

Carmen Ramos Escandón

**Entre la ley y el cariño. Normatividad jurídica
y disputas familiares sobre la patria potestad
en México (1873-1896)**

El proceso de construcción de diferencias genéricas entre hombres y mujeres ha sido descrito como un proceso en el que los espacios de poder desigual se construyen a través de los discursos teóricos, normativos o prescriptivos. En especial el lenguaje y sobre todo la ley adquieren una fuerza específica en la normatividad de las instituciones y de las relaciones sociales. En este sentido, el Estado y la Iglesia son dos instituciones fuertemente implicadas en ese proceso de construcción de espacios de poder con tamaño diferente. Esos espacios diversos se modifican con relación a la edad y al género.

Este ensayo rastrea los cambios que la legislación liberal mexicana introdujo en la distribución del poder familiar entre las dos generaciones claves de la vida familiar, padres e hijos, a través de las modificaciones a la institución de la patria potestad. Para ello comparo en la primera parte del artículo las modificaciones que se llevaron a cabo en la legislación familiar liberal con relación a la sociedad colonial y más adelante ilustro la cuestión de las formas de impartición de justicia a través del análisis de casos específicos de disputas sobre patria potestad tomados del Archivo Histórico del Supremo Tribunal de Justicia de Guadalajara entre 1873 y 1896.

Si, de acuerdo con Michelle Perrot, el siglo XIX fue el siglo de oro de lo privado, también fue el momento en que sólo el conflicto familiar provocó la clara intervención del Estado en el espacio más privado de los espacios privados: el de la familia (Perrot 2001: 13). En efecto, la redistribución de los espacios del trabajo y la familia (Fraisse/Perrot 2000: 23), y la reglamentación de las relaciones familiares por parte del Estado fueron prioritarias para los Códigos Civiles que el Estado mexicano estableció y promulgó en el último tercio del siglo XIX,

cuando se consolidó el grupo liberal en el poder.¹ Procesos paralelos se llevaron a cabo en otros países latinoamericanos.²

En el caso mexicano, la forma de impartir la justicia y la resolución de conflictos familiares operó entre 1821 y 1870 de manera empírica de acuerdo a los mismos criterios por los que se había regido durante la administración colonial. En efecto, la falta de una estructura legal coherente y específica para normar los derechos y atribuciones de los varios miembros de la familia en las relaciones familiares, es decir de una legislación civil republicana, obligaba a los jueces a repetir prácticamente al pie de la letra las especificaciones legales de la Colonia. Por ello puede decirse que las relaciones de poder en la organización familiar no variaron sustancialmente con la primera organización republicana (1821-1862). Sin embargo, a mediados del siglo XIX, cuando la polémica entre el Estado emergente y la Iglesia Católica se agudizó hasta llegar a un conflicto armado, conocido en la historia mexicana como la Guerra de Reforma (1858-1861), volvió a retomarse la discusión sobre la forma de la organización familiar y se implementaron variantes en la legislación civil.

Fue en este momento cuando se dio claramente la confrontación entre ambas instituciones, Estado e Iglesia, por prevalecer hegemónicamente el uno sobre la otra. El Estado reordenó la legislación civil y, al hacerlo, redefinió las relaciones de poder entre los diferentes miem-

1 El estudio clásico sobre el liberalismo mexicano es del Reyes Heróles (1957-1961). Una visión más actual se encuentra en Hale (1994) y Annino (2000).

2 Sobre la importancia del Estado en la formación de los esquemas de conductas de género en el siglo XIX latinoamericano se ha dicho que fue particularmente importante por permitir la injerencia paterna en la elección de pareja de los hijos (Dore 2000: 13-17). Similares conclusiones se han señalado en estudios específicos para diversos países latinoamericanos. En Costa Rica aparece una continuidad general con la Colonia y sólo se introdujeron pequeños cambios en la legislación matrimonial en el Código de 1841 (Rodríguez 2000: 103-104). En Perú existe una clara influencia de la legislación española en el Código Civil de 1852 (Hunefeldt 2000: 224). En Colombia, la influencia de Andrés Bello y del Código Civil chileno de 1855 ha sido subrayada como crucial para la legislación de este país, la cual a pesar de haber implementado medidas como el divorcio vincular y el matrimonio civil, no mejoró la situación de las mujeres casadas (Velásquez Toro 1995: 180; Dueñas Vargas 2001: 1, 6 y 13). En Brasil, fue en el Código Civil de 1916 donde se definió al varón como el jefe legal de la organización familiar (Besse 1996: 10). Como anoto yo aquí para el caso mexicano, en Perú se ha señalado la importancia del lento proceso de erosión del poder de la Iglesia (Espinoza 1999: 216).

bros de la familia. Puede decirse que fue el enfrentamiento entre Iglesia y Estado lo que provocó la reorganización familiar que se regimientó en el *Proyecto de Código Civil* preparado en 1861 por Justo Sierra O'Reilly por indicación específica del presidente Benito Juárez. Ese proyecto no se implementó, pero en 1870 se promulgó el primer *Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California*, siguiendo las pautas de Sierra.³ La mayor parte de los estados, entre ellos Jalisco, adoptaron este mismo código, que fue aprobado por sus propias legislaturas sin modificación.⁴ En 1884 se promulgó una versión renovada, que estuvo vigente hasta 1915.⁵

La injerencia estatal en la organización familiar denota lo que, a mi juicio, constituye un intento del Estado liberal por tomar el control y legitimar su poder frente a la sociedad civil. Se trata de un Estado emergente, en pleno proceso de organización, necesitado de legitimar sus derechos, celoso por establecer sus espacios de acción e implementación legal. Como contraparte del proceso debe señalarse que la Iglesia fue perdiendo, a lo largo de las luchas civiles de la primera parte del siglo, el espacio inmutable que el concordato y la estabilidad colonial le habían garantizado. No olvidemos que estamos frente al surgimiento de un Estado laico, necesitado de una nueva fuente de legitimación. La fuente de legitimidad de esa nueva legislación será la propia capacidad estatal para imponerla, la misma efectividad con que el Estado pueda aplicar la ley y hacerla obedecer.

3 *Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California*, México D.F., 1870 (citado en adelante como Código Civil de 1870). La comisión que lo redactó estuvo formada por Mariano Yáñez, José María Lafragua, Isidro A. Montiel, Rafael Dondé. La comisión del Congreso encargada de supervisar su redacción estuvo formada por José María Lozano, Guillermo Valle y Potasio P. Tagle. Estos diputados enviaron el Código al Ministro de Instrucción Pública José María Iglesias para que lo promulgase el 15 de enero de 1870. Muy cercano en su contenido al proyecto de Justo Sierra, el Código de 1870 es el documento legal más importante de la última parte del siglo XIX en México.

4 *Código Civil del Estado de Jalisco* (1875), Guadalajara: Tipografía de S. Banda (citado en adelante como Código de Jalisco de 1875). Este código fue promulgado el 19 de octubre de 1875 por el gobernador constitucional Jesús L. Camarena.

5 *Código Civil del Distrito y Territorio de Baja California*, México D.F., 1884 (citado en adelante como Código Civil de 1884). A diferencia del de 1870, este código no indica quiénes fueron sus redactores. Fue promulgado el 31 de marzo de 1884 por Joaquín Baranda, en su carácter de Ministro de Justicia, a petición del presidente Manuel González, quien ejerció la presidencia entre 1880 y 1884.

Es pues la ley, y en especial la ley civil, la que reglamenta las relaciones familiares, y por eso ella constituye un mirador privilegiado desde donde se pueden observar los dos procesos paralelos: la consolidación nacional del Estado y la forma de organización familiar nuclear con una sola línea de herencia. Se trata de una sociedad que, si bien con la abolición de los estamentos de las castas ha dejado ya de ser tradicional, no acaba tampoco de ser moderna, fluida e igualitaria.

Los criterios de jerarquización estamental de la sociedad tradicional aparecen en la legislación, que sin embargo admite ciertas modificaciones a las formas de relación social. En ese proceso de cambio y continuidad en las instituciones que revela dos proyectos sociales —el de la sociedad tradicional y el de la sociedad liberal moderna— la balanza es indecisa.

Si como establece Carole Pateman el contrato matrimonial es un contrato sexual en donde el poder contratante de uno de sus miembros, la mujer, es desigual con relación al del otro, el varón, la institución a que el matrimonio da origen, la familia, no es menos desigual en cuanto al reconocimiento de los derechos de sus miembros. Más aún, según Hobbes, en la sociedad civil el esposo tiene el dominio porque la mayoría de las repúblicas han sido erigidas por los padres y no por las madres de familia (Pateman 1988: 48).

Así pues, en el ordenamiento familiar del derecho civil prevalecen dos espacios de orientación jerárquica: el género y la edad. Ambos están, desde luego interrelacionados. La jerarquía familiar que obedece tanto a la diferencia genérica como a la de la edad se conjuga en la patria potestad. Se trata de los derechos de los padres (varones) sobre los hijos legítimos. Son pues los derechos del padre frente a los de la madre, para controlar la persona y la propiedad de los hijos.

1. La familia: terreno de la disputa

La familia se convirtió así en el escenario de la batalla. Es a partir de la conceptualización de la familia, de sus funciones en la sociedad y de sus formas de organización interna, que podemos rastrear el proceso de lucha civil y de enfrentamiento ideológico de los grupos tradicionalmente catalogados en la historiografía mexicana como “conservadores”, apoyados por la Iglesia, y “liberales”, empeñados en la construcción de un Estado laico.

Aquí se intenta una perspectiva nueva: analizar la pugna Iglesia-Estado como una disputa por el control de la sociedad civil. Más aún, la diferencia de posición entre ambos grupos no es una diferencia de principios, sino una diferencia de grado. En ambos casos se trata de una injerencia en el ordenamiento y el funcionamiento del territorio que se supone es el más privado de los espacios privados: la familia. Es en la creciente injerencia estatal en los ordenamientos familiares donde se expande el poder de lo público (el Estado) frente a lo privado. La familia es, pues, el escenario donde la batalla público/privado se escenifica. La forma de organizar y establecer jerarquías en la familia resulta una pieza clave en el contexto político a pesar de que, en principio, la familia y su organización corresponden al ámbito de las relaciones privadas. Es el Estado el que establece el tono, los espacios, los alcances de las relaciones de la vida familiar. Se trata de una injerencia del poder estatal sobre la vida privada.

2. Legislar para controlar

En las modificaciones que el liberalismo introduce a la legislación colonial destaca, en lo que se refiere a la patria potestad, que en adelante ésta podría ser ejercida por la madre. Sin embargo, tal ejercicio estaba sometido a serias limitaciones que, de hecho, marginaron a las mujeres de su práctica.

La patria potestad es el derecho del padre a mantener y controlar a los hijos legítimos menores de edad, gerenciar sus propiedades, corregirlos y castigarlos; es una figura administrativa de la legislación civil que viene desde la Antigüedad, del derecho romano, pasa al derecho castellano, se implanta en América Latina durante la época colonial y se conserva aún en el derecho liberal republicano del siglo XIX. En un sentido amplio, puede definirse como la facultad que tiene el padre de ejercer autoridad sobre sus hijos legítimos (Escriche 1873: 1333).

La figura jurídica de la patria potestad aparece en el derecho español desde el *Fuero Juzgo*. Los ordenamientos de la patria potestad se conservaron durante toda la Edad Media, el Renacimiento y aún hasta el siglo XIX. Todavía en 1873, la legislación española establecía que la patria potestad es “la autoridad que las leyes dan al padre sobre la

persona y los bienes de sus hijos legítimos o legitimados, mas no sobre los naturales, incestuosos, adulterinos y demás”.⁶

Es en virtud de esta ley del padre que éste tiene la facultad de

[...] sujetar, corregir y castigar moderadamente a sus hijos, servirse de ellos, sin darles salario, pues cumple con mantenerlos y educarlos; implorar el auxilio de la autoridad pública para reducir a su poder al hijo que voluntario o forzado estuviese en poder de otro o anduviere vagando sin querer obedecerle y aun antiguamente tenía el derecho para venderlos o empeñarlos en casos de extrema necesidad (Escriche 1873: 1333).

La patria potestad es pues un privilegio exclusivo del padre, se trata de un derecho que el propio padre obtiene con la aceptación de la paternidad. La patria potestad es consustancial a la paternidad legítima. Sin embargo, mediante el reconocimiento y legitimación de los hijos no legítimos, el padre puede extender su derecho de patria potestad sobre ellos.

Si la patria potestad es una herencia directa del derecho romano, castellano y novo hispano, se conserva, sin embargo, en la legislación republicana a pesar de que en ella la jerarquización de los hijos de acuerdo a su origen no fue tan específica como en la Colonia, pues distinguía solamente entre hijos legítimos e ilegítimos. En la Colonia, en cambio, la legislación reconocía la existencia de varios tipos de hijos. Los de más alta jerarquía eran los hijos legítimos, producto de un matrimonio legítimo entre un hombre y una mujer. Existían además los hijos adulterinos, los de dañado ayuntamiento, los bastardos, producto de barraganía; los hijos nefarios, producto de incesto en línea directa; los hijos incestuosos, producto de incesto en línea transversal; los hijos sacrílegos, producto de unión con clérigos, y los hijos mancebres o hijos de prostitutas (Margadan 1991: 47).

En todos los casos el criterio para determinar el estatus del hijo, tanto en la Colonia como en la republica liberal, dependía exclusivamente del padre, del reconocimiento del padre hacia el hijo, del tipo de aparejamiento que el padre reconociera para aceptar la paternidad.

6 A diferencia de México, donde la reglamentación no es tan específica, la ley española, en la que la mexicana se inspira, establece cinco formas de constituir el ejercicio de la patria potestad: 1) por matrimonio, 2) por legitimación, 3) por juicio fenecido entre padre e hijo que litiguen y en el cual se declare la legitimidad de éste, 4) por delito del hijo contra el padre que le liberó de su poder, al cual debe restituirse en tal caso y 5) por adopción (Escriche 1876: 483).

Así pues, es el reconocimiento consciente por parte del padre de sus hijos legítimos o legitimados lo que le da acceso a la patria potestad.

A pesar de que es el padre la persona que ejerce la patria potestad, sin embargo, este derecho puede suspenderse en el caso de deportación, encarcelamiento o destierro, también por faltas morales, como el incesto –generalmente del padre hacia la hija–, o en caso de hijos varones, por el ascenso social de éstos que, al convertirse en consejeros o funcionarios públicos importantes, llegan a sobrepasar en jerarquía y autoridad a su padre, por lo que la patria potestad no tiene ya razón de ser. También se extingue la patria potestad cuando el padre abandona al hijo recién nacido (a las puertas de una iglesia, por ejemplo). Finalmente, el casamiento del hijo también pone fin a la patria potestad (Escriche 1876, vol. 3: 483).

3. Patria y poder: la ley del padre

Esta legislación de corte claramente patriarcalista, esta “ley del padre”, en donde el control sobre los hijos y sus propiedades regula múltiples aspectos de la relación padre e hijo/a se pone en evidencia en el proyecto de Código Civil, elaborado por Justo Sierra O’Reilly (1861).⁷ De acuerdo con él, el padre tenía el ejercicio exclusivo de la patria potestad sobre los hijos legítimos menores de edad. Esto significa que el hijo no podía dejar voluntariamente la casa paterna sin permiso del padre.⁸ En caso de disputa con los hijos, para corregir su conducta, el padre podía pedir la retención del hijo en establecimientos correccionales y era el único capacitado para suspenderla. Los costos de esa detención en las instituciones correspondientes corrían por cuenta del padre.⁹ Paralelamente, el padre estaba obligado a la manutención y educación del hijo. Con más benevolencia, el Código de 1870 estipulaba que el padre debía educar al hijo convenientemente y corregirlo templada y mesuradamente, facultad que las autoridades ayudarían a ejercer “de manera prudente y moderada”.

