

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

E.N.E.P. ACATLAN

TESIS PROFESIONAL

EL DERECHO FAMILIAR, UN NUEVO GENERO DENTRO  
DEL CAMPO JURIDICO.

---

M-0036616

H. ASESOR. LIC. ROSA IRENE SANCHEZ VILCHIS

ALUMNA: GARCIA GUTIERREZ VOLANDA

---

1982.



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

## DEDICATORIA .

CON TODO CARINO, CON ADMIRACION Y RESPETO DEDICO ESTE TRABAJO  
A MI FAMILIA QUE CON SU AYUDA Y CONFIANZA HICIERON POSIBLE  
LA REALIZACION Y TERMINACION DE ESTA CARRERA.

MI AGRADECIMIENTO A LA FAMILIA ACOSTA ABARCA, QUE EN TODO MOMENTO  
ME APOYARON Y CONFIARON PLENAMENTE EN MI; ESPECIALMENTE A TI ,  
QUE HAS ESTADO CONMIGO SIEMPRE, AVUDANDOME A RESOLVER  
LOS PROBLEMAS QUE SE ME HAN PRESENTADO.

CON AFECTO A LOS CATEDRATICOS DE LA E.N.E.P. "ACATLAN",  
ESPECIALMENTE A MI ASESOR DE TESIS LIC. ROSA IRENE SANCHEZ VILCHIS  
QUE ME GUIARON Y ORIENTARON PARA EL LOGRO DE MI OBJETIVO:  
SER LICENCIADA EN DERECHO.

A LOS QUE SUFREN Y LUCHAN DIA A DIA PARA PODER VIVIR,  
A LOS QUE AFRONTAN SUS PROBLEMAS Y LE DAN LA CARA A LA VIDA,  
A LOS QUE TIENEN UN PROPOSITO, UN IDEAL,  
UN ANHELO Y LO BUSCAN AFANOSAMENTE SIN CLAUDICAR.

I N D I C E.  
I N T R O D U C C I O N.  
E L D E R E C H O F A M I L I A R . U N N U E V O G E N E R O D E N T R O D E L C A M P O J U R I D I C O .  
C A P I T U L O I .  
A N T E C E D E N T E S D E L A F A M I L I A .

Págs.

A) .- EL ORIGEN DEL HOMBRE.....	8
B) .- EL ESTADO SALVAJE Y PROMISCUIDAD.....	10
C) .- LA FAMILIA CONSANGUINEA.....	14
D) .- LA FAMILIA PUNALUA.....	16
E) .- LA FAMILIA SINDIASMICA.....	18
F) .- LA FAMILIA MONOGAMICA.....	20
G) .- LA GENS IROQUESA.....	21
H) .- LA GENS GRIEGA.....	29
I) .- LA FAMILIA NOMADA.....	33
J) .- LA FAMILIA CELTA Y GERMANA.....	34
LA FAMILIA EN LOS PUEBLOS ORIENTALES.....	38

C A P I T U L O I I .  
E L E S T A D O Y L A F A M I L I A .

A) .- LA FORMACION DEL ESTADO Y LA FAMILIA.....	46
B) .- LA EVOLUCION DEL ESTADO.....	48
C) .- LA FAMILIA COMO BASE DEL ESTADO.....	52
D) .- LA INTERVENCION ESTATAL EN LAS RELACIONES FAMILIARES.....	53

C A P I T U L O I I I .  
D I F E R E N C I A S Y S I M I L I T U D E S E N T R E E L D E R E C H O D E F A M I L I A ,  
D E R E C H O P R I V A D O , D E R E C H O P U B L I C O Y D E R E C H O S O C I A L .

CONSIDERACIONES GENERALES.....	57
A) .- TEORIA DE ANTONIO CICU.....	59
B) .- TEORIA DE ROBERTO DE RUGGIERO.....	80
C) .- TEORIA DE GUILLERMO CABANELLAS.....	84
D) .- TEORIA DE JOSE BARROSO.....	105
E) .- TEORIA DE JULIAN GUITRON FUENTEVILLA.....	109

F).- OPINION PERSONAL .....	111
-----------------------------	-----

C A P I T U L O IV.

LA FAMILIA EN NUESTRA LEGISLACION.

