

EL MARCO JURÍDICO DE LA FAMILIA

Ignacio GALINDO GARIAS

Todas las instituciones del mundo jurídico contemporáneo son la actuación de un propósito... que intenta reconstruir los planos de la vida, el modo de reintegrar las finalidades de la vida en el derecho y el derecho a su vez en las finalidades de la vida... en la base de estas tentativas se halla la idea de que al hombre no se le debe desprender de las condiciones efectivas en la que su vida puede en verdad realizarse; que se le trata como tal, sólo cuando efectivamente se le pone en condiciones de realizar humanamente su vida; faltando dichas condiciones, toda facultad, poder o esfera jurídica que se le reconozca se convierte en algo abstracto.*

Esta reunión que tiene lugar a instancias y bajo los auspicios del Instituto de Investigaciones Jurídicas y de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, lleva el propósito de intercambiar opiniones entre los estudiosos de diversas disciplinas sobre los problemas, complejos problemas de la familia que rebasan ciertamente el campo del derecho y también exceden el ámbito de los conocimientos que proporciona cada una de las disciplinas que estudian aspectos parciales en esa diversidad de cuestiones que plantea la vida de la familia. No pueden ser considerados tales problemas por parcialidades sino en su conjunto.

Es tarea del derecho, lo ha sido desde hace más de dos mil quinientos años ordenar la conducta humana en función de la convivencia social, del equilibrio de múltiples intereses, ordenados hacia la realización de la justicia. En este respecto el derecho de familia como parte integrante del derecho civil quizás haya perdido, justo es reconocerlo, en varios importantes aspectos su sentido de la realidad inmediata, o mejor; de la realidad como dato inmediato de la conciencia. Por lo tanto es importante hacer hincapié en la urgencia para el jurista de mantener el justo equilibrio que debe existir entre los derechos de la persona, la función de la familia y el interés colectivo de la sociedad. Ciertamente no se trata de intereses opuestos ni de derechos incompatibles, ni de funciones disímilares; por lo contrario son datos que sólo se armonizan, se complementan y se apoyan recíprocamente

* Capograssi, Giacomo, "La ambigüedad del derecho contemporáneo" (conferencia suscitada en la Universidad de Padua, Italia, en abril de 1951), *La crisis del derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 87.

si la familia se sustenta en la libertad, la participación y la responsabilidad, de todos y cada uno de sus miembros.

La idea de familia, comprende, en un sentido amplio las relaciones de filiación que existen entre ascendientes y descendientes y las relaciones de parentesco propiamente dichas son las que existen entre los parientes colaterales hasta el cuarto grado (tíos y sobrinos).

Aun cuando este concepto así entendido, produce consecuencias legales tales como los impedimentos para contraer matrimonio, la obligación alimenticia recíproca entre los parientes y la obligación de desempeñar los cargos de tutor y curador, en los casos en que la ley la impone, el concepto familia propiamente dicho, tiene una denominación más restringida y por ello mismo más precisa, en cuanto a las obligaciones, deberes y facultades que derivan de esa relación. En este sentido el grupo de la familia está constituido únicamente por los progenitores y los hijos, sea que se trate de una familia conyugal o de una extramatrimonial (familia nuclear); situación de la que se desprende una serie de relaciones jurídicas (deberes, facultades, derechos y obligaciones) que la ley establece en manera recíproca entre los cónyuges, y entre el padre y la madre y los hijos (relaciones de filiación) relaciones de derecho en las que se apoya la estructura y el funcionamiento del grupo familiar y a las que nos referiremos concretamente más adelante.

La extensión de esas facultades y deberes varía en número y naturaleza según que el varón y la mujer se encuentren unidos por el vínculo matrimonial o sólo por una mera relación de hecho, transitoria o permanente (concubinato), con independencia de que exista la convivencia en una casa común, entre el varón y la mujer, como sujetos de esas relaciones.

En un tercer aspecto la idea "familia" se refiere a la vida constituida por un conjunto de parientes y allegados que viven en la misma casa (familia doméstica). Este concepto no es jurídico, aun cuando en algunos casos podría ser considerado de derecho consuetudinario; tiene un aspecto sociológico y se presenta frecuentemente en el medio rural. No produce consecuencias de derecho, puesto que no engendra relaciones jurídicas de naturaleza familiar.

En resumen, el vocablo alude a la vez a la familia amplia o familia parental, a la familia considerada propiamente jurídica o familia nuclear y excluye de su connotación a la llamada impropiamente familia doméstica, que se encuentra fundada en lazos de afecto o de estimación y en el hecho de que sus componentes comparten en la misma casa una vida comunitaria.

Es oportuno anotar aquí que el concepto restringido de familia o familia nuclear se origina en la institución del matrimonio y en las relaciones paterno filiales en las que descansa el aspecto funcional del grupo familiar.

Si bien es cierto que el orden jurídico se ocupa del concubinato y de la filiación extramatrimonial, también lo es que lo hace en razón de la pro-

tección de las personas que son los sujetos de esas relaciones (los concubinarios y su prole) y en vista del interés individual de cada uno de ellos, pero en manera alguna la regulación tiene por objeto la protección de la familia ni de dichos sujetos, como integrantes de grupo familiar ya que ese grupo, cuando de hecho existe, carece de estabilidad y se encuentra fundado sólo en la voluntad personal de los concubinos. En efecto, la situación del concubinato y el comportamiento de los concubinos no está sujeto a orden normativo alguno, no existe una pauta de conducta reconocida e impuesta por la ley o el grupo social a través del poder público que estructure y organice el concubinato. El elemento unificador del grupo, si acaso existe, descansa en meros hechos psíquicos, que no trascienden el ámbito de lo subjetivo, ámbito en el que el derecho no puede ni debe intervenir. Por otra parte la esfera de aplicación de la normativa jurídica, en lo que al concubinato atañe, tiene lugar fundamentalmente teniendo en cuenta principalmente los efectos económicos que se desprenden de las relaciones entre los progenitores y a la vez entre cada uno de ellos y los hijos que juntos han procreado. En todo caso se trata de consecuencias restringidas, unas de orden patrimonial (derecho a heredar, a recibir alimentos) y otras de orden personal.

Tomando como punto de referencia para nuestros comentarios la familia nuclear basada en el matrimonio, es decir, la familia cuya organización, estructura y funcionamiento descansa en normas de derecho, se presenta una primera observación cuya importancia ha llamado la atención del tratadista de teoría del Estado, Reinhold Zippelius, quien certeramente observa a propósito de la organización política de la sociedad, observación que nosotros llevamos al campo de la organización jurídica de la familia, que "una comunidad social nace cuando un conjunto de seres humanos se sujeta a pautas objetivas de conducta, para coordinar y orientar su comportamiento en un determinado sentido", y esto en razón, agregamos nosotros, de que los miembros de ese grupo aceptan y se someten a esas pautas generales de comportamiento, porque así lo exige la subsistencia del grupo (en nuestro caso la familia) y así lo exige también la coexistencia con otros grupos humanos de igual nivel cultural.¹

La familia como agrupación humana, tiene sus propias pautas normativas; en su seno se regula en manera espontánea la conducta que deben observar los miembros del grupo en sus relaciones internas para formar la comunidad familiar y para que ésta pueda desempeñar sus funciones en manera estable, segura y ordenada. Se trata de reglas de conducta, que son integradoras (no sólo reguladoras) del grupo social mismo. Por manera que su trasgresión atenta contra la vida del grupo familiar en su conjunto.

¹ Zippelius, Reinhold, *Teoría general del Estado*, trad. Héctor Fix Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, p. 21 y ss.

Esta característica normativa esencial y propia del grupo familiar no es una creación del legislador. Decía Portalis, uno de los redactores del Código Civil francés de 1804: "El legislador no crea el derecho, el autor de la ley, no hace sino expresarlo." La verdad que encierra este pensamiento de Portalis, si bien aplicable al derecho en general, encuentra en la familia, una comprobación de la verdad palmaria que expresa.

En efecto ante los diversos problemas que plantean las relaciones conyugales y paterno filiales, ni el juez ni el intérprete, en mi particular parecer, deben apartarse de esta consideración fundamental intrínseca del problema jurídico familiar, a saber: toda solución que se proponga, toda perspectiva o tratamiento del problema que pretenda postular desde un punto de vista exclusivamente legal es una solución que lleva en sí un germe de error, mientras no se tenga en cuenta que la familia como grupo social primario y de convivencia humana crea sus propias normas de comportamiento, cuyo origen se encuentra en la naturaleza humana (porque es una agrupación humana natural) y de las cuales el precepto o preceptos legales aplicables son sólo expresión de esas reglas espontáneas, por decirlo, de conducta; reglas que son a la vez parte consustancial del grupo —podríamos decir que lo constituyen—, normas necesarias y por ello mismo esenciales que son elemento de existencia de la familia. Y por esa misma característica espontánea de la normativa familiar, que se identifica con la naturaleza misma del grupo, esas pautas de conducta, participan en alguna medida de la idiosincrasia o particular carácter de los diversos grupos de familias, según sea el nivel social, económico, cultural, religioso y aun geográfico al que pertenece cada uno.

Después de exponer en términos generales algunas ideas básicas sobre la estructura jurídica de la familia, debemos señalar que este núcleo social primario descansa sobre tres grupos de normas: las que organizan la institución del matrimonio, las que se refieren a la filiación y las que organizan la patria potestad.

La familia nuclear conyugal encuentra en la institución del matrimonio el elemento básico que le imprime estabilidad en la medida en que está constituido por reglas de conducta que deben observar los cónyuges entre sí, en cuya observancia descansa la subsistencia del matrimonio. En cuanto a la filiación, debe decirse que es el instrumento jurídico para establecer con certeza la paternidad y la maternidad y para derivar de allí los deberes y derechos inherentes a la patria potestad, que es la tercera figura jurídica básica de la familia.

Las relaciones, que atribuyen derechos e imponen obligaciones recíprocas a los miembros del grupo familiar, se encuentran armónicamente dispuestas, coordinadas con el fin de lograr que se cumplan los fines de la familia: la comunidad y ayuda mutua entre sus miembros.

El matrimonio como acto produce el efecto de crear una situación jurídica permanente entre los consortes (el estado de matrimonio), regida por las normas legales de cuya aplicación no pueden en ningún caso quedar eximidos los consortes; es decir son normas imperativas, inderogables e irrenunciables. Los artículos 147 y 182 del Código Civil sancionan con la nulidad, las estipulaciones de los contrayentes, contrarias a los fines naturales del matrimonio.

Se debe hablar no de obligaciones propiamente dichas, sino de deberes jurídicos, no de derechos subjetivos, sino de potestades, en la medida en que, la regla de conducta permisiva o prohibitiva que deben observar los cónyuges, deriva directamente del ordenamiento jurídico, ya para exigir una prestación del otro cónyuge, ya para permitir la interferencia en la esfera de acción de éste último en la de su consorte.

Las relaciones conyugales que configuran el estado jurídico matrimonial presentan, —y lo mismo ocurre en la relación paterno-filial—, la característica general que hallamos en todo el derecho de familia: los deberes que el ordenamiento objetivo impone a los cónyuges tienen un contenido fundamentalmente moral (y ello explica por otra parte que se hable de deberes propiamente dichos). El derecho, para dar firmeza y solidez a la institución misma, ha establecido sanciones jurídicas cuando tales deberes sean violados y comprenden la nulidad de ciertos actos y la privación de determinados derechos.

Planiol y Ripert enseñan: "El matrimonio crea para cada uno de los esposos deberes morales. El matrimonio no se justifica por el interés personal de los esposos. Su motivo imperioso se encuentra en los deberes comunes de los padres hacia los hijos; la unión prolongada del padre y de la madre es el único medio de satisfacer tales obligaciones."²

Las relaciones derivadas del vínculo matrimonial son permanentes, en el sentido de que no desaparecen ni se extinguén por su cumplimiento, y en que, por lo demás, el vínculo se contrae con la intención y el propósito de que se prolongue durante la existencia de los consortes. Conviene desde ahora apuntar que los conceptos de disolubilidad y permanencia no se excluyen, es de la naturaleza del matrimonio que la situación que éste crea entre los consortes sea duradera y no fugaz o transitoria, lo cual no impide que pueda desaparecer por muerte de uno de los cónyuges, por nulidad de matrimonio o por divorcio, cuando proceda.