7 Su título completo es *Proyecto de un Código Civil Mexicano formado por orden del Supremo Gobierno*. México D.F.: Imprenta de Vicente G. Torres (citado en adelante como Sierra 1861).

8 Sierra (1861), Cap. II, Art. 160. Similar provisión hacia el Código Civil de 1870, Libro I, Título VIII, Cap. 2, Art. 394.

9 Sierra (1861), Cap. II, Art. 162 y 164.

Los derechos de la patria potestad se limitaban únicamente cuando el padre había contraído matrimonio, o cuando el hijo ejercía algún oficio. En ese caso, el padre debía explicar al juez el porqué de su solicitud de aprehensión para el hijo.¹⁰ Así pues, la persona del hijo y por supuesto de la hija estaba directamente bajo el control del padre, sobre todo porque una de las formas de cesar el ejercicio de la patria potestad era que los hijos ejercieran algún oficio y tuvieran un ingreso. Este no solía ser el caso de las mujeres, quienes en su mayoría no ejercían oficio ni trabajo asalariado alguno. De manera similar, los bienes del hijo, aunque fueran producto de su “trabajo o industria”, eran usufructuados por el padre mientras el hijo estuviera en poder o compañía de éste.¹¹ También se perdían los derechos de la patria potestad cuando el progenitor que la ejercía era condenado a “alguna pena que importe la pérdida de este derecho”.¹² También en caso de divorcio, el cónyuge culpable perdía la patria potestad.¹³

Sin embargo, la patria potestad era una institución temporal cuya vigencia cesaba ya sea por la muerte del padre o del hijo, o más comúnmente por la emancipación o la mayoría de edad del hijo o la hija.¹⁴ El carácter coercitivo de la patria potestad afectaba también al padre, puesto que éste podía ser privado de su derecho a ejercerla si trataba a sus hijos con excesiva dureza o si, siendo viudo, les diere “preceptos, consejos o ejemplos corruptores”.¹⁵ También podía darse el caso de que el padre fuese declarado judicialmente incapaz de ejercer la patria potestad, por condena judicial o bien por demencia.¹⁶ De acuerdo con el Código de 1870, sin embargo, aun en ese caso el padre seguiría controlando el usufructo de los bienes “si por demencia han quedado suspensos del ejercicio de la patria potestad”.¹⁷

10 Sierra (1861), Cap. II, Art. 163.

11 Sierra (1861), Cap. II, Art. 167.

12 Código Civil de 1870, Libro I, Título VIII, Cap. III, p. 48.

13 Código Civil de 1870, Libro I, Título V, Cap. V, Art. 271, p. 35. Aunque los códigos usan la palabra “divorcio” se trata de lo que más propiamente se llama divorcio vincular, es decir que los cónyuges podían habitar separadamente pero no podían volver a contraer matrimonio.

14 Sierra (1861), Cap. III, Art. 177.

15 Sierra (1861), Cap. III, Art. 178.

16 Sierra (1861), Cap. III, Art. 179.

17 Código Civil de 1870, Libro I, Título VIII, Cap. III, Art. 419, p. 49.

Así, en el caso de que el padre perdiese la patria potestad o falleciese, la madre sucedería “al padre en la patria potestad con todos sus derechos y obligaciones”.¹⁸ Este aspecto se subrayó en la época como una novedad que favorecía los derechos de las mujeres.

Sin embargo, aquí es importante señalar que esta valoración no resultaba exacta, puesto que el padre, antes de morir podía “nombrar a la madre en su testamento uno o más consultores, cuyo dictamen ha de oír ésta para todos los actos que el padre determine”.¹⁹ El Código de 1870 hacía una provisión similar: tanto las madres como las abuelas encargadas de la patria potestad tenían la obligación de escuchar y obedecer los dictámenes de los consultores nombrados por el padre. El Código dice: “El padre podrá nombrar en su testamento a la madre y a las abuelas en su caso uno o más consultores, cuyo dictamen *han de oír* para los actos que aquel determine expresamente”.²⁰

Así, el padre podía, prácticamente después de muerto, controlar las acciones y las decisiones de la mujer sobre los hijos, dado que ésta tenía la obligación de seguir las indicaciones del consultor o consultores nombrados por él. Casi resulta ocioso decir que esta disposición, cuyo carácter de discriminación genérica es evidente, estaba basada en la idea de que la mujer no podía tomar decisiones por sí misma. Así, en el caso de que sus decisiones entrasen en conflicto con las de los consultores, prevalecerían estas últimas sobre las de ella. Más aún, el control sobre uno de los aspectos más importantes de la patria potestad, el control de los bienes de los hijos, quedaba suspendido si la mujer volvía a casarse, puesto que para muchas mujeres la administración de los bienes de los hijos era la única forma de sobrevivencia cuando el marido no le había dejado bienes propios.

Estas limitaciones al derecho de la mujer de ejercer la patria potestad sobre sus propios hijos legítimos se sustentaban en el derecho español que, según uno de los comentaristas más famosos de la época, constituía ¡un mejoramiento en los derechos femeninos! En efecto, Joaquín Escriche cita a García Goyena, uno de los más importantes comentaristas del derecho español, quien a fines del siglo XIX declaraba:

18 Sierra (1861), Cap. III, Art. 180.

19 Sierra (1861), Cap. III, Art. 181.

20 Código Civil de 1870, Libro I, Título VIII, Cap. III, Art. 420, p. 49. El énfasis es mío.

Haciendo gozar a la madre de los derechos concedidos al padre, el legislador establece un derecho igual, una igual indemnización, donde la naturaleza había establecido una igualdad de molestias, cuidados y afección, repara con esta equitativa disposición la injusticia de muchos siglos, hace en cierto modo, entrar a la madre por primera vez en la familia y restablece en los derechos imprescindibles que tenía por la naturaleza, derechos sagrados, despreciados con demasía por las legislaciones antiguas, reconocidos y acogidos por algunas de nuestras costumbres pero aun borrados de nuestros Códigos (Escriche 1876: 484).

Es decir que a fines del siglo, tanto en España como en México hay un cambio en la legislación sobre la patria potestad que puede incluir ahora a la madre en el caso de que el padre fallezca, pero con la salvedad de que el padre puede nombrar consultores a los que la mujer debe obedecer.

El Código Civil de 1870, introduciendo una variante en la forma de distribución de poder entre padres y madres, es decir una variante en el proceso de construcción de diferencia y desequilibrio genérico entre hombres y mujeres, hace una modificación a la forma de ejercicio de la patria potestad. Reafirmando el derecho del Estado a intervenir en las cuestiones familiares, pretende tomar una posición a favor de la mujer al defender el derecho de la madre al ejercicio de la patria potestad.

En efecto, la exposición que hace la comisión redactora del Código de 1870 establece que el mismo concede a la mujer, es decir a la madre, el derecho de la patria potestad. De acuerdo con los redactores del Código, el cristianismo había rehabilitado a la mujer al concederle más derechos, pero en lo que se refería a los derechos civiles “su condición fue casi igual a la en que la dejaron los tiempos de barbarie, pudiendo asegurarse que hasta los últimos siglos fue cuando realmente comenzó la rehabilitación de la mujer”.²¹

Esta justificación de la reivindicación de la mujer se sostiene además con el siguiente razonamiento que implica, una vez más, la limitación de la mujer a la vida privada o la domesticidad:

[...] al tratarse de la vida domestica la mujer tiene tanta o más inteligencia que el hombre, y como en fin, el cuidado de los hijos es tanto o más eficaz, cuanto más vivo es el sentimiento, no es posible ya hoy negar a una madre el ejercicio del más sagrado de los derechos. Mas como la

21 Código Civil de 1870, Parte Expositiva, Título Octavo: De la Patria Potestad, p. 22.

administración de los bienes puede exigir una instrucción superior, se autoriza al padre para que pueda nombrar uno o más consultores, cuyo dictamen haya de oír la madre.²²

La contradicción que encierra esta disposición es evidente, pues por una parte otorga a la madre el ejercicio de la patria potestad, pero al mismo tiempo limita esta facultad a la obligación de la mujer de oír y seguir el consejo de los consultores. Tan obvia contradicción es patente inclusive para los propios redactores del Código, quienes aceptan los “peligros” que puede ocasionar el ejercicio de la patria potestad por parte de la mujer disculpando, además, la presumida ignorancia e incapacidad femenina en la naturaleza misma de la maternidad. Es decir, los redactores del Código suponen que la capacidad maternal de la mujer la limita para el ejercicio de funciones de tipo legal. En el fondo existe un profundo prejuicio negativo sobre las capacidades de la mujer para administrar los bienes de sus hijos, pero la incapacidad en la preparación de la mujer, se supone, puede suplirse con el amor maternal. Ellos lo expresan así:

Además, estos peligros son menores si se toma en cuenta el amor maternal que es el más acendrado y tal vez el único verdadero que hay en el mundo. Ese noble sentimiento hará que la mujer siga el buen consejo; y si alguna vez obra mal, casi nunca será intencionalmente, lo cual es otra garantía de acierto.²³

Es decir que el amor maternal, suplirá la falta de capacidad de la mujer en la gerencia de los asuntos de sus hijos.

La comisión redactora del Código justifica el derecho de los abuelos y sobre todo de las abuelas en el mismo sentido de la fuerza del sentimiento materno, pero además introduce un elemento nuevo: el argumento de que debe incluirse a los abuelos en el ejercicio de la patria potestad para “no introducir en los negocios domésticos a personas extrañas, sino cuando no se puede evitar”.²⁴ Así, en el proceso discursivo de la construcción del espacio doméstico, éste se presenta como inviolable, privado, exclusivamente familiar. Sin embargo, el hecho mismo de la reglamentación por parte del Estado de las especificaciones para el ejercicio de la patria potestad demuestra una inje-

22 *Ibidem*, p. 23.

23 *Ibidem*, p. 23.

24 *Ibidem*, p. 23.

rencia estatal en la construcción de ese espacio doméstico así como en las formas de relación entre los individuos en el espacio familiar.

La mística de la autonomía familiar y el respeto a sus derechos que esgrime la parte expositiva del Código, cae por tierra en el análisis de la reglamentación de la gerencia de los bienes de los hijos bajo la patria potestad, fortificando aquí aún más la intervención estatal en los asuntos familiares. El Código de 1870 abolió la institución del consejo de familia declarando: “La comisión cree: que el consejo de familia no está en nuestras costumbres, y que no hace falta en el actual estado de nuestra sociedad. La reunión de los parientes suele ser causa de disturbios cuando no hay este respeto aristocrático a la jerarquía doméstica”.²⁵ No deja de ser paradójico que un ordenamiento social como el liberal, supuestamente basado en la autonomía personal y el respeto a los derechos individuales, esgrima, en cambio el “respeto aristocrático a la jerarquía doméstica”.

Sea como fuere, en los ordenamientos sobre la patria potestad de este nuevo código se insiste en la conveniencia de la intervención de los funcionarios públicos, frente a la participación familiar en los asuntos de sus conflictos. La comisión cree que con las fuertes restricciones que se han puesto a la administración de los bienes de los menores y con la intervención constante del juez y del Ministerio Público pueden obtenerse las mismas ventajas que se atribuyen al consejo de familia sin necesidad de aumentar el número de personas, que tal vez sean una rémora para muchos negocios.²⁶

El aspecto que sin embargo parecería ser el de mayor trascendencia en cuanto a la patria potestad es el que se refiere a la forma de clasificación de los bienes que los hijos pueden tener y a la forma de su gerencia, de su trasmisión. En este sentido, se establece la siguiente clasificación de los bienes: 1) bienes donados por el padre, 2) bienes donados por la madre o los abuelos (no se hace diferencia entre abuelos maternos y paternos), 3) bienes donados por parientes colaterales o extraños, 4) bienes debidos al don de la fortuna, y 5) bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto sea cual fuere. Las primeras cuatro clases de bienes serían administrados por el padre, aunque se reconoce la propiedad de los hijos sobre ellos. El quinto tipo de bienes, el

25 *Ibidem*, p. 23.

26 *Ibidem*, pp. 23-24.

del trabajo honrado del hijo, es administrado por el propio hijo, según el razonamiento de que: “Ya es capaz de administrar quien sabe adquirir con su trabajo”.²⁷

Así pues, el control del padre sobre los bienes del hijo potestado depende de la decisión del padre, quien reconociendo la propiedad de los bienes por parte del hijo, tiene sin embargo, el derecho de administrarlos. En los bienes que proceden de donación del padre, la propiedad corresponde al hijo, pero la administración total al padre. En cambio en los bienes producto de donación de la madre, de parientes colaterales o “de la fortuna”, la propiedad y la mitad del usufructo son del hijo, la administración y la otra mitad del usufructo, del padre. Sin embargo, la ley misma preveía la posibilidad de una modificación de esta distribución, si el padre así lo deseaba, al establecer que “podrá sin embargo ceder al hijo la administración o la mitad del usufructo que le corresponde o una y otra”.²⁸ Lo que queda claro es que en todo caso es el padre quien controla los bienes del hijo, a pesar de ser éste el propietario. Se trata pues de una modificación a la definición de propiedad privada moderna. Al imponer al propietario un porcentaje de usufructo y el derecho de administración del padre, la ley está limitando de hecho el derecho de propiedad, puesto que ésta se define como la capacidad de enajenación y control sobre las posesiones. Los hijos bajo patria potestad sufren así limitaciones a sus derechos de propiedad similares a las que pesan sobre las mujeres casadas, quienes no podían disponer de sus bienes sin autorización del marido.

4. Las mujeres y la patria potestad

El otorgamiento de la patria potestad a la madre ocurre sólo en ausencia o muerte del padre, provisión que en el Código Civil de 1870 se califica como novedad a favor de la mujer. En efecto, en caso del fallecimiento del padre, interdicción o ausencia, la patria potestad recaería, en orden jerárquico, sobre la madre, el abuelo paterno, el abuelo materno, la abuela paterna, la abuela materna.²⁹ Como se ve, se respeta en primer lugar la diferencia de género y después la de edad. La

27 *Ibidem*, p. 25. En esta primera parte expositiva se justifica la disposición, pero su reglamentación aparece en el Libro I, Título VIII, Cap. II, Art. 401, p. 47.

28 Código Civil de 1870, Libro I, Título VIII, Cap. II, Art. 403, p. 47.

29 Código Civil de 1870, Título VIII, Cap. I, Art. 392.

patria potestad será ejercida prioritariamente por el padre y en segundo lugar recae en la madre, pero en el caso de la generación siguiente, la de los abuelos, prevalece la filiación masculina sobre la femenina, dándose prioridad al abuelo paterno sobre el materno, y a la abuela paterna sobre la materna.

Es de hacer notar también que además de que la jerarquización está hecha claramente a favor de la línea paterna, las mujeres, ya sean madres o abuelas, están sujetas a otra limitación que se basa, una vez más, en una diferencia genérica, puesto que los consultores no existen para el caso de los varones. En efecto, son las madres y las abuelas las que están obligadas a obedecer “a uno o más consultores” cuyo dictamen “han de oír”. De lo contrario, serían privadas de sus derechos, ya que el Código establece que: “La madre o abuela que dejare de oír el dictamen del consultor o consultores, podrá ser privada, en juicio contradictorio, con audiencia del Ministerio Público, de toda autoridad y derechos sobre sus hijos o nietos”.³⁰

Las restricciones al ejercicio de la patria potestad por parte de las mujeres no se limitan a la obligación de obedecer a los consultores, sino que el estado mismo de la mujer, en cuanto viuda, fue tomado en cuenta como una limitación para el ejercicio de la patria potestad. Ante la pregunta de si la madre viuda tenía o no derecho a ejercer la patria potestad, la respuesta fue contradictoria.