A).- CONSIDERACIONES PREVIAS DE LA FAMILIA MEXICANA .....	114
a).- LA FAMILIA EN EL MEXICO ANTIGUO .....	114
b).- LA FAMILIA EN LA EPOCA COLONIAL MEXICANA .....	115
c).- LA FAMILIA INDIGENA ACTUAL .....	116
B).- EVOLUCION JURIDICA EN MATERIA FAMILIAR .....	121
1.- LA FAMILIA EN EL CODIGO NAPOLEONICO .....	121
2.- CODIGO CIVIL DE OAXACA DE 1827 .....	124
3.- CONSTITUCION DE 1857 .....	125
4.- LEYES DE REFORMA DE 1859 .....	125
5.- PROYECTO DE CODIGO CIVIL MEXICANO DEL DR. JUSTO SIERRA .....	129
6.- CODIGO CIVIL DE 1870, PARA EL DISTRITO Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA .....	129
7.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1884 .....	135
8.- LEY DEL DIVORCIO VINCULAR DE 1914 .....	138
9.- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 9 DE ABRIL DE 1917 .....	144
10.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1928, HOY CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1928 .....	167
LA NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO .....	200
a).- EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION .....	201
b).- EL MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO CONDICION .....	204
c).- EL MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO MIXTO .....	205
d).- EL MATRIMONIO COMO CONTRATO ORDINARIO .....	205
e).- EL MATRIMONIO COMO CONTRATO DE ADHESION .....	213
f).- EL MATRIMONIO COMO ESTADO JURIDICO .....	214
DEFINICION DEL MATRIMONIO SEGUN NUESTRO PUNTO DE VISTA .....	219
CONCLUSIONES GENERALES DEL PRESENTE ESTUDIO .....	221
BIBLIOGRAFIA .....	258

LEGISLACION CONSULTADA.

## INTRODUCCION

En el desarrollo histórico de nuestro país y tradicionalmente, se ha estudiado a los ordenamientos jurídicos, es decir, al Derecho, desde el punto de vista del antiguo Derecho Romano, dividiéndolo en Derecho Público y Derecho Privado. Incluyendo en uno u otro las distintas disciplinas jurídicas. Afortunadamente esta concepción está siendo superada por los estudiosos del Derecho, pues no es posible conservar una clasificación jurídica cuando ésta no obedece ya a la realidad. Por lo que encontramos que ya se habla de un Derecho Social distinto a los antes mencionados. Por nuestra parte, al igual que muchos autores y estudiosos del Derecho, pretendemos demostrar la existencia de un nuevo género dentro del campo jurídico, denominado Derecho Familiar.

Estamos conscientes de lo que esta aseveración implica, por lo que no evadimos la responsabilidad de sostener públicamente la autonomía del mismo, la que debe ser reconocida por nuestro Derecho. Por lo que realizar un estudio sobre el Derecho Familiar, considerándolo como un nuevo género dentro del campo jurídico distinto a los citados, no es tarea nada fácil.

Sin embargo, es mayor nuestra preocupación porque se reglamente debidamente, y en forma independiente, al grupo más importante de la sociedad: la familia. Pues ésta constituye un interés superior que debe ser reconocido y tutelado debidamente por el Estado a través del Derecho Familiar.

Cuando se intenta un cambio en las estructuras tradicionales siempre existe una reacción, algunas veces justificada y otras no, por temor o ignorancia a que nuevas rutas del conocimiento sean abiertas a las mayorías.

Por tanto, concretamente afirmamos que el Derecho Familiar es un nuevo género dentro del campo jurídico y por lo que goza de autonomía e independencia respecto a las demás ciencias del Derecho, como del Derecho Privado y específicamente del Derecho Civil.

Para probar nuestra tesis, hemos dividido nuestra investigación en

cuatro capítulos, en el primero de los cuales pretendemos estudiar el origen y evolución de la familia, basándonos en la teoría de Lewis H. Morgan, por considerarla la más científica y acertada respecto a la familia, tratamos de plantear la organización de diversos grupos familiares, como son: la familia consanguínea, la punalúa, la sindiásmica, la monogámica, etc. con el fin de determinar dicha evolución en la organización familiar, desde las gens más primitivas hasta llegar al estudio de la familia en nuestros días. Es verdaderamente interesante conocer el desarrollo social del hombre, porque así podemos encuadrarlo en el marco jurídico y darle a la familia la protección legal necesaria, para su mejor desarrollo y proyección integral.

El estudio de la Gens Iroquesa y la Griega, así como la familia nómada, la celta y germana, permite conocer el desarrollo integral de la familia organizada, en tal forma que origina diversas formas de gobierno, según se desprende de los anteriores conceptos.

Otro aspecto bastante interesante, es el relativo a la organización familiar en los pueblos orientales como son: Egipto, Babilonia, Israel, China, etc., pueblos que organizaron a la familia en forma muy semejante los unos respecto de los otros, dándole a la mujer primero gran respeto, con el matriarcado, posteriormente con el advenimiento del patriarcado la mujer vino a ser considerada de menor valía respecto al hombre, y como una máquina que sólo sirve para tener hijos. Esto tenía que cambiar con el devenir histórico.

En el segundo capítulo, nos ocupamos por investigar el origen de la institución llamada Estado y reafirmamos la evolución de la familia, respecto a este proceso formativo y evolutivo de dicha persona moral, partiendo desde las gens más primitivas hasta la formación progresiva del Estado.

Lo anterior nos permite observar si realmente la familia ha constituido o no la base del Estado. Asimismo, nos adentramos en el conocimiento del papel que juega el Estado frente a las relaciones familiares, determinando el por qué dicha intervención estatal en la organización familiar.

En el capítulo tercero, nos ocupamos concretamente de la naturaleza jurídica del Derecho Familiar, para esto, empezamos por hacer las diferencias y similitudes existentes entre el Derecho Público, Derecho Social, Derecho Privado y por supuesto el Derecho Familiar, basándonos en las consideraciones hechas por don Antonio Cicú, Roberto de Ruggiero, Guillermo Cabanellas, José Barroso, Julián Gáltrón y la nuestra, determinando en este capítulo si nuestra tesis tiene o no razón de ser. Todas estas doctrinas fortifican nuestra posición respecto al Derecho Familiar. Se sostiene en ellas el interés superior familiar, que debe ser reconocido por el Estado, ya que no es lo mismo interés general, que interés superior familiar, ya que aun por encima del interés del Estado, se encuentra el interés superior familiar, o en su caso debemos hablar de intereses superiores cuando nos referamos al Estado y a la Familia, pero distintos. Donde, sin embargo sobresale el interés familiar. Asimismo haciendo una comparación de las instituciones de todos estos géneros del Derecho, encontramos la incompatibilidad de ellos entre sí, ciertamente el Derecho Público y el Familiar, tienen semejanzas, pero son distintos en realidad, sobre todo por tutelar todos ellos un objeto jurídicamente distinto unos de otros, así el Derecho Familiar no puede ser considerado dentro del Derecho Privado, ni por consiguiente dentro del Derecho Civil, porque ambos tutelan intereses jurídicos distintos, poseen instituciones diferentes, tribunales distintos, etc.

Y esto es veraz puesto que en el Derecho Civil, y Derecho Privado, se tutela un interés individual, considerando al individuo como un ente por sí, independientemente, en tanto que en el Derecho Familiar se tutela un interés superior familiar, se tutela y protege al núcleo familiar, no concebido como interés particular de los miembros de ésta, sino como unidad en tanto que cada uno de esos miembros es protegido y tutelado en torno al grupo, como miembro de él, es decir como integrante del núcleo Familiar, ciertamente, el Derecho Familiar otorga distintas potestades y, por tanto, derechos y obligaciones concretas a quien debe desempeñarlas o cumplirlas, así, tenemos la relación de los cónyuges entre sí, en tanto son parte del núcleo familiar, el cual surge con el matrimonio, pero no únicamente las relaciones familiares o la familia se crea vía matrimonio, considerado la vía jurídica de formar a la familia, sino que la realidad, nos dice otra cosa y dichas relaciones surgen también extramatrimonialmente, o por ficción de la Ley, como es el caso de la adopción. Así, pues, el padre, el cónyuge, el hijo, el pariente, etc. tiene una función, tutela y lugar dentro del Derecho Familiar, en razón a que cada uno de ellos constituye parte o el todo

del núcleo familiar. Además de que las normas del Derecho Familiar respecto del Civil, son de carácter diverso también, ya que por lo que se refiere al Derecho Familiar dichas normas, son imperativas e inderogables por la voluntad del particular que debe cumplirla, en tanto es considerado como miembro del núcleo, ya que es la Ley exclusivamente y no la voluntad del particular la que regula la relación, claro que la misma deja en el caso del Derecho Familiar, una cierta esfera de libertad para que los sujetos del mismo derecho decidan, pero una libertad jurídica, esto es, les otorga la libertad de hacer lo que jurídicamente deben hacer, entonces esta libertad en la educación y formación de los hijos, de acuerdo con los principios morales, de experiencia, etc. si son positivos para los hijos, el Derecho no se opone, ya que al contrario, así se cumple con el Derecho.

En cambio, en el Derecho Civil, surte efecto la autonomía de la libertad de las partes en la relación jurídica, este principio sería perjudicial en el Derecho Familiar, esto es obvio, en éste tratase de un interés superior, que no puede dejarse al arbitrio particular. Pues se necesita de todo el poder estatal para proteger a núcleo tan importante. Asimismo, en el Derecho Familiar, la potestad marital o conyugal, etc. , surgen aunque el particular no quiera, el vínculo liga, incluso, contra la voluntad del obligado, y cesa aunque haya empeño en hacerlo pervivir, como es verbigracia, la desaparición de cónyuge con el divorcio. Etc.

Además probamos la autonomía de este nuevo género del Derecho, con los principios o criterios: legislativo, científico, didáctico, jurisdiccional, institucional y procesal, que todo género jurídico debe poseer, sino todos, sí los más importantes.

En el último capítulo de nuestra tesis, se analizan las diferentes legislaciones y su repercusión en materia de Derecho Familiar Mexicano.

Tratamos, pues, de establecer la evolución jurídica en materia familiar.

Por lo que el aspecto jurídico es trascendental en nuestra investigación. Ya que el Derecho debe proteger hoy más que nunca al núcleo más importante de la sociedad y del Estado, como lo es la familia.

Así, tenemos a la familia en el México antiguo, organizada en forma similar a como lo estaba en los pueblos orientales antes citados, considerando a la mujer inferior al hombre después de cierta etapa, negándosele el derecho a sucesión; posteriormente aparece la familia en la época colonial, en esta etapa se perturba también a dicha organización, se desintegra la familia con el servicio personal de los indios y los trabajos forzosos lejos del hogar, lo que provoca efectos disolventes para el núcleo familiar, además de que la ley colonial, prescribía que los hijos de indias casadas debían tenerse como hijos de su marido, sin que se admitiera prueba en contrario. Con lo que podemos ver claramente cual era el espíritu de la ley del colonizador español: desinterés completo por la familia mexicana, la cual fue objeto de una explotación brutal por parte de éste.

Así, la familia en tiempos de la antigüedad, la colonia, del imperio y aun en tiempos del Porfiriato, reprodujo en muchos de sus aspectos las relaciones jurídicas de la antigua organización romana. Ya que como veremos, la mujer desde el momento en que contrae matrimonio, se convierte en una hija más: loco filiae: cuya situación de incapacidad, de dependencia y confinamiento acentuaron el Derecho Canónico y las costumbres romanas, al postular su franco sometimiento a la potestad del marido: *in mano viri*.

Asimismo, hacemos un breve estudio sobre el Código Napoleón, antecedente inmediato de nuestro Código Civil de Oaxaca de 1827, y de los siguientes: Código Civil de 1870, 1884, el espíritu de este Código también influyó notablemente en las Constituciones de 1812, llamada de Cádiz, la de 1824, etc. hasta la de 1857. Esto es hasta cierto punto lógico, ya que en el siglo XVIII y XIX, las doctrinas individualistas y liberales eran las únicas pautas a seguir, hasta que ideas independentistas surgieron y con ellas una nueva luz social en las instituciones jurídicas. Esto es, se preocupó por proteger a las clases débiles de la sociedad, realmente se intentó y se dió derechos a los desheredados, al campesino, al trabajador que era explotado sin misericordia por extranjeros en su propio país.

En fin, no fué sino hasta las Leyes de Reforma de 1859 y 1860, cuando se introducen a nuestro país verdaderas reformas en lo social, político, económico y sobre todo en lo religioso. Ya que esto último permitió las reformas primeramente enunciadas, puesto que la Iglesia tenía igual o mayor poder y control que el propio Estado, no es, pues, sino con Don Benito Juárez cuando

a la Iglesia se le separa del Estado, se le quita el inmenso poder económico, político y social que la misma ejercía y mal, en nuestro México.

Uno de los resultados de este movimiento reformista, fue el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de la Baja California de 1870, en éste encontramos en forma más sistemática conceptos propios del Derecho Familiar, ciertamente este Código fue una copia del Código de Napoleón de 1804. Posteriormente vendría el Código Civil de 1884, el cual, siguiendo la tradición copió el Código anterior de 1870, y sólo introdujo la libre testamentificación.

No es sino hasta la Ley Sobre Relaciones Familiares de 9 de Abril de 1917, dada por don Venustiano Carranza, en Veracruz, en que realmente se tutela a la familia mexicana, pero sobre todo se le protege con una Ley independiente del Derecho Civil de 1884, que estaba en vigor en aquel entonces en el Distrito Federal, derogándose todo lo relativo a aspectos de índole familiar. Por todo esto y porque realmente esta Ley sí mostró su profunda preocupación por el núcleo familiar, nos ocupamos más ampliamente de ella, pues además, representa un fundamento bastante fuerte para nuestra tesis, pues, como hemos aseverado, ha sido la Ley que ha legislado al Derecho Familiar en forma autónoma en nuestro país. Observando además que la misma Ley casi la copió el Legislador del Código Civil Para el Distrito y Territorios Federales de 1928, hoy Código Civil para el Distrito Federal, y a las pruebas nos remitimos. Además de que anteriormente, en 1914, don Venustiano Carranza dicta en México, - desde el Estado de Veracruz, la Ley del Divorcio Vincular, es con esta Ley con la que se establece la disolución del matrimonio, pero ya no sólo respecto a la separación de cuerpos, sino al vínculo matrimonial, dejando a los cónyuges en aptitud de contraer uno nuevo. Ya que como se sabe antes sólo se permitía el llamado divorcio canónico, es decir la separación de cuerpos, pero con ésta no se rompía el vínculo matrimonial, sino solamente se separaba a los "cuerpos" de los cónyuges. Con el divorcio vincular, se permite pues el divorcio que conocemos en nuestro Derecho vigente, es decir la ruptura del vínculo matrimonial, dejando a los consortes en aptitud de uno nuevo. Este tipo de divorcio, representa indiscutiblemente un mal para la organización familiar, pero llegamos a la conclusión que es preferible en ciertas circunstancias, y resulta más provechoso, sobre todo para los hijos, ya que es preferible esa separación conyugal, a que los mismos cónyuges con sus aptitudes y actos, conflictivos, traumen a los que nada de culpa tienen de sus errores: los hijos. Por ello lo consideramos el

último recurso posible en una relación conyugal que ya no puede pervivir, representando de esta forma, un "remedio" menos maligno que o anteriormente citado. Pero al divorcio, debe tratársele jurídicamente como divorcio-remedio y no como divorcio-sanción.

Así pues, posteriormente a esta Ley del Divorcio Vincular de 1914, surge la Ley Sobre Relaciones Familiares, con ella el legislador de 1928, pudo y debió dar el siguiente gran paso en la organización familiar, en forma autónoma respecto al Derecho Civil. Sin embargo el legislador calló. Cuando debió modificar en ciertos aspectos la Ley Sobre Relaciones Familiares y dictar el Primer Código de Derecho Familiar para el Distrito Federal. Para que asimismo se dictare uno para cada Entidad Federativa, la que legisle el mismo de acuerdo con la realidad de cada una de las mismas, para que realmente sea próspera dicha legislación, obedeciendo al clima, costumbres locales, etc.

Estamos convencidos de que el Derecho Familiar ya no puede racionalmente seguir formando parte del Derecho Privado y concretamente del Derecho Civil.

En fin, nuestra preocupación es el grave problema social por el cual pasa en la actualidad nuestra institución social y estatal más alta: la familia, nos preocupamos por una verdadera protección integral familiar, la que constituye un interés superior familiar, que debe ser reconocido por el Derecho, debemos solucionar juntos la grave desarticulación familiar por la que atravesamos, propugnamos la independencia del Derecho Familiar, respecto del Derecho Civil, porque además de todo lo asentado, consideramos que así se dará una mejor legislación para la familia. Nosotros somos pasajeros, pero tenemos la gran responsabilidad de otorgar a nuestras generaciones futuras un México mejor. Por lo que nuestra inquietud es sana, queremos y luchamos por una familia más fuerte y vigorosa, sólida, y esto sólo el Derecho lo puede hacer.

## EL DERECHO FAMILIAR. UN NUEVO GENERO DENTRO DEL CAMPO JURIDICO.

### C A P I T U L O I

#### "ANTECEDENTES DE LA FAMILIA"

##### A).- EL ORIGEN DEL HOMBRE.

Es sumamente difícil determinar cuándo apareció exactamente el hombre, sin embargo, con las investigaciones científicas realizadas por los antropólogos, biólogos, sociólogos, etnógrafos, etc. Podemos aseverar que la aparición del hombre sobre la faz de la tierra data de aproximadamente 2 millones de años (1). El profesor de Antropología de la Universidad de Pennsylvania Alan Mann, establece que: "Los primeros hombres auténticos. Estos aparecen en el árbol genealógico hace 1.3 millones de años, habiendo evolucionado en los trópicos... El primer hombre, llamado Homo erectus, comparte con el moderno una gran cantidad de rasgos anatómicos y culturales, incluido el andar erguido, el uso del fuego, las herramientas especializadas y, probablemente, unas relaciones sociales complejas. El éxito de su estilo de vida condujo al Homo erectus a poblar una gran parte del mundo antiguo, y los mecanismos biológicos y los del comportamiento del hombre actual evolucionaron precisamente durante esta fase de nuestra historia... el examen de nuestro propio pasado nos ofrece perspectivas sobre el presente. A medida que exploramos los caminos seguidos por nuestros antepasados en el transcurso de su larga evolución, empezamos a comprender las complejas relaciones que unen el hombre biológico y el hombre cultural" (2).

No nos interesa tanto determinar exactamente cuándo apareció el hombre para efectos del presente estudio, lo que más nos preocupa es tener una visión general acerca de la evolución del hombre. Ya que esto nos permitirá determinar las diferentes formas de organización del mismo. Lo que nos conducirá necesariamente a observar los distintos estados de la familia en sus orígenes. Siendo éste el objetivo específico del presente capítulo.

(1).- "La vida antes del Hombre". Orígenes del Hombre. Editado por Time-Life International de México, S. A. de C. V. Méx. 1981. pp. 150, 151.

(2).- "El primer Hombre". Orígenes del Hombre. Por el equipo editorial de Time-Life. Edit. Time-Life International de Méx., S. A. de C. V. Méx. 1981. pág. 7

Consideramos que el etnógrafo norteamericano, Henry Lewis Morgan, es quien primeramente con conocimiento de causa, esto es, con conocimiento científico, trató de introducir la evolución precisa en la prehistoria de la humanidad, y consiguientemente trató de explicar el origen de la familia, es por ello que haremos una breve referencia a la clasificación realizada por este etnógrafo. Además de que consideramos que su teoría acerca de la evolución del hombre no ha sido superada.

Así, la clasificación que Henry Lewis Morgan hace, es la siguiente:

- |                        |               |   |
|------------------------|---------------|---|
| I.- SALVAJISMO.        | 1.- Inferior. | Infancia del género humano.   |
|                        | 2.- Medio.    | Alimentación a base de pescado, aparece el fuego.   |
|                        | 3.- Superior. | Inventan el arco y la flecha. Surge como consecuencia de la caza regular.   |
| II.- BARBARIE.         | 1.- Inferior. | Introducción de la alfarería. Domesticación y cría de animales. Cultivo de las plantas.   |
|                        | 2.- Medio.    | Domesticación de animales para suministrar leche y carne.   |
|                        | 3.- Superior. | Fundición del mineral de hierro, agricultura en gran escala, y pasa al estado de la civilización con el invento de la escritura alfabética. |
| III.- CIVILIZACION(3). |               |   |

De la clasificación anterior, Henry Lewis Morgan sólo se ocupa, naturalmente, de las dos primeras y del paso a la tercera. Subdivide cada una de estas dos épocas en los estadios inferior, medio y superior, según los progresos obtenidos en la producción de los medios de existencia, según Federico Engels, ya que Morgan establece que: "La habilidad en esa producción desempeña un papel decisivo en el grado de superioridad y de dominio del hombre sobre la naturaleza: el hombre es, entre todos los seres, el único que ha logrado un dominio casi absoluto

(3).- Engels, Federico. "El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado". El papel del trabajo en la transformación del mono en hombre". En relación con las investigaciones de Henry Lewis Morgan. Ediciones de Cultura Popular, S. A. Novena reimpression, México, 1977. pp. 22 y siguientes.

luto de la producción de alimentos. Todas las grandes épocas del progreso de la humanidad coinciden, de manera más o menos directa, con las épocas en que se extienden las fuentes de existencia"<sup>(4)</sup>. "El desarrollo de la familia se opera paralelamente, pero sin ofrecer indicios tan acusados para la delimitación de los períodos"<sup>(5)</sup>.

### B).- ESTADO SALVAJE Y PROMISCUIDAD.

Esté se subdivide en tres estadios a saber:

1.- ESTADIO INFERIOR: Representa la infancia del género humano. Los hombres permanecen aun en los bosques tropicales o subtropicales y vivían, por lo menos parcialmente, en los árboles; ésta es la única explicación de que pudieran continuar existiendo entre grandes fieras salvajes.

Su alimento estaba constituido por frutos, nueces y raíces de los árboles; el principal progreso de esta época es la formación del lenguaje articulado. Y aunque este período duró, probablemente, muchos milenios, no podemos demostrar su existencia basándonos en testimonios directos; pero si admitimos que el hombre procede del reino animal, debemos aceptar, necesariamente, ese estado transitorio.

2.- ESTADIO MEDIO. Comienza con el empleo del pescado como alimento y con el uso del fuego. Ambos fenómenos van juntos, porque el pescado sólo puede ser empleado plenamente como alimento gracias al fuego. Con este nuevo elemento los hombres se hicieron independientes del clima y de los lugares; siguiendo el curso de los ríos y las costas de los mares pudieron, aún en estado salvaje, extenderse sobre la mayor parte de la tierra. Se utilizan aquí los toscos instrumentos de piedra sin pulimentar de la primitiva Edad de Piedra, conocidos con el nombre de paleolíticos. Encontrándose estos instrumentos en todos los continentes, siendo una prueba de esas emigraciones humanas.

(4).- Engels, Federico. Ob. Cit. pág. 22

(5).- Loc. Cit.

La población de nuevos lugares y el incansable y activo afán de nuevos descubrimientos, vinculado a la posesión del fuego, que se lograba por frotamiento, condujeron al empleo de nuevos alimentos, como las raíces, y también la caza, que, con la invención de las primeras armas -- la maza y la lanza--, llegó a ser un alimento suplementario ocasional. Jamás hubo pueblos exclusivamente cazadores, porque sus frutos son harto problemáticos. Por efecto de la constante incertidumbre respecto de las fuentes de alimentación, parece ser que la antropofagia nace en este estadio para subsistir durante largo tiempo.

3.- ESTADIO SUPERIOR: Comienza con la invención del arco y la flecha, gracias a los cuales llega la caza a ser un alimento regular, y el cazar, una de las ocupaciones normales. El arco, la cuerda y la flecha forman ya un instrumento muy complejo, cuya invención supone larga experiencia acumulada y facultades mentales desarrolladas, así como el conocimiento simultáneo de otros muchos inventos. Si comparamos los pueblos que conocen el arco y la flecha, pero no el arte de la alfarería -- con el que empieza, según Morgan, el tránsito a la barbarie--, encontramos ya algunos indicios de residencia fija en aldeas, cierta maestría en la producción de medios de subsistencia: vasijas y trebejos de madera, el tejido a mano -- sin telar-- con fibras de albura, instrumentos de piedra pulimentada -- neolíticos-. En la mayoría de los casos, el fuego y el hacha de piedra han producido ya la piragua, esto es, la embarcación realizada con troncos de los árboles, con uno solo de ellos y en ciertos lugares las vigas y las tablas necesarias para construir viviendas. Todos estos progresos los encontramos, por ejemplo, entre los indios del noroeste de América, que conocen el arco y la flecha, pero no la alfarería.

Así, como lo establece Morgan, el arco y la flecha fueron para el estadio salvaje lo que la espada de hierro para la barbarie y el arma de fuego para la civilización: el arma decisiva.

## LA BARBARIE .

Siguiendo a Henry Lewis Morgan, la barbarie también se subdivide en tres estadios: el inferior, medio y superior.

En el estadio inferior, empieza a introducirse la alfarería. Además de que el rasgo característico de la barbarie es la domesticación y cría de animales y el cultivo de las plantas. Pero con el advenimiento de la barbarie llegamos a

un estadio en que empieza a hacerse sentir la diferencia de condiciones naturales entre los dos grandes continentes. Pues, bien, el continente oriental, el llamado mundo antiguo, poseía casi todos los animales domesticables y todos los cereales propios para el cultivo, menos uno; el continente occidental, América, no tenía más mamíferos domesticables que la llama — y solamente en una parte del Sur — y uno sólo de los cereales cultivables, pero el mejor, el maíz. En razón de estas condiciones naturales diferentes, desde este momento la población de cada hemisferio se desarrolla de una manera particular, y los mojones que señalen los límites de los estadios particulares son diferentes para cada uno de los hemisferios.

El estadio Medio, se inicia con la domesticación de animales en el Este y en el Oeste, con el cultivo de las hortalizas por medio del riego y con el empleo de adobes — ladrillos secados al sol — y de la piedra para la construcción. Sabían labrar los metales.

En el Este, el estadio medio de la barbarie comenzó con la domesticación de animales para el suministro de leche y carne, mientras que, al parecer, el cultivo de las plantas permaneció desconocido allí hasta muy avanzado este período. La domesticación de animales, la cría de ganado y la formación de grandes rebaños parecen ser la causa de que los arios y los semitas se apartasen del resto de la masa de los bárbaros.

La formación de rebaños llevó, en los lugares adecuados, a la vida pastoril; los semitas, en las praderas del Eufrates y del Tigris; los arios, en las de la India. Fue por lo visto en estas tierras ricas en pastizales donde primero se consiguió domesticar animales. Es así, como en este estadio desaparece poco a poco la antropofagia, que ya no sobrevive sino como un rito religioso o como un sortilegio, lo que viene a ser casi lo mismo<sup>(6)</sup>.

El estadio superior, inicia con la fundición del mineral de hierro, ante todo, encontramos aquí por primera vez el arado de hierro tirado por animales domésticos, lo que hace posible la roturación de la tierra en gran escala — la agricultura — y produce, en las condiciones de entonces, un aumento prácticamente

(6).- Engels, Federico, Op. Cit. pág. 27.

casi ilimitado de los medios de existencia; se tala bosques y su transformación en tierras de labor y praderas, cosa imposible en gran escala sin el hacha y la pala de hierro. Todo esto motivó un rápido aumento de la población, que se instala densamente en pequeñas áreas.

La principal herencia que los griegos llevaron de la barbarie a la civilización la constituyen instrumentos de hierro perfeccionados, los fuelles de fragua, el molino de brazo, la rueda de alfarero, la preparación del aceite y del vino, el labrado de los metales elevado a la categoría de arte, la carreta y el carro de guerra, etc.

Finalmente en la civilización, es un período en el que el hombre sigue aprendiendo a elaborar los productos naturales, período de la industria, propiamente dicha, y del arte<sup>(7)</sup>. Esta etapa da comienzo, cuando termina el estadio superior de la barbarie, esto es, cuando aparece la escritura alfabética y su empleo literario. Asimismo se perfeccionan los sistemas agrícolas, con lo que se reafirma por completo el inicio de la civilización.

#### P R O M I S C U I D A D .

El mismo Henry Lewis Morgan, nos explica el génesis de la familia que Engels sistematiza en su recopilación. Morgan, que pasó la mayor parte de su vida entre los iroqueses, pudo observar sus formas de vida y por tanto su sistema de parentesco.

De acuerdo con sus investigaciones pudo afirmar que la familia en sus orígenes fue promiscua absolutamente, siendo esta la organización social más antigua que se recuerde.

Morgan define a la familia diciendo que: "es el elemento activo; nunca permanece estacionada, sino que pasa de una forma inferior a una forma superior a medida que la sociedad evoluciona de un grado más bajo a otro más alto. Los sistemas de parentesco, por el contrario, son pasivos; sólo después de largos interva

(7).- Ibidem. pág. 29

los registran los progresos hechos por la familia y no sufren una modificación radical sino cuando se ha modificado radicalmente la familia"<sup>(8)</sup>.

Reconstruyendo retrospectivamente el origen de la familia, este etnógrafo norteamericano llega, de acuerdo con la mayor parte de sus colegas, a la conclusión de que existió un estadio primitivo en el que imperaba en el seno de la tribu el comercio sexual promiscuo, de tal suerte que cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres<sup>(9)</sup>. Posteriormente a esta manifestación familiar aparece el matrimonio por grupos, en una promiscuidad relativa, pues los hombres de un Totem, buscan la unión sexual con las mujeres de otras tribus, en este caso, la filiación se determinó matriarcalmente.

Engels asevera que el matrimonio por grupos, aún habiendo existido, "pertenece a una época tan remota, que de ningún modo podemos prometernos encontrar pruebas directas de su existencia, ni aun en los fósiles sociales, entre los salvajes más atrasados"<sup>(10)</sup>.

Podemos concluir con este apartado diciendo que en este estado promiscuo en que originalmente se encontraba la organización familiar no existían límites prohibitivos de ninguna especie en cuanto a las relaciones sexuales, de tal suerte que estas relaciones tuvieron que darse aun entