

AUTORIZACIÓN QUE DEBE PRESTAR EL CÓNYUGE PARA QUE EL HIJO DE SU MUJER O MARIDO VIVA EN EL HOGAR COMÚN

Solange Doyharçabal Casse
Profesora de Derecho Civil

- I. El Código Civil original, en el Título XIII del Libro I destinado a tratar: "De Las Obligaciones y Derechos entre los Padres y los Hijos Naturales", contenía el artículo 278, cuyo inciso segundo decía: "Pero la persona casada no podrá tener a un hijo natural en su casa sin el consentimiento de su mujer o marido".

En el proyecto de 1853 se leía: "sin el consentimiento de su mujer o marido con quien viva". Igual redacción aparece en el proyecto inédito y en el que fue sometido a la aprobación del Congreso Nacional; inexplicablemente, en la primera edición oficial del Código ordenada por ley aprobatoria, apareció suprimida la última frase. Si el texto se hubiera referido al hogar conyugal, el agregado "con quien viva" podría haberse estimado una redundancia y su eliminación, una manera de corregir el lenguaje, pero teniendo en cuenta que hacía mención a "su casa", la supresión modificó el sentido del artículo porque amplió la disposición. De acuerdo al texto aprobado, para tener derecho a oponerse a su instalación en la casa, el cónyuge del progenitor del hijo natural debía vivir con su marido o mujer, bajo el mismo techo. Tal como quedó consagrado en la edición oficial, incluso separado o divorciado perpetua o temporalmente, podía oponerse a que su mujer o marido tuviera a un hijo natural en la misma residencia.

Don Luis Claro Solar, en sus comentarios, no justificaba la alteración sufrida por este artículo pero decía comprender las razones que movieron a ello, en especial, sentimientos de decoro y delicadeza. Agregaba: "La introducción a la vida de familia de un hijo natural que no lo es de ambos cónyuges tiene forzosamente que afectar las relaciones de éstos entre sí y con

los hijos legítimos habidos en el matrimonio del padre o madre natural. Aunque en menor grado esta consideración subsiste durante la separación de los cónyuges y puede ser un grave inconveniente para el restablecimiento de la vida en común entre ellos”¹.

Al menos en una sentencia de la Corte De Apelaciones de Santiago, de 20 de mayo de 1949, que entregó el cuidado personal del niño al padre natural, consta la aprobación exigida por la ley según se expresa en el considerando n. 11, en estos términos:

“Que es verdad que el padre del menor está casado y que el inciso 2 del artículo 278 dispone que “La persona casada no podrá tener a un hijo natural en su casa sin el consentimiento de su mujer o marido”; pero también lo es que, en la especie, tal consentimiento ya ha sido prestado, como consta en el informe social de fojas 3 y de la declaración de fojas 18”².

- II. La norma se mantuvo sin alteración hasta la reforma operada en el Derecho de Familia por la Ley 19.585 de 26 de octubre de 1998, que la derogó, no obstante lo cual el legislador no abandonó la idea sino que extendió hasta extralimitarla.

El proyecto de ley original, enfocado principalmente a unificar los efectos de la filiación matrimonial y no matrimonial solamente planteó la supresión del artículo 278 entonces vigente y la Cámara de Diputados se abstuvo de hacer indicaciones al respecto, pero durante la tramitación en el Senado, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento propuso se aprobara el proyecto de ley de la H. Cámara de Diputados con las modificaciones que indicaba, entre ellas incorporar el siguiente artículo 221: “La persona casada no podrá, sin el consentimiento de su cónyuge, tener en el hogar común a un hijo no matrimonial”³. Este texto no hacía más que reponer la disposición presente en el Código desde que entró en vigencia, aunque mejorada, no por la sustitución obvia de la expresión hijo natural por la de hijo no matrimonial, sino porque hablaba de hogar común, con lo cual quitaba la

¹ Claro Solar Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De las Personas. Tomo Tercero. Editorial Jurídica de Chile. 1979.

² R.D.J. Segunda Parte – Sección Segunda, pág. 79.

³ Ver Boletín n. 1060 – 07 de 20 – XI – 1996. Pág. 153.

facultad de oponerse al cónyuge divorciado o separado de hecho.

Sin embargo, durante la discusión general del proyecto, los senadores, señora Frei y señores Hamilton, Núñez, Ominami y Sule, formularon una indicación para reemplazarlo por el siguiente:

“Art. 221.- La persona casada a quien corresponda el cuidado personal de un hijo que no ha nacido de ese matrimonio, sólo podrá tenerlo en el hogar común, con el consentimiento de su mujer o marido”.

La razón esgrimida para realizar este cambio fue pobrísima: *“Plantearon los HH. Senadores señores Hamilton y Sule que con la propuesta se da idéntico tratamiento a todos los hijos que no han nacido de los mismos padres, incluyendo a quienes sean matrimoniales, pero de un matrimonio anterior de uno de los cónyuges, en cuyo caso estimaron que también debería contarse con autorización del otro para tenerlo en el hogar común”*⁴.

La indicación fue aprobada por unanimidad, con los votos de los Senadores señores Fernández, Hamilton, Larraín, Otero y Sule⁵.

Un nuevo informe complementario de la Comisión, de 22 de julio de 1998, contempló este artículo bajo el número 228 y propuso reemplazar las palabras *“mujer o marido”* por *“cónyuge”*, lo que también se aprobó, adquiriendo, entonces, su redacción definitiva con la que se convirtió en ley:

“Artículo 228: La persona casada a quien corresponda el cuidado personal de un hijo que no ha nacido de ese matrimonio, sólo podrá tenerlo en el hogar común, con el consentimiento de su cónyuge”.

⁴ Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Boletín n. 1060 – 07 de 4 de noviembre de 1997.

⁵ Esta indicación llevó el número 126. Otra indicación con el número 127 del senador Prat, consultaba para este mismo artículo, un inciso segundo que permitía con el consentimiento del cónyuge, darle al hijo no matrimonial del otro, los mismos derechos que a los hijos matrimoniales de ambos. La comisión la rechazó por unanimidad porque juzgó que la norma era confusa e innecesaria toda vez que es posible beneficiar al hijo no matrimonial del cónyuge, con una asignación testamentaria, hecha con cargo a la cuarta de libre disposición.

- III. Antes de emprender el análisis de la disposición transcrita, tal vez resulte interesante incursionar en el Derecho Comparado que no ha obviado el problema. Puede afirmarse que la ley asume que las relaciones entre padrastro, madrastra y entenado suelen ser difíciles. En caso de un hijo no matrimonial, ha sido una constante en las legislaciones solicitar la autorización del cónyuge del padre o madre que lo reconoce, para incorporarlo al seno de la familia, con objeto de evitar que lo mire como un intruso o le de un trato lesivo o humillante. Nada más gráfico que una sentencia mexicana del Estado de Tamaulipas, en la cual leemos: "...tratándose de hijos nacidos fuera del matrimonio, el marido podrá reconocerlos, pero no tendrá derecho a llevarlos a vivir a la habitación conyugal, si no es con el consentimiento expreso de la esposa. Tal prohibición obedece a que en la mayoría de los casos, la madrastra, lejos de proporcionar a los hijos de su cónyuge habidos de una ilegal unión con diversas personas durante su matrimonio, los cuidados y la ternura maternas, les da malos tratos"⁶.

Pasemos revista a algunas normas en especial:⁷

El Código Civil uruguayo colocó la disposición en su artículo 278 y para evitar las dudas interpretativas empleó la siguiente redacción: "La persona casada que antes de su matrimonio o durante éste, ha reconocido un hijo natural habido de otro que su cónyuge, no puede traerlo a su casa, sin el consentimiento de su consorte".

El Código Civil francés, modificado por ley de 3 de enero de 1972 que mejoró la situación de los hijos naturales, en pro de la igualdad con los legítimos, conservó sin embargo, ciertas restricciones para el hijo adulterino. El art. 334 - 7 dispone que "no puede ser criado en el domicilio conyugal sino con el consentimiento del cónyuge de su progenitor". Naturalmente no se exigen causas para el rechazo porque el culpable no tiene autoridad para imponerle a su consorte, la presencia permanente del fruto de su adulterio. Igualmente, para

⁶ Amparo Directo 6671/72. Mercedes González Sánchez, por María Lourdes Rodríguez González (menor) 25 de febrero de 1974. En Código Civil para el Distrito Federal 2002. Editorial SistaMéxico. 2002.