Aun el concubinato (reconocido desde el derecho romano como una especie de *injustae nuptiae*) para ser susceptible de producir efectos jurí-

² Planiol Marçal, Georges Ripert, *Tratado elemental de derecho civil*, trad. J.M. Cajica Jr., Introducción, Familia y Matrimonio, Puebla, Editorial José M. Cajica Jr., s/f, p. 306. s/f, p. 306.

dicos, debía ser permanente. De acuerdo con el Código Civil, el concubinato debe tener la característica de permanencia (debe existir vida marital, artículos 382, fracción III, y 1635 del Código Civil) para distinguirlo de las uniones ocasionales o pasajeras entre un hombre y una mujer, que no constituyen concubinato. Esta clase de uniones no duraderas, formadas según el derecho español antiguo por "concubinas fornicadoras" estaban en Roma socialmente reprobadas; no así el concubinato propiamente dicho, por su característica de ser un modo de vida duradero entre personas que no querían celebrar "justas nupcias".

Las relaciones jurídicas que dan forma y contenido al estado de matrimonio, tienden todas ellas —y de allí el carácter institucional de ese estado— a asegurar una comunidad de vida permanente entre los cónyuges.

Esta nota característica del estado conyugal resume en sí misma y explica por otra parte la naturaleza imperativa irrenunciable de las normas jurídicas que crean el vínculo del matrimonio. Pone en relieve además, que la comunidad de vida entre los cónyuges es el elemento fundamental, constitutivo del matrimonio, en cuanto que, a través de esa vida en común, es posible la realización de los fines de la institución en forma cabal. La reciprocidad e igualdad de los deberes y derechos de los cónyuges, no caracterizan de modo exclusivo a las relaciones conyugales, empero tienden a lograr que la comunidad de vida entre ambos consortes sea más fácil, más llevadera, tanto para el marido como para la mujer.

En resumen, el matrimonio forma un estado entre los consortes constituido por el conjunto de vínculos que imponen a los consortes deberes y derechos, irrenunciables y no modificables por la voluntad de las partes, son además permanentes, reciprocos y tienen un contenido ético jurídico.

Los deberes impuestos a los cónyuges, forman el tejido de relaciones jurídicas de esa comunidad de vida. Tradicionalmente se designan como:

- a) El deber de cohabitación.
- b) El deber de fidelidad.
- c) El deber de asistencia.

De cada uno de ellos nos ocuparemos, en su orden, enseguida.

El deber de cohabitación. El marido y la mujer deben vivir juntos, en el domicilio conyugal. Así lo establece el artículo 163 del Código Civil.

Cohabitar significa habitar una misma casa, vivir bajo el mismo techo el marido y la mujer. Este deber jurídico, la vida común de los cónyuges es esencial en el matrimonio.

El deber jurídico de los cónyuges de vivir juntos, se impone necesariamente, porque es elemento esencial del matrimonio y hace posible el cumplimiento de los deberes de fidelidad y de ayuda reciproca.

La cohabitación es un supuesto o condición indispensable para hacer posible la vida íntima entre los consortes, sin la cual no existe el matrimonio.

A. Bernández Cantón dice: Este deber es "natural e indispensable, para la fácil realización de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones de los cónyuges".³

Calogero Gangi enseña: El vínculo matrimonial "crea entre los cónyuges una íntima comunión de vida ya en el sentido físico ya en el sentido espiritual. De este vínculo surgen derechos y obligaciones: algunos de los cuales son recíprocos y otros miran sólo al marido, o sólo a la mujer".⁴

En el derecho canónico, el matrimonio como estado (*infacto esse*) consiste precisamente en la vida en común entre los consortes, que resulta del cumplimiento del deber de cohabitación. En el sentido romano se caracteriza al estado de matrimonio, por ese convivir juntos de los consortes (*individua vitae consuetudo*).

La vida en común de los consortes ("comunidad de lecho, mesa y habitación") —elemento material de la institución del matrimonio— se convierte en un deber jurídico y esa vida en común se impone a los cónyuges inexorablemente, mientras subsista el matrimonio.

El artículo 163 del Código Civil a partir del decreto de 31 de diciembre de 1953, expresa en términos bien claros, el deber jurídico de cohabitación. Antes de dicha reforma, ese precepto legal imponía unilateralmente a cargo de la mujer, la obligación de vivir al lado del marido. El precepto, en su actual redacción, con acierto, establece que el cumplimiento del deber de cohabitación, incumbe por igual a ambos consortes, tanto al marido como a la mujer.

