemos afirmar que lejos de conseguir el objetivo propuesto, produjeron el germen de la desintegración de la familia y el matrimonio, en detrimento de una y otro.

SEGUNDA.- En efecto, el contenido ético de las instituciones familiares donde operaron las reformas en nuestro Código Civil paso a ubicarse en segundo término, dando preferencia al contenido jurídico, lo cual constituye un grave error; en virtud de que de acuerdo a su propia naturaleza, antes que jurídico la familia es un organismo ético, hasta el punto de que el derecho, se apropia muchas veces de preceptos éticos para convertirlos en preceptos jurídicos, eso explica por que en el aspecto familiar existen preceptos sin sanción o con sanción atenuada y aún obligaciones incoherentes para que el derecho o es por sí mismo incapaz de provocar mediante la coacción, la observancia de diversos preceptos, o que cree más conveniente confiar su observancia al sentimiento ético, a la costumbre o a otras fuerzas que actúan en el ambiente social.

TERCERA.- Las últimas reformas de nuestro Código Civil a las instituciones familiares aparecen concebidas más bien que con el fin de cuidar del bien común de la entidad familiar, por un intento de tutelar a los individuos, a cada uno de los componentes de dicha actividad.

En efecto la preocupación de afirmar la igualdad de la mujer ha llevado a consecuencias negativas para ella misma, o generalmente no justificadas. No existe ya una integración de las funciones familiares. En las afirmaciones que el legislador ha querido hacer interfiriendole la regulación de las relaciones recíprocas entre los cónyuges, y aún las aportaciones de cada uno a la vida común, no esta bien aclarado hasta que punto existe para la mujer también una obligación de trabajo extradoméstico, que pueda coexistir con otras normales absolventes funciones familiares. La misma reciprocidad de la obligación de manutención no siempre esta justificada en la situación normal en la cual la aportación de ganancia externa de la mujer es inferior en comparación de sus deberes familiares.

CUARTA.- De acuerdo a lo anterior, se infiere, sin lugar a dudas, que el interés público en el derecho familiar ha quedado reducido prácticamente a una modesta función de escueto, otorgamiento de titularidades, como ocurre ha propósito de la patria potestad y del derecho a alimentos, o bien de mera constatación por parte del Estado, sobre todo a través del Registro Civil para determinar el estado civil de los miembros de la familia, es decir, de la persona y de los bienes de los cónyuges mediante las actas de matrimonio, así como también mediante las actas de divorcio, y también de las personas de los hijos por medio de las actas de nacimiento, de reconocimiento y de adopción.

QUINTA.- De todo lo anterior, se puede inferir, que las reformas a los Códigos Civiles de toda la República, constituyen una fuerte avanzada e impulsada por el

entonces Presidente de México Luis Echeverría Álvarez encaminada a consolidar una nueva legislación familiar con un contenido de carácter social, pero se ve frustrado por no interesar su continuidad al régimen del gobierno siguiente, quedando de esta forma bases, sin la consolidación debida.

De acuerdo con todo esto, consideramos una grave responsabilidad del gobierno haber promovido reformas tan trascendentes, sin haber concluido el proyecto total, que en forma completa lo consideramos interesante, por lo que sostenemos la necesidad de concluirlo, creando el Código Civil Familiar, el Código de Procedimientos Civiles Familiar, Los Tribunales de lo Familiar y las demás instituciones protectoras de la familia, como inicialmente se proyectó y nunca se concreto.

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

I.- LIBROS.

- 1.- BAQUEIRO Rojas Edgar, Derecho de Familia y Sucesiones, Edit. Harla, S.A., México, D.F. 1990.
- 2.- CARBONIER Jean, Derecho Civil Tomo I, Trad. Bosch, Barcelona, 1961.
- 3.- COUTO R. Derecho Civil Mexicano, Tomo I, Librería Robredo, s/a.
- 4.- ELIAS Azar Edgar, Personas y Bienes en el Derecho Civil Mexicano, Edit. Porrúa, S.A. México, D.F., 1995.
- 5.- GALINDO Garfias Ignacio, Derecho Civil, Edit. Porrúa, S.A. México, D.F. 1987.
- 6.- GARCIA Cantero Gabriel, El Divorcio en los Estados Modernos, Madrid, 1987.
- 7.- IBARROLA Antonio De, Derecho de Familia, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F. 1992.
- 8.- PACHECO Escobedo Alberto, La Familia en el Derecho Civil Mexicano, Edit. Panorama, México, D.F. 1985.
- 9.- PALLARES Eduardo, El Divorcio en México, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F. 1988.
- 10.- PALLARES Jacinto, Curso Completo de Derecho Mexicano, Tomo II, México D.F. s/a.

- 11.- RIPERT G., El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno Traducción, Edit. Cajica, Puebla, 1951.
- 12.- ROJINA Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F. 1989.
- 13.- SANCHEZ Medal Ramón, El Divorcio Opcional, México, D.F. 1974.
- 14.- SANCHEZ Medal Ramón, La Libertad en el Matrimonio y en el Divorcio, Revista de Derecho Notarial, D.F., 1971.
- 15.- SANCHEZ Medal Ramón, Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1991.

II.- CODIGOS.-

- 1.- CODIGO CIVIL para el D.F. en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, Edic. Delma, México, D.F., 1995.
- 2.- CODIGO CIVIL para el Estado de Guanajuato. 1994.

III.- DICCIONARIOS.

- 1.- DE PINA Vara Rafael, Diccionario de Derecho, Edit. Porrúa, S.A. México, D.F., 1994.
- 2.- GUIZA Alday Francisco Javier, Diccionario de Derecho Notarial, Univ. Lasallista Benavente, Celaya, Gto., 1992.