⁷ Las Ediciones de los códigos extranjeros consultados son las siguientes: CC. Uruguay. Séptima edición. Fundación de Cultura universitaria. 1992. CC. Italia. Edizioni Giuridiche Simone 2001. CC. Portugal. Séptima edición. Coimbra editorial 2001. CC. Perú. Ministerio de Justicia. Segunda edición, junio 1994. CC. México. Editorial Sista 2002.

legitimarlo por autoridad de la justicia, modalidad que acepta la ley francesa cuando el matrimonio entre los padres es imposible, el cónyuge del legitimante debe prestar su aprobación aún cuando se encuentren separados de hecho y no hay manera de suplirla, en caso de ausencia o de imposibilidad para prestarla.(arts. 333 – 333 - 6).

El Código italiano en su artículo 252, sustituido por la ley de 19 de mayo de 1975, n. 151 expresa:

“Cuando el hijo natural de uno de los cónyuges haya sido reconocido durante el matrimonio, el juez, apreciadas las circunstancias, decide sobre la tuición del menor y adopta cualquiera otra provisión para la guarda de sus intereses morales y materiales (art. 38 51)”.

“La eventual inserción del hijo natural en la familia legítima de uno de los progenitores puede ser autorizada por el juez cuando esto no sea contrario a los intereses del menor y se haya obtenido el consentimiento del otro cónyuge y de los hijos legítimos que hayan cumplido 16 años de edad y todavía vivan con el progenitor natural que haya efectuado el reconocimiento. En este caso, el juez establece las condiciones que el progenitor a quien se le entrega la guarda del hijo debe observar y a cuales deberá atenerse el otro progenitor”.

“Cuando el hijo natural haya sido reconocido con anterioridad al matrimonio, la inserción en la familia legítima está subordinada al consentimiento del otro cónyuge, a menos que el hijo ya se encontrara viviendo con el progenitor al momento del matrimonio o que el otro cónyuge conociese la existencia del hijo natural”.

“Además se requiere el consentimiento del otro progenitor natural que haya efectuado el reconocimiento”.

El Código Civil de Portugal en su artículo 1883 introducido por Decreto Ley Nº 496 de 25 de noviembre de 1977 señala:

“El padre o madre no puede introducir en la casa conyugal el hijo concebido durante el matrimonio que no sea hijo de su cónyuge sin consentimiento de éste”.

6. El Código Civil peruano de 1984 dispuso en su art. 465: “El juez puede autorizar a los hijos, por causas graves, para que

vivan separados del padre o de la madre que hubiese contraído matrimonio, poniéndolos bajo el cuidado de otra persona”.

“El juez fija las atribuciones que ésta debe ejercer”.

En el Código Civil para el Distrito Federal de México, el art. 372 manifiesta: “El cónyuge podrá reconocer al hijo habido antes de su matrimonio sin el consentimiento del otro cónyuge; pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal si no es con la anuencia expresa de éste”.

Hay que agregar que en México, este artículo tiene una importancia adicional relacionada con la obligación de proporcionar alimentos. En efecto, el artículo 309 dispone: “El obligado a proporcionar alimentos cumple su obligación, asignando una pensión al acreedor alimentista o integrándolo a la familia. En caso de conflicto para la integración, corresponde al Juez Familiar fijar la manera de suministrar los alimentos, según las circunstancias. (G.O.D.F. 25 - mayo 00)”. A continuación, el artículo 310 complementa esta norma al decir que “El deudor alimentista no podrá pedir que se incorpore a su familia el que deba recibir alimentos (...) cuando haya inconveniente legal para hacer esa incorporación (G.O.D.F. 25 - Mayo 00)”. Pues bien, uno de esos inconvenientes legales surge precisamente de la oposición del cónyuge en el caso del artículo n. 372.

De la lectura de las normas transcritas se desprende un conjunto de ideas que es necesario tomar en cuenta:

1. El conflicto lo produce la introducción en la familia legalmente constituida, de un hijo nacido de una relación no matrimonial de uno de los cónyuges, que puede haber sido concebido antes del matrimonio o durante el matrimonio de su progenitor, en cuyo caso es fruto de un adulterio. Ninguna de las legislaciones consultadas, ha osado otorgar al cónyuge del progenitor derecho a oponerse para que éste último tenga en su casa un hijo nacido de un matrimonio anterior. Más aún, los códigos de Francia y de Portugal tampoco le permiten hacerlo en el caso de un hijo simplemente natural y solamente requieren su autorización para llevar al hogar un hijo adulterino.
2. Se trata de un hijo cuya existencia no se conocía o que al momento en que el progenitor contrae matrimonio no vivía

con él en la misma casa, por lo que los códigos requieren el consentimiento del cónyuge al tiempo de "introducirlo", "incorporarlo" "llevarlo" o "traerlo" al hogar conyugal.