5. Viudez femenina y patria potestad

En caso de muerte del padre, la facultad de la patria potestad será ejercida por la viuda, a quien se le conceden ciertos derechos sobre sus hijos, pero estos derechos están rigurosamente limitados por los intereses y las decisiones del marido al respecto. En efecto, el marido, aún fallecido, tiene injerencia en el asunto, puesto que en su testamento “podrá nombrar a la madre uno o más consultores, cuyo dictamen haya de oír ésta para todos los actos que el padre determine”.³¹ Así pues, el marido tiene la posibilidad de limitar los derechos de patria potestad de su viuda designando uno o varios consultores, varones, a quien ella tiene la obligación de escuchar y por supuesto de obedecer.

30 Código Civil de 1870, Título VIII, Cap. III, Art. 423, p. 49.

31 Sierra (1861), Título VI, Cap. I, Art. 181, p. 46.

En efecto, si la viuda no siguiese las recomendaciones de los consultores sería privada de sus derechos.

El artículo del proyecto de Justo Sierra es muy claro al respecto: “La madre que maliciosamente dejare de oír el dictamen del consultor o consultores, podrá ser privada de toda su autoridad y derechos sobre sus hijos, a instancia de aquellos”.³² Esta disposición se conservó en forma muy parecida en el Código Civil de 1870 al establecerse: “Si la viuda no da aviso al juez o no observa las medidas dictadas por él, podrán los interesados negarle los alimentos, cuando tenga bienes”.³³ El Código de Jalisco de 1875 establece idéntica provisión.³⁴ Es decir que en caso de conflicto, los consultores pueden imponer su voluntad sobre la de la viuda, con lo cual existe la posibilidad, reconocida por la ley, de que ésta se vea privada de los derechos que pueda tener sobre la patria potestad y la propiedad de sus hijos.

El Código Civil de 1884 es aún más explícito a este respecto al declarar que:

madre o abuela que dejare de oír el dictamen del consultor o consultores, podrá ser privada, en juicio contradictorio, con audiencia del Ministerio Público, de toda su autoridad y derechos sobre sus hijos y nietos, a instancia de aquellos, pero el acto ejercido no se anulará por ese solo motivo.³⁵

Así pues, la intervención estatal está claramente establecida en la persona del Ministerio Público. Es un funcionario designado por el Estado quien impone la limitación para la mujer del ejercicio de la patria potestad en caso de no oír ésta a los consultores designados por el marido. Marido, consultores y Ministerio Público, todos varones, deciden por la mujer.

También en cuanto a la voluntad de la viuda, el Código de 1870 es más específico que el proyecto de Sierra, al establecer que la viuda (madre o abuela) puede renunciar a su derecho a la patria potestad o a su ejercicio. En dicho caso, se proveerá un tutor al menor conforme a derecho. Así pues, si bien en los códigos se contempla el derecho de la viuda a renunciar a la patria potestad, los intereses de los consultores pueden prevalecer por encima de la voluntad personal de la viuda.

32 Sierra (1861), Título VII, Cap. 1, Art. 182, p. 46.

33 Código Civil de 1870, Libro IV, Título V, Cap. I, Art. 390, p. 341.

34 Código de Jalisco de 1875, Título V, Cap. I, Art. 390, p. 741.

35 Código Civil de 1884, Título VIII, Cap. II, Art. 393, p. 49.

Ahora bien, la autoridad de la viuda sobre la patria potestad no es definitiva, sino que está condicionada al estado de viudez mismo: la viuda que contraiga matrimonio, perderá, por esa sola razón, la patria potestad de sus hijos del primer matrimonio. Los tres códigos de la segunda mitad del siglo XIX mexicano coinciden a este respecto, pero con tonos diferentes. El proyecto de Sierra establece que: “La madre viuda que dé a luz un hijo ilegítimo pierde los derechos que le concede el artículo 180”,³⁶ es decir, de patria potestad. La misma especificación se expresa en el Código de 1870, aunque allí extendida a “la madre o abuela viuda”, es decir que la nueva maternidad cancela el derecho a la patria potestad. El Código de Jalisco de 1875 anula el derecho de la madre o la abuela a la patria potestad tanto por el nacimiento de un hijo ilegítimo como por segundas nupcias y advierte que “si no hubiere persona en quien recaiga, se proveerá a la tutela conforme a la ley”.³⁷ El Código de 1884 es igualmente severo, pues cancela el derecho a la patria potestad no sólo en virtud de una nueva maternidad ilegítima, sino incluso en el caso de un nuevo apareamiento de la viuda, pues establece que: “La madre o abuela que vive en manebía o da a luz un hijo ilegítimo, pierde los derechos que le concede el artículo 366, es decir el derecho a la Patria Potestad”.³⁸

Así pues, el derecho mismo a la patria potestad está fincado en el mantenimiento del estado de viudez, en la detención de la vida erótica y reproductiva de la mujer. Más aún, se trata no sólo de impedir el apareamiento no sancionado o la maternidad ilegítima, sino que el énfasis en el estado de viudez queda de manifiesto por el hecho de que aun el matrimonio lícito queda establecido como condición de pérdida de la patria potestad. Es decir que para poder tener control sobre sus propios hijos y sus bienes, las mujeres debían permanecer viudas.

En este sentido hay una clara diferencia entre el proyecto de Justo Sierra de 1861, y los Códigos de 1870, 1875 y 1884. El proyecto de Sierra establece que: “La que contrajese segundas nupcias conservará todos los derechos de la patria potestad, menos la administración de los bienes, a no ser que el consejo de familia se la defiera”.³⁹ En caso de que la viuda aceptara la continuación del ejercicio de la patria po-

36 Sierra (1861), Título VI, Art. 183, p. 46.

37 Código de Jalisco de 1875, Título VIII, Cap. III, Art. 426 y 427, p. 96.

38. Código Civil de 1884, Título VIII, Cap. II, Art. 399, p. 50.

39 Sierra (1861), Título VII, Cap. II, Art. 184, p. 46.

testad, debería hacerlo con la anuencia de su nuevo marido y éste sería corresponsable de la administración de los bienes de la patria potestad. En este mismo documento se establece que en caso de una segunda viudez, la mujer recobraría los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias.⁴⁰

El Código de 1870 cambia este criterio radicalmente por lo que se refiere al papel de la viuda al establecer: “La madre o abuela que pasa a segundas nupcias, pierde la patria potestad”, y además añade que “la tutela en ninguna caso podrá recaer en el segundo marido”.⁴¹ Lo mismo establece el Código de Jalisco.⁴²

Finalmente, el Código de 1884 repite casi a la letra las especificaciones del Código de 1870 tanto en lo que se refiere a las segundas nupcias como a la prohibición de que el segundo marido ejerza la tutela.⁴³ Ambos estipulan, asimismo, que en el caso de una segunda viudez, la viuda recupera su derecho al ejercicio de la patria potestad.⁴⁴

Así pues, las limitaciones al derecho materno a la patria potestad son manifiestas por el hecho de que la madre no puede ejercer la patria potestad de manera autónoma, ya que el marido, es decir, el padre

[...] podrá nombrar a la madre en su testamento uno o más consultores, cuyo dictamen habrá de oír ésta para todos los actos que el padre determine. No gozará de esta facultad el padre que, al tiempo de morir, no se hallare en el ejercicio de la patria potestad, salvo si fuere por causa de locura o de ausencia, ni valdrá el nombramiento hecho en testamento anterior a la pérdida o suspensión de la patria potestad.⁴⁵

Igual provisión aparece en el Código de 1870 pues establece: “El padre podrá nombrar en su testamento, a la madre y a las abuelas en su caso, uno o más consultores, cuyo dictamen habrán de oír para los actos que aquel determine expresamente”.⁴⁶ Finalmente el Código de 1884 hace parecida provisión al establecer que la madre o abuela pier-

40 *Ibidem*.

41 Código Civil de 1870, Título VIII, Cap. III, Art. 427 y 428, p. 49.

42 Código de Jalisco de 1875, Título VIII, Cap. III, Art. 427 y 428, p. 96.

43 Código Civil de 1884, Título VIII, Cap. III, Art. 401 y 402, p. 50.

44 Código Civil de 1870, Libro I, Cap. III, Art. 429, p. 49; Código Civil de 1884, Libro VIII, Cap. III, Art. 402, p. 50.

45 Sierra (1861), Título VII, Art. 181, p. 46.

46 Código Civil de 1870, Libro I, Título VIII, Cap. III, Art. 420.

de la patria potestad en caso de 1) vivir en mancebía, 2) dar a luz a hijo ilegítimo, y 3) si contrae segundas nupcias.⁴⁷

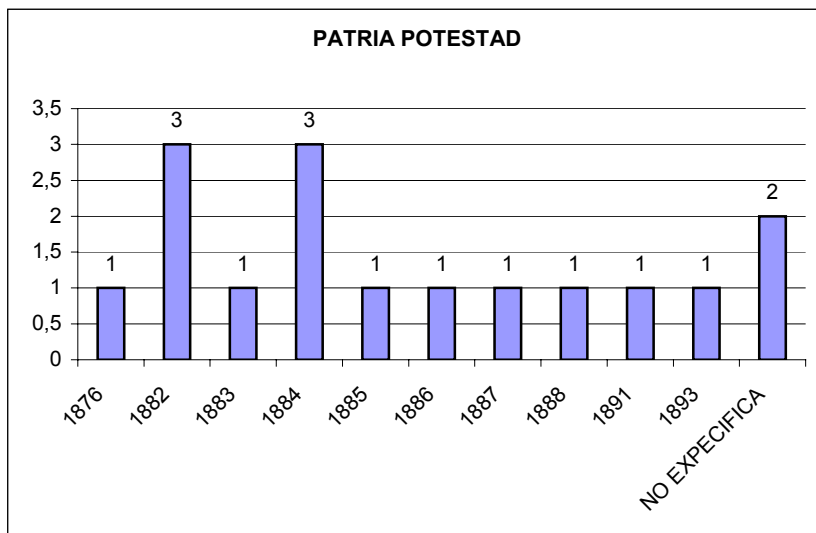
Como se ve, la patria potestad es un derecho eminentemente masculino que favorece la ley del padre en lo que se refiere a la manutención y educación de los hijos, así como al control y gerencia de las propiedades de éstos. La mujer tiene acceso a la patria potestad sólo en casos en que la ausencia del padre la obligue a aceptarla, pero las limitaciones para su ejercicio vienen de parte de los consultores, que son nombrados por el marido. En su carácter de madre, a la mujer le corresponde el mantenimiento, educación y control de los hijos, pero en cuanto viuda, para ejercer estas funciones, debe someterse a la autoridad del marido difunto, que mediante los consultores le impone su voluntad incluso más allá de la muerte.

A pesar de estas limitaciones y problemas, algunas mujeres mexicanas del siglo XIX fueron hasta los tribunales civiles para pelear por el derecho al control de sus hijos. En el Archivo Histórico del Supremo Tribunal de Justicia de Guadalajara se conservan miles de expedientes en donde se registran pleitos familiares, enfrentamientos genéricos por divorcio, falta de cumplimiento de promesa matrimonial y violencia a las mujeres. Para este trabajo consulté específicamente los casos de pleitos por el control de los hijos, es decir de patria potestad.⁴⁸ De los más de 60 expedientes consultados, los casos de demanda por derechos de tutelas y patria potestad son aproximadamente el 6%, es decir una mínima parte. A este respecto se debe aclarar también que no hay certeza alguna de que todos los casos de dificultad sobre patria potestad hayan sido llevados hasta el tribunal, pero sin embargo destacan algunos en donde se muestra el enfrentamiento entre mujeres y maridos y, más excepcionalmente, también de mujeres con otras mujeres por el control de los hijos.

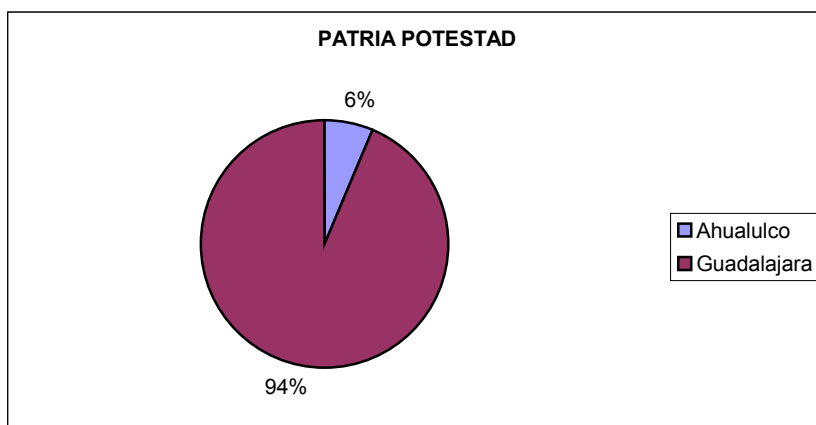
47 Código Civil de 1884, Título VIII, Art. 399 y 400, p. 50.

48 Los más de cuatro mil expedientes existentes en el Archivo Histórico del Supremo Tribunal de Justicia de Guadalajara (AHSTJG) no están ordenados cronológicamente, aunque en el expediente se señala la fecha del caso. Tampoco están clasificados ni temática ni regionalmente o en razón del tipo de conflicto. Todo ello impide elaborar una base estadística de los mismos.

Archivo Histórico del Supremo Tribunal de Justicia, Ramo Criminal, 1876-1893. Estadísticas de patria potestad por número de demandas



Archivo Histórico del Supremo Tribunal de Justicia, Ramo Criminal, 1876-1893. Estadísticas de patria potestad por sitio de origen de las demandas



6. Madre y suegra: dos poderes enfrentados

De los expedientes encontrados correspondientes al periodo analizado y relacionados a la patria potestad, escogí un caso específico que resulta particularmente ilustrativo por su complejidad argumental, por su duración y sobre todo porque plantea un problema poco común: el enfrentamiento entre dos mujeres. El caso ilustra una fragmentación en los intereses de género, pues las dos mujeres, pese a serlo, no coinciden en sus intereses familiares. Se explora así la compleja conflictividad familiar en razón del control de los hijos.

El caso de Francisca Gómez ilustra bien el enfrentamiento entre dos poderes femeninos: el maternal y el de la suegra apoyada por el hijo. El caso se inicia el 28 de noviembre de 1882 con la demanda de Francisca Gómez, madre de los niños María Concepción, de once años, y Salvador, de nueve años, ambos habidos en legítimo matrimonio con Miguel Gallardo, fallecido el 19 de noviembre del mismo año. En su demanda Francisca Gómez afirma:

Mis dos hijos referidos quedaron al fallecimiento de mi marido, en poder de la Sra. mi suegra doña Soledad Ojeda, quien se resiste a entregármelos, alegando para ello frívolos pretextos. Como nadie puede disputarme los derechos que tengo sobre mis hijos, una vez muerto su padre, y viendo que la Sra. Ojeda no quiere entregármelos, a pesar de las agencias que he hecho con aquel objeto, me ha colocado la negativa de aquella señora en el caso de ocurrir a la vía judicial, demandándola en toda forma, por la entrega de mis dos hijos que sin derecho alguno tiene en su poder, y al efecto, y cumpliendo con la ley reduzco mi demanda a los siguientes puntos. “La madre a falta de padre que muere sin haber testamento, es la misma persona con exclusión de cualquiera otra que tiene la tutela de sus hijos (Ley 9, Título 16, Parte 6)”.⁴⁹

Así Francisca Gómez suponía que, de acuerdo a su derecho de madre, a la muerte del padre, ella tendría la tutela de sus hijos, aunque su marido los hubiese encomendado a la suegra. La enemistad entre suegra y nuera parece haber sido tan honda que Francisca pidió expresamente al juez que internase a sus hijos en el Hospicio Cabañas, pues temía que la suegra “oculte a mis hijos y aun les dé mal trato”. Francisca pidió también que fuese su suegra quien cubriese los gastos que el mantenimiento de los niños en el hospicio pudiera ocasionar. Argumentando que por ser pobre no podría costear los costos del juicio,

49 AHSPJG, Ramo Civil, Caja 5924, Año 1882, 37 fojas.

Francisca solicitó la declaratoria de pobreza para que se la considerase “pobre de solemnidad”. Para probar su afirmación Francisca ofreció testigos.

El administrador del Hospicio respondió el 20 de diciembre:

[...] como he tenido conocimiento de que tanto la mama como la abuela de los niños desean tener con ellos comunicación frecuente que la señora respecto de la otra quiere impedir la comunicación por no juzgarla conveniente, originándose así la falta del buen orden que debe existir en el establecimiento, suplico a Ud. [al juez] se sirva disponer el cambio del depósito para evitar que entre los niños del Hospicio se sepa el motivo que ha originado la separación de los niños de la compañía de la madre.⁵⁰

A la demanda de Francisca Gómez respondió Soledad Ojeda con el argumento de que el título de su maternidad

[...] no es bastante para tenerlos en su poder, porque en vida de mi hijo Miguel, su esposo, le faltó a la fidelidad y es de costumbre relajadas. Así se le justificó ya en juicio que sobre la misma materia promovió en ese mismo juzgado contra mi referido hijo que causó ejecutoria, habiendo sido condenada hasta en los costos de él. Además, suponiendo que no hubiera sido así, de todos modos, la reclamación de el actor debe desecharse, porque mi referido hijo me nombró guardadora de aquellos niños, en el testamento que otorgó ante el escribano Ignacio F Figueroa y que protesto presentar.⁵¹

Al igual que su nuera Francisca, Soledad Ojeda también solicitó se le declarase pobre, arguyendo que no tenía para pagar los gastos del juicio.

Para principios del año siguiente, se llevó a cabo una junta conciliatoria entre las dos mujeres, la cual no resolvió nada pero inclinó a Francisca a renunciar a su derecho a visitar a sus hijos para evitar que éstos fuesen expulsados del hospicio. Sin embargo, si bien renunció a su derecho de visita, Francisca también pretendió impedir que su suegra visitara a los niños.

La suegra respondió diciendo que ya en los años de 1880 y 1881, es decir un par de años antes de que se iniciase el juicio, se había seguido otro juicio entre su hijo Miguel Gallardo y su nuera Francisca Gómez. Dicho juicio fue favorable al marido por lo que los niños quedaron en poder del hijo. La suegra Soledad Ojeda declaró también que, a pesar de que el juicio de 1880 y 1881 ya se había fallado, no se

50 *Ibidem.*

51 *Ibidem.*

encontraban los autos relativos, es decir la relación del juicio, y por lo mismo solicitaba más tiempo para exhibirlos. Paralelamente Soledad pidió que compareciese su nuera Francisca para que se le interrogase sobre su promoción del depósito de su hija Concepción Gallardo. Ese depósito quedó sin efecto por haberlo solicitado así su marido Miguel Gallardo. Según la suegra, en el juicio que contra su hijo Miguel Gallardo promovió su nuera para que le entregase a la niña Concepción Gallardo, hija de Miguel y Francisca, ésta había resultado ser la perdedora, a pesar de que el pleito fue patrocinado por los prominentes abogados José López Portillo y Rojas, José Villa Gordo, Mariano Coronado, Jerónimo Gutiérrez Moreno y otros.⁵² Francisca respondió afirmativamente a las precisiones de su suegra excepto a la declaración de que la revocación del depósito de la niña fue promovida por su marido Miguel Gallardo.

Al juicio de 1882 se anexó la sentencia del juicio previo de 1881. Allí Francisca Gómez promovía la entrega de su hija por parte de su marido o la emancipación de la misma, con base a que la niña no recibía educación adecuada y que vivía con la madre de su marido, en donde vivían también otros hijos ilegítimos de éste. En ese juicio, la resolución favoreció al padre, a pesar de que su esposa Francisca había probado que Gallardo tenía una concubina con la cual había tenido dos hijos, que esa concubina tenía amistad con la madre de Gallardo, que a consecuencia de dicha amistad, los hijos ilegítimos de aquél pasaban algunos días juntos con los legítimos y que éstos andaban malamente vestidos. La madre temía que la niña fuese trasladada de la ciudad. Además la niña no asistía a la escuela. Finalmente argumentaba:

[...] yo no puedo hacer uso de los derechos que tengo como madre para exigir que mi hija vuelva a mi lado y recibiera la educación correspondiente mas ya que ni su padre ni yo podemos darle la educación que su sexo demanda deseo que se [¿integre?] en un establecimiento publico a expensas más para cuyo fin tengo ya conseguido un lugar en el Colegio de Guadalupe de esta ciudad.⁵³

52 Dado que el derecho mexicano provee de abogados de oficio, es decir designados por el propio Estado, no es sorprendente que entre los defensores de Francisca figurara José López Portillo y Rojas, más tarde gobernador del Estado de Jalisco, figura política prominente en ese momento y uno de los más interesantes escritores de literatura de la época.

53 AHSTJG, Ramo Civil, Caja 5888, Año 1880, 1 foja.

A pesar de tan sólidos argumentos esgrimidos por la madre, éstos no fueron suficientes en concepto de los jueces para privar a Gallardo de “la patria potestad que legítimamente ejerce sobre la niña Concepción”. No se concedió la emancipación porque “ninguno de los hechos expresados indica que el demandado haya apremiado física o moralmente a la niña referida para que se prostituya, ni aun podría suponerse tal hecho, atendida la corta edad de la misma niña [nueve años]”.⁵⁴ Más aún, aunque había dos testigos presentados por la madre que declararon que Gallardo había amenazado con crueles castigos a la niña Concepción, esta declaración fue desestimada por el juez sobre la base de que:

La ley requiere para permitir la emancipación, no simplemente que haya habido amenazas del padre para el hijo, sino que se demuestre que aquel castiga a este con demasiada crueldad. De donde resulta que aunque estimaran justificados los dos casos de amenazas de crueles castigos de Gallardo para con su hija, dando fuerza acumulativa a las declaraciones singulares de que se ha hecho mérito, de ninguna manera sería esto bastante para decretar la emancipación.⁵⁵

En lo único en que ambas mujeres estuvieron de acuerdo fue en invocar testigos que certificasen incapacidad para cubrir los gastos del juicio. Cada una llamó a dos varones que las conocían. Francisca Gómez presentó como testigos a dos comerciantes. Ambos apoyaron sus declaraciones y manifestaron no creer que ella contase con recursos suficientes para sufragar el costo del juicio.⁵⁶ Soledad Ojeda exhibió como testigos a un zapatero viudo, de treinta y cinco años, y a un sastre soltero de diecinueve. Todos los testigos afirmaron que las mujeres no eran ricas.

Los argumentos de la madre en defensa de sus derechos para recuperar a sus hijos incluyeron el hecho de que el padre había amenazado a la hija, y que no le proporcionaba ninguna clase de educación. Estos argumentos no fueron suficientes, pues los jueces estimaron que no había prueba de que el padre hubiese inclinado a la hija a la prostitución y sobre todo porque antes de morir había designado a su madre Soledad Ojeda como tutora de sus hijos. Por ello, la resolución del juicio favoreció a la abuela, y el argumento definitivo fue que ella

54 AHSTJG, Ramo Civil, Caja 5924, Año 1882, 37 fojas.

55 *Ibidem*.

56 *Ibidem*.

había sido nombrada como “tutriz y curadora” de los menores y, dado que los niños tenían tutor, la cuestión quedaba reducida, según las autoridades, a determinar el domicilio de los mismos menores o la persona con quién debían estar. Para la resolución, el juez argumentó que se atendió, en primer lugar, a lo ordenado por el testador, en este caso Miguel Gallardo, quien había designado a su madre como “tutriz” de sus hijos. Pues “por los términos en que está concebida la cláusula del testamento de Miguel Gallardo, se deduce que éste quiso que sus hijos vivieran con D. Soledad Ojeda, a quien aun facultó para designar el lugar en que aquellos debían permanecer”. Otra razón, quizás la más poderosa esgrimida en la resolución del juicio fue: “el segundo matrimonio de D. Francisca Gómez, y a lo que previenen las leyes que se ocupan de los efectos de las segundas nupcias de la madre, con relación a la tutela de los hijos y al derecho de retenerlos en su poder”.⁵⁷

A pesar de esta resolución, con fecha 19 de abril de 1884, Doña Francisca Gómez apeló la sentencia del Juzgado Segundo de lo Civil declarándose, mayor de edad, “libre de matrimonio” y de esa vecindad. Es decir que para contrarrestar los efectos negativos que para ella tendría la resolución del juicio, declaró no estar casada. La documentación no permite establecer si se trataba de un matrimonio *de facto*, no legalizado o por qué motivo Francisca afirmó estar “libre de matrimonio”. En todo caso resulta claro que para Francisca era más fácil renunciar a un segundo matrimonio que a la tutela de sus hijos.

Soledad Ojeda respondió al juicio de apelación de su nuera apoyando sus derechos –una vez más– en la designación hecha por su hijo Miguel como “tutriz” de sus hijos y acusó a la nuera de infidelidad, defendiendo al mismo tiempo la honestidad de su difunto hijo y su derecho de “tutriz” concedido por él. Sin embargo, una vez más, el argumento central fue el del segundo matrimonio de la madre, aunque en su apelación se hubiese declarado “libre de matrimonio”. En efecto, el artículo 8 de la argumentación establecía que: “La madre pierde el derecho de que se trata cuando pasa a segundas nupcias, como lo ha hecho Dona Francisca Gómez, así como por igual motivo no puede

57 Ibidem.

ejercer la tutela legítima según lo previene la ley”.⁵⁸ También se condenó a Francisca a pagar los costos del juicio.

Así pues, el caso ilustra de manera perfecta el peso de la palabra del padre en la implementación y funcionamiento de la patria potestad. El derecho paterno al control de los hijos enfrenta en este caso a dos mujeres. La una, Francisca apoyada en su maternidad biológica y en los derechos que ésta le concede; la otra, la suegra Soledad, apoyada en la palabra del hijo, ya muerto, prevalece sobre la primera. Se trata pues de un caso en que la ley paterna prevalece sobre la materna. No olvidemos que Soledad es la abuela paterna y que, visto que su nuera contrajo nupcias una vez muerto su marido, este solo hecho cancela sus derechos legales basados en la maternidad biológica. El caso ilustra también la vieja práctica colonial de favorecer al padre sobre la madre. Ni la muerte de su marido pudo devolverle sus hijos a Francisca. La mujer siguió sujeta a la voluntad del marido aun cuando éste ya estaba muerto. Sobre la vida de los hijos, la palabra del padre muerto. Sobre la voluntad de la madre, el peso de la ley.

Se trata pues de un caso ilustrativo de lo que parece haber sido un proceso creciente en la época: la mayor injerencia del Estado en los conflictos familiares, la presencia de los funcionarios públicos substituyendo, con un carácter coercitivo, el viejo papel del sacerdote consejero en la Colonia. La racionalidad legal y la fuerza del Estado para implementarla substituyen a la religión como fuerza prevaleciente para normar la vida de los individuos y de sus hijos. Es el funcionario estatal y no el sacerdote quien tiene la última palabra en los enfrentamientos entre diferentes miembros de la familia. En efecto, ahora el Estado liberal se sirve del Ministerio Público y del juez, ambos funcionarios nombrados, no electos, para dirimir los conflictos familiares. La familia es el espacio privado de la vida personal, pero cuando ésta pierde los cauces de la regularidad impuesta por la costumbre, los espacios de poder de la misma están ahora reglamentados de acuerdo a los intereses de la organización estatal. El Estado liberal incluye la familia y el orden interno de la misma como su espacio de poder. Las mujeres y los jóvenes resultan sujetos a esta nueva ley del padre que el Estado representa.

58 AHSTJG, Ramo Civil, Caja 5942, Año 1883, 13 fojas.

Bibliografía

- Annino, Antonio (2000): *Nuevas perspectivas para una vieja pregunta*. Torino: AHILA.
- Besse, Susan K. (1996): *Restructuring Patriarchy: The Modernization of Gender Inequality in Brazil 1914-1940*. Chapel Hill: The University of Northern Carolina Press.
- Dore, Elizabeth (2000): "One Step Forward, Two Steps Back: Gender an the State in the Long Nineteenth Century". En: Dore, Elizabeth/Molyneux, Maxine: *Hidden Histories of Gender an the State in Latin America*. Durham/London: Duke University Press, pp. 13-32.
- Dueñas Vargas, Guiomar (2001): "La ley del padre en la vida familiar. Colombia, siglo XIX". Ponencia presentada en el *XXIII Congreso de la Latin American Studies Association (LASA)*, Washington (09.09.2001).
- Escriche, Joaquín (1873): *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. Madrid: Agustín Rivera.
- (1876): *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. Madrid: Imprenta Eduardo Cuesta, 5 vols.
- Espinoza, Silvia Loli (1999): "Cien años de normas sobre las relaciones de pareja en el Perú: 1834-1934". En: Zegarra, Margarita (ed.): *Mujeres y género en la Historia del Perú*. Lima: CENDOC-Mujer, pp. 216-236.
- Fraisse, Geneviève/Perrot, Michelle (2000): "Introducción". En: Duby, Georges/Perrot, Michelle (eds.): *Historia de las mujeres*. Madrid: Taurus, vol. 4, pp. 21-27.
- Hale, Charles (1994): *La transformación del liberalismo en México*. México D.F.: Vuelta.
- Hunefeldt, Christine (2000): *Liberalism in the Bedroom. Quarreling Spouses in Nineteenth Century Lima*. Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press.
- Margadan, Guillermo (1991): "La familia en el derecho novohispano". En: Gonzalbo Aizpuru, Pilar (ed.) *Familias novohispanas, siglos XVI al XIX*. México D.F.: El Colegio de México, pp. 27-56.
- Mateos Alarcón, Manuel (1892): *Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal*. México D.F.: Imprenta y Encuadernación de Irineo Paz.
- Pateman, Carole (1988): *The sexual contract*. Stanford, Calif.: Stanford University Press.
- Perrot, Michelle (2001): "Introducción". En: Ariés, Philippe/Duby, Georges (eds.): *Historia de la vida privada, vol. 4: De la Revolución Francesa a la Primera Guerra Mundial*. Madrid: Taurus, pp. 11-16.
- Reyes Heróles, Jesús (1957-1961): *El Liberalismo en México*. México D.F.: UNAM/Editorial Cultura, 3 vols.
- Rodríguez, María Eugenia (2000): "Civilizing Domestic Life in the Central Valley of Costa Rica 1750-1850". En Dore, Elizabeth/Molyneaux, Maxine (eds.): *Hidden Histories of Gender and the State in Latin America*. Durham/London: Duke University Press, pp. 85-107.

- Sierra O'Reilly, Justo (1861): *Proyecto de un Código Civil Mexicano formado por orden del Supremo Gobierno*. México D.F.: Imprenta de Vicente G. Torres.
- Velásquez Toro, Magdala (1995): "Aspectos de la condición jurídica de las mujeres". En: Velásquez Toro, Magdala et al. (eds.): *Las mujeres en la historia de Colombia*. Santa Fe de Bogotá: Grupo Editorial Norma, Tomo I, pp. 173-182.
- Yáñez, Mariano/Lafragua, José María/Montiel, Isidro/Dondé, Rafael Duarte/Eguía Lis, Joaquín (1870): *Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California*. México D.F.: s.e.