El artículo 163 del Código Civil, señala el lugar donde los consortes han de cumplir el deber que la ley les impone: en el domicilio conyugal.

Ahora bien, ¿cuál es el domicilio conyugal? Es precisamente el lugar, la casa en donde han convenido en establecer su común morada.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en diversas ejecutorias ha sostenido este criterio. De ellas copiamos la que aparece publicada en la *Compilación de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, 1917-1954, volumen segundo, sala civil, página 13.

Domicilio conyugal connotación jurídica del. La ley al hablar del "domicilio conyugal" se refiere indudablemente al domicilio familiar, que no debe confundirse con otro domicilio, esto es, a la casa habitación donde los esposos residen habitualmente, hacen vida común, y cumplen con las

³ Bernández Cantón, A., *Las causas canónicas de separación conyugal*, Madrid, 1962, p. 32.

⁴ Gangi, Calogero, *Derecho matrimonial*, trad. de M. Moreno Hernández, Madrid, 1960, p. 205.

finalidades del matrimonio, y la palabra "abandono", que significa dejación o desamparo, ya sea de persona, de cosas, de derechos y de obligaciones, regida por las voces "domicilio conyugal", no puede referirse únicamente a la materialidad de la casa, de la morada que se habita, sino que, por una figura del lenguaje, se toma el continente por el contenido, es decir, la morada que se habita por el cónyuge y los hijos, y por tanto, al hablar la ley de abandono del domicilio conyugal, se refiere al abandono de personas, de cosas y obligaciones; a un acto voluntario por el cuál uno de los cónyuges deja de prestar al otro y a los hijos, la protección y auxilio que natural y civilmente está obligado a prestarles; por lo que el cónyuge que no cumple con la obligación que tienen los consortes, de contribuir a los objetos del matrimonio y socorrerse, abandona, jurídicamente hablando, el domicilio conyugal. T. LVIII. Pérez de Beltrán, Serafina, página 1069.

El deber de fidelidad. Los derechos y obligaciones que concretamente se imponen a los cónyuges, tienen en el matrimonio fuentes normativas éticas, sociales y religiosas, que el derecho, reconoce como parte integrante de la institución y las hace suyas. El deber de fidelidad en el matrimonio, como el de buena fe en los contratos, es un concepto de contenido moral que protege no sólo la dignidad y el honor de los cónyuges, sino la monogamia, base de la familia.

En el deber de fidelidad impuesto jurídicamente a los consortes, encontramos efectivamente principios de orden ético: preservar la moralidad del grupo familiar; de orden social: proteger a la familia monogámica, y también de orden religioso en cuanto que el cristianismo en este aspecto, como la religión mosaica, funda la familia en la constitución de una pareja formada por un solo hombre y una sola mujer.

No existe un precepto legal expreso en el Código Civil, como ocurre en lo que se refiere al deber de cohabitación y de mutua ayuda, que de una manera directa establezca que los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad.

En una forma indirecta el cumplimiento de este deber se halla garantizado jurídicamente, porque su violación constituye el delito de adulterio que el Código Penal sanciona con pena privativa de la libertad (artículo 273 del Código Penal), así como el delito de bigamia, que castiga el artículo 279 del mismo Código y es causa de disolución del matrimonio (artículo 267, fracción I, del Código Civil).

El deber de asistencia. El artículo 162 del Código Civil, enuncia el deber de asistencia, de ayuda recíproca, impuesto a cada uno de los cónyuges. Marido y mujer deben socorrerse mutuamente.

La ayuda recíproca, el mutuo auxilio que se deben entre sí los consortes, constituye sin duda un elemento esencial, muy principal del matrimonio.

Pothier cuando se refería a que una de las finalidades del matrimonio consiste en ayudarse a "soportar las cargas de la vida", señalaba tal deber de asistencia, que no es un fin sino un elemento consustancial del matrimonio, y de tal importancia que llega a confundirse con el vínculo conyugal.

La cohabitación y la fidelidad que deben guardarse el marido y la mujer, propician el debido cumplimiento de este deber de asistencia en que consiste la verdadera comunidad de vida de los esposos.

El socorro, incluye, la ayuda recíproca, pero se distingue de la simple obligación de dar alimentos; excede en gran medida la ministración de los elementos económicos para satisfacer sólo las necesidades materiales del esposo o de la esposa; comprende todo lo que requiere una vida humana digna, en un sentido amplio y no sólo lo necesario para subsistir. El socorro y ayuda comprenden el elemento espiritual, el consejo, la dirección, el apoyo moral, con los que un cónyuge debe acudir constantemente a asistir al otro, en las vicisitudes de la vida.

El deber de asistencia recíproca es síntesis y resumen del concepto civil y canónico del matrimonio. Los canonistas hablan de él como *mutuum ad-jutorium*. Es síntesis, porque ese deber jurídico, cuando es cumplido, envuelve por decirlo así el deber de cohabitación y el deber de fidelidad. Resumen: porque en su cumplimiento está manifestado el íntimo consorcio (*consortium omnis vitae*) en que consiste la verdadera comunión de vida de los consortes (no es solamente la vida en común) que expresa el estado de matrimonio.

Arturo Carlo Jemolo, se refiere al deber de asistencia conyugal de la siguiente manera:

En el deber de asistencia se manifiesta nuevamente, a través del vínculo jurídico que lo expresa, el dato ético y religioso que el matrimonio tuvo en el derecho romano y que tiene aún en el cristianismo.

La violación del deber de asistencia, por su elevada categoría ética, carece de una sanción pecuniaria. El pago de la obligación alimenticia no sustituye al cumplimiento del deber de asistencia.

Ciertamente el abandono de los deberes de asistencia por uno de los cónyuges confiere a la víctima de ese abandono la acción para exigir el pago de alimentos (artículos 302, 315, 322 y 323 del Código Civil), pero el pago de esta obligación de contenido económico, por el cónyuge incumplido, no satisface en ninguna manera el exacto acatamiento de aquel deber de mutuo socorro, puesto que, independientemente del pago de los alimentos, con el cual quedaría satisfecho apenas en parte el cumplimiento de este deber, no impide que el cónyuge abandonado, que recibe alimentos, pueda ejercer la acción de divorcio invocando como causa, las injurias graves (artículo 267 fracción XI del Código Civil).

Además, el pago de alimentos, que se impone al cónyuge que debe

suministrarlos (artículo 288 del Código Civil) subsiste, después de que se ha pronunciado la sentencia de divorcio.⁵

La filiación es el segundo elemento de la familia, es la relación jurídica (conjunto de deberes y derechos) que nace del hecho natural de la procreación.

La procedencia de los hijos respecto de los padres —dice el tratadista chileno Fernando Fueyo Laneri— es un hecho natural que nadie podrá desconocer... Siempre y fatalmente, se es hijo de un padre y de una madre, como ley biológica inexorable. El derecho sin embargo, no extrae siempre un efecto jurídico de este acontecimiento, por lo difícil que es comprobar tanto la paternidad como la maternidad, sobre todo la primera.⁶

Así, mientras la procreación es un hecho biológico que establece un vínculo genético entre el progenitor y el hijo, la filiación crea una relación jurídica, cierta y permanente entre aquél y éste. La filiación resuelve un problema de certeza y seguridad jurídicas.

Si bien podría pensarse que la maternidad se prueba por el hecho del parto, y éste es perceptible por los sentidos, es necesario que a la prueba de ese hecho se agregue la de la identidad de la persona que pretende ser aquélla a quien una determinada mujer dio a luz.

En cuanto a la prueba de la paternidad la dificultad sube de punto en grado extremo, porque la fecundación sólo puede ser probada a través de presunciones. En esta materia el derecho debe proceder con especial cautela. Mientras la prueba de la maternidad se refiere al momento del parto, la paternidad se remonta al momento de la concepción en el claustro materno.

Para establecer la paternidad, la técnica jurídica distingue claramente la filiación de los hijos que da a luz una mujer casada, de aquéllos nacidos de una madre soltera.

Respecto de los primeros, la filiación paterna y materna queda probada con el acta de nacimiento del hijo y con el acta de matrimonio de los padres (artículo 340 del Código Civil) en tanto que la filiación extramatrimonial queda establecida respecto de la madre por el hecho del nacimiento y la identidad del hijo, mientras que respecto del padre, es necesario el reconocimiento de la paternidad de quien manifiesta ser el progenitor de tal persona o mediante una sentencia judicial que se pronuncie en un juicio de investigación de la paternidad (artículo 360 del Código Civil).

⁵ Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil, primer curso*, México, Editorial Porrúa, 1983, pp. 542 y ss.

⁶ Fueyo Laneri, Fernando, *Derecho civil*, Santiago de Chile, 1959, t. VI, *Derecho de Familia*, vol. III, pp. 303 y 304.

En esta materia la distinción entre hijos habidos de matrimonio e hijos habidos fuera de matrimonio obedece a razones que no son las de establecer, como pudiera pensarse a primera vista, la llamada comúnmente legitimidad o ilegitimidad de la prole. La distinción obedece a razones de mayor trascendencia en las que se pone en relieve una de las más importantes funciones del matrimonio, a saber: el matrimonio permite conocer con certeza la filiación de una persona, y de allí derivar los deberes y derechos que de ella nacen; adscribir por modo indubitable la pertenencia de esa persona a una determinada familia. Este es un efecto del matrimonio de suma importancia, según lo pueden corroborar los psicólogos y los antropólogos, en la formación de la personalidad del individuo; la identidad del yo se relaciona con el conocimiento de nuestro origen. Cada uno de nosotros somos la suma o la síntesis de las generaciones que nos han precedido, de las que procedemos. Somos o pretendemos ser también una proyección de lo que somos en lo que serán nuestros hijos.

El matrimonio es la institución familiar que permite fijar con certeza la paternidad y la maternidad de los hijos de una mujer casada, los cuales se presume son hijos del marido. Presunción que se refuerza y se apoya en el principio conforme al cual si aquéllos nacen dentro de determinado plazo después de celebrado el matrimonio, o después de que los cónyuges se han separado por nulidad del matrimonio o por divorcio, se reputan hijos de los cónyuges, y contra esa presunción no se admite otra prueba (prueba casi imposible de rendir) que la de haber sido físicamente imposible al marido haber tenido acceso carnal con su mujer dentro de los ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento. Es tan fuerte esta presunción que no podrá el marido desconocer a los hijos que ha tenido su esposa, aunque ésta declare que no son hijos de él; excepto, claro está, que la mujer le haya ocultado el nacimiento o que se pruebe que dentro de los diez meses anteriores al parto no tuvo acceso carnal con su mujer (artículos 324 a 328 del Código Civil).

Con esta presunción de paternidad del marido, que sólo existe en caso de matrimonio, se pone en relieve con mucha claridad en qué manera esta institución contribuye a dar solidez a la familia, a robustecer los vínculos de solidaridad entre sus miembros, haciendo cierta la filiación de los hijos de un varón y una mujer unidos por el vínculo conyugal.

La patria potestad toma su origen de la filiación y es instrumento jurídico que el derecho provee con la finalidad de asistencia, protección y educación de los hijos cuando la filiación ha sido establecida legalmente, ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, o habidos fuera de él, sean consanguíneos o adoptivos. En otras palabras, la patria potestad se forma de un conjunto de deberes y facultades que la ley concede al padre y a la madre y, en su defecto, a los ascendientes de ulteriores grados para el cum-

plimiento de los deberes que la ley les impone y que constituye el fin primordial de la familia.

Mientras el matrimonio es una institución jurídica y la filiación crea una situación entre los progenitores y el hijo, la patria potestad es el instrumento o dispositivo que el derecho establece para la protección y cuidado de la persona del hijo y de sus intereses. La síntesis, por decirlo así, en que se manifiesta la razón de la familia.

En la patria potestad se aprecian también, acusadamente, los fines de la familia, la solidaridad (ayuda) y la protección y educación de la prole.

Allí se puede ver, en clara confluencia, la intersección de los intereses que constituyen el entresijo de las relaciones familiares. El ejercicio de la patria potestad como actividad necesaria de los padres es la razón suficiente que explica la naturaleza imperativa de las normas que caracteriza a las relaciones familiares.

Las *Partidas* dicen:

Piedad e debda natural deuen mouer a los padres, para criar a los hijos, dándoles e faziéndoles lo que es menester, segund su poder. E estos se deuen mouer a fazer por debdo natural. Ca si las bestias que no han razón ni entendimiento aman naturalmente e crian sus hijos, muchos mas los deuen fazer los omes que han entendimiento e sentido sobre todas las otras cosas.

Por otra parte en la patria potestad se reflejan como en un espejo las transformaciones que en diferentes épocas históricas ha tenido la familia.

En el derecho romano, como es sabido, el *pater familias* era la autoridad doméstica suprema a la cual se hallaban sometidos los hijos, al punto de que carecían de capacidad conforme al derecho. La familia descansaba en la autoridad del *pater familias*. En la Edad Media tal potestad se fue atenuando como consecuencia de las ideas del cristianismo, aunque sin perder su naturaleza de verdadero poder familiar sobre los descendientes. Este rasgo prevalece en el derecho consuetudinario europeo romano canónico, hasta el siglo XVIII. El liberalismo francés, no modifica sustancialmente esta posición, y nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884, así como la Ley de Relaciones Familiares de 1917, continuaron regulando la patria potestad sobre esta misma base como un poder familiar derivado de la autoridad paterna y materna.

Pero la familia se ha transformado, y como todo organismo vivo seguirá transformándose en lo futuro. La observación importante en este sentido es que donde más acusadamente se percibe esa transformación (y me refiero a la familia normalmente integrada) es precisamente en la patria potestad, en donde aparecen acusadamente los síntomas de esta transformación.

Si bien en la legislación la patria potestad continúa estructurada como el órgano de autoridad paternal, aunque en algunos códigos civiles (entre ellos el nuestro) la patria potestad de los padres ya está concebida como un deber antes que como un derecho, ha sido la doctrina la que ha puesto en relieve que la patria potestad, como poder sobre las personas y bienes de los hijos, no prevalece en nuestros días cuando se ha hecho notar que el hijo es persona desde que nace y por ello no puede ser objeto de un poder, sino en todo caso sujeto del derecho de obtener la ayuda de la familia, al que corresponde el deber de los padres de ejercer la patria potestad para el desarrollo sano del hijo a través de su educación y formación.

Se ha dicho no sin razón que hoy en día, la patria potestad es un cargo de derecho privado aunque debe ejercerse en interés público. En la educación y formación de los menores está interesada la sociedad y se halla comprometido junto con aquel interés general, el derecho de los propios hijos.

En la patria potestad, en el sano ejercicio de la misma, se armonizan o deben armonizarse la responsabilidad de quienes la ejercen, la libertad en que debe desarrollarse la educación y la personalidad del hijo, bajo la dirección de los padres y la solidaridad que debe nacer entre los padres que ejercen la patria potestad y los hijos en cuyo favor se ha establecido ésta.

De la misma manera que desapareció la potestad marital sobre la mujer para transformarse en una participación corresponsal, por ser igualitaria, en las relaciones conyugales, la patria potestad se ha transformado o debe transformarse también en su ejercicio, hacia una colaboración consciente y reciproca (que no imposición) que a los padres corresponde imprimir en la formación de los hijos, en la que participan éstos, como responsables de esa unión de los progenitores de su propia educación.

Las ideas de libertad, responsabilidad y solidaridad familiar se encuentran expuestas en el artículo 4º de la Constitución de la República en los siguientes términos:

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de una manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La Ley determinará los apoyos a la protección de los menores a cargo de las instituciones públicas.

Esta declaración constitucional sobre la protección jurídica de la familia, reconoce como antecedente la declaración de 10 de diciembre de 1966 de los jefes de Estado miembros de la Organización de las Naciones Unidas que dice: "Creemos que el objetivo de la planeación de la familia es el enriquecimiento de la vida humana y no su restricción; que la planeación de la familia, al proporcionar mayores oportunidades a cada persona, da libertad al hombre para lograr su dignidad individual y realizar todas sus posibilidades."

Contiene el concepto justo y adecuado de lo que se ha llamado "paternidad responsable".

En esta manera general, he pretendido dar una perspectiva de la estructura jurídica de este grupo social, en cuyo seno el ser humano tiene natural acceso a la vida de relación y en donde se eleva a la categoría de persona capaz, dueña de sí misma y solidaria con la sociedad de la que también forma parte.