3. Al menos en el caso de Italia, a pesar de contar con las autorizaciones del cónyuge y de los hijos matrimoniales cuando corresponda, al juez corresponde decidir si procede la inserción en la casa paterna o materna si lo estima conveniente para el menor y a él también corresponde determinar las condiciones bajo las cuales se entrega la guarda.
4. Es posible que la convivencia se haga intolerable entre el cónyuge del padre o madre y el hijo proveniente de una relación anterior o incluso de un matrimonio anterior, pero en ese caso, dentro del ordenamiento peruano es al hijo a quien corresponde el ejercicio de la acción y el juez decidirá si las circunstancias son lo suficientemente graves como para sacar al menor de la casa paterna o materna, y en cualquier evento las medidas se tomarán en interés del hijo.

IV. La normativa extranjera exhibe criterios bastante razonables en esta materia, cosa que no se puede decir de la nuestra, porque si el antiguo artículo 278 no era perfecto, el actual 228 empeoró las cosas, revelando en el legislador una dureza insospechada y un precipitado entusiasmo en uniformar la normativa para todos los hijos, cualquiera sea su filiación, sin detenerse a estudiar las distintas circunstancias, que ameritan soluciones diferentes para un asunto tan importante como es decidir su cuidado personal, determinación que puede dejar huellas imborrables en la psiquis de un niño. No hay indicios de que se pretendiera evitar al menor posibles malos tratos, resguardo que, por otra parte, se contempla en el artículo 225, inciso 3: *"En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres..."*.

Del examen detallado de esta disposición surgen las siguientes reflexiones:

1. Como el legislador no distinguió, el hijo puede haber nacido de un matrimonio anterior, o de una relación no matrimonial previa al actual matrimonio del progenitor, o coetánea, caso en el cual el hijo habrá nacido de un adulterio.

2. Se sacrificó el interés superior del niño, principio en el que nuestra legislación se jacta de inspirarse, para privilegiar a un adulto extraño que no tiene vínculos de sangre con el menor. En efecto, el artículo está concebido en defensa del cónyuge del progenitor, a quien le dio un derecho absoluto, caso rarísimo en nuestro ordenamiento, puesto que los derechos absolutos son aquellos que pueden ejercerse sin dar razón, arbitrariamente, sin expresar causa alguna. En el Derecho Comparado esto no sucede porque los fundamentos de la negativa son obvios: la ofensa que significa el adulterio del otro cónyuge o la sorpresa de descubrir la existencia de hijos de su mujer o marido anteriores al matrimonio, lo que también puede estimarse lesivo, ya que hubo un engaño que le impidió tomar esta circunstancia en cuenta al decidir casarse. De haberlo sabido, tal vez no habría contraído matrimonio. Por eso, este rechazo no puede afectar al hijo nacido de un matrimonio anterior porque no es de suponer que se haya ocultado su existencia y porque su presencia no constituye agravio para el cónyuge de su padre o madre. Tampoco puede perjudicar al hijo no nacido de matrimonio que ya vivía con su progenitor o cuya existencia no se ignoraba. Cualquiera que se case con quien es padre o madre debe considerar la posibilidad de vivir bajo el mismo techo con los hijos de su cónyuge, aunque su cuidado actual lo detente el otro progenitor, porque las circunstancias familiares pueden cambiar en el momento más inesperado, por muerte, incapacidades sobrevinientes, etc. Así como en los asuntos de alimentos la cosa juzgada es sólo formal, así también en los juicios de tuición, el cuidado del hijo no siempre quedará definitivamente zanjado, aunque exista resolución judicial, ya que ésta puede ser alterada, variando las circunstancias que motivaron su dictación.
3. La legislación comparada, emplea términos como "incorporar", "introducir", "llevar", "traer" al hijo al hogar común, lo que nos indica que el derecho del cónyuge se ejercita al momento de decidirse la tuición del niño. Nuestro Código, habla de que el progenitor "a quien corresponda el cuidado personal de un hijo sólo podrá tenerlo en el hogar común, con el consentimiento del cónyuge", lo que tiene un sentido muy distinto. Entendemos que el cónyuge del padre o madre podrá oponer su veto para que se le conceda a éste o ésta el

cuidado personal del hijo, cuando el asunto se está discutiendo, porque es lo que nos dice la lógica, pero el texto mismo del artículo al referirse a quien "corresponde" el cuidado del hijo está señalando que la decisión ya se tomó y las acepciones del verbo "tener" contempladas en el Diccionario de la Real Academia Española, tales como mantener, sostener, poseer, disfrutar, refuerzan la interpretación de que el hijo está instalado en el hogar de su progenitor y a su cuidado. De esta manera, la ley da al cónyuge la facultad de hacer cesar una situación que ha tenido una cierta permanencia en el tiempo, pudiendo ejercerla al momento de contraer matrimonio o más tarde si se desdice de una autorización que había prestado al menos en forma tácita, puesto que el artículo no le impone hacerlo en un momento preciso. La oposición que afecta a un niño que ya vivía en la casa, tiene por efecto hacerlo "salir" de ella, con un posible resultado traumático para el afectado. Una facultad tan amplia aparece como una medida peligrosa, por el riesgo de convertirse en un arma permanente de manipulación al otro cónyuge: "Si quieres conservar tu hijo a tu lado, haz esto o lo otro". Si aparentemente aceptó la situación y después de casado cambia de opinión, cabe la posibilidad de que actúe de mala fe, lo que contraría un principio general de nuestra legislación en virtud del cual nadie puede aprovecharse de su propio dolo.

Por triste paradoja, el más vulnerable de todos los hijos será el que provenga de filiación matrimonial y cuyo progenitor viudo contrae nuevas nupcias, porque ese menor corre el riesgo de ser separado del padre o madre con quien siempre ha vivido y expulsado del hogar que siempre fue suyo. No tiene la posibilidad de ser confiado al otro progenitor porque es huérfano, de tal manera que su cuidado quedará en manos extrañas. Para colmo, si los padres estuvieron casados en sociedad conyugal, no es imposible que ese niño, como heredero de los gananciales del padre o madre difunto sea titular de derechos de dominio en el inmueble en que está constituido el hogar del cual se le pretende expulsar.

4. Lo expuesto en los acápite anteriores conduce a establecer que el artículo 228 CC. contraviene abiertamente lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Chile, el 13 de agosto

de 1990 y publicada en el Diario Oficial de 27 de septiembre de 1990, en su artículo 9 número 1 que dice lo siguiente:

“1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

Admitamos que nuestra ley entregando la decisión al arbitrio del cónyuge, se encuentra en las antípodas de lo que pretende la Convención.

5. El artículo no aclara cuales serán las consecuencias para el progenitor que acata la decisión del cónyuge, respecto del ejercicio de los derechos propios de la autoridad parental y de la patria potestad que se encontraba ejerciendo.

¿Quien decide con quien va a vivir el hijo de ahora en adelante? ¿Qué intervención le cabe al otro progenitor si lo tiene?

¿Qué sucede si ambos progenitores están casados con terceras personas que hacen ambas uso del derecho que le da la ley?.

Para responder a estas dudas hay que analizar como se ejercerá en la práctica este derecho y para esto es preciso distinguir si el hijo vive o no con el progenitor que ha contraído matrimonio.

Si el hijo no vive con el padre o madre que reclama su cuidado personal, antes de tomar una decisión favorable, el juez debe consultar al cónyuge para que manifieste si está o no dispuesto a aceptar al menor en el hogar conyugal.

Si el hijo ya vive con el padre o madre que contrajo matrimonio, o nuevo matrimonio pueden configurarse distintas situaciones.

- a) En caso que el cuidado personal del niño nunca haya sido objeto de juicio de tuición, el asunto puede ser resuelto en forma privada y no será sometido a la decisión del juez.

Retomemos el ejemplo del progenitor quien, después de enviudar continuó normalmente con el ejercicio de la autoridad paterna y la patria potestad sobre el hijo. El nuevo cónyuge ejerce su derecho de rechazar al hijo de su marido o mujer y éste o ésta acepta el rechazo y coloca al niño en casa de *terceras personas*. Aquí juegan dos artículos, el 240 del CC. y el 47 de la ley de Menores. En principio, esta actitud no constituirá abandono, y si más tarde *quisiere sacarle del poder de ellas*, sólo a petición de estas últimas, el juez tomará conocimiento para decidir si subordina o no la entrega del menor al pago de todos los costos de crianza y educación que hayan invertido los terceros, apreciados judicialmente, pero si estos gastos fueron solventados responsablemente, no habrá lugar a ningún reclamo.

- b) Se requerirá intervención judicial cuando el progenitor tenga a su cargo el menor desde antes de contraer matrimonio, porque así lo dispuso en su momento una resolución judicial. En ese caso, si su cónyuge le impone la exclusión del hijo, deberá recurrir al juez de menores, asumiendo un papel poco airoso, porque tendrá que renunciar a su derecho y solicitar al magistrado que estudie nuevamente el asunto y determine a quien entregará al menor. Si correspondiera su cuidado al otro de los padres y éste no estuviera en ejercicio de la patria potestad, tendría derecho a reclamarla, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 245 CC. Hay que tener presente que el magistrado podrá verse en la necesidad de confiar el niño a terceras personas si ambos padres están casados y ninguno de los cónyuges respectivos lo acepta.

Una situación distinta la protagonizará el padre o madre que se resista a aceptar la decisión de su cónyuge de excluir al hijo del hogar común, o que lo inserta en él, a pesar del rechazo de que es objeto. ¿Puede el cónyuge, en virtud de lo dispuesto en el artículo 228 del Código Civil, recurrir al juez de menores?

El art. 31 de la ley 16.618 dice que el juez podrá ejercer las facultades que le otorga esa ley, entre las que está determinar a quien corresponde la tuición de los menores, a petición, de "...cualquiera persona y aun de oficio". Por lo tanto, no hay duda de que procede y el asunto será contencioso, puesto que hay oposición, por lo que se aplicará el procedimiento sumario, pero ¿qué prueba se va a rendir si el cónyuge no tiene que expresar causas para su negativa sino que le basta con declararla? Es cierto que el art. 36 de la Ley de Menores dispone que el juez: "deberá oír siempre al menor púber y al impúber, cuando lo estimare conveniente. Además de los informes que solicite a los asistentes sociales, podrá requerir informes médicos, psicológicos u otros que estimare necesarios", pero todo ello será inútil porque la opinión del hijo en cuanto a su deseo de permanecer al lado del padre o madre no contará, aún cuando un informe médico o psicológico concuerde con esa aspiración. Puesto que el juez no tiene que sopesar si hay o no razones de inhabilidad que justifiquen que el padre o madre sea relevado del cuidado del menor, el progenitor no tiene posibilidades de ganar el juicio. Al juez sólo le cabe confiar el menor al otro de los padres o entregar su tuición a una tercera persona. En el mismo juicio o en juicio aparte, podrá también discutirse a quien corresponderá la patria potestad de ahora en adelante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 245 CC.

Concluyendo, esta norma es de una amplitud y rigor excesivos. Solamente se justifica en el caso de un hijo nacido de un adulterio y, en el caso del hijo no matrimonial cuya existencia se desconocía al momento de contraer matrimonio. En los demás, es abusiva, pudiendo incluso considerarse una especie

de maltrato psicológico al menor, víctima de un rechazo sin razones. Es una disposición que vulnera los principios que inspiran al Derecho de Familia, por lo que se hace necesario restringir su ámbito de aplicación y además precisar las condiciones de su ejercicio, de tal manera que se entienda que si bien se requerirá la autorización del cónyuge para que un niño se incorpore al hogar conyugal, nunca tendrá autoridad para sacar a un niño de su casa.

Esto no significa negar la posibilidad de que se produzcan situaciones graves dentro de la familia que hagan insoportable la convivencia, ya sea porque el cónyuge del padre o madre dispensa malos tratos al menor o porque éste presenta problemas de conducta o alguna patología etc. Pero si se hace necesario sacar a un niño del hogar de su progenitor, será por decisión del juez y sólo en el caso que esta medida vaya en su beneficio porque siempre deberá primar el interés del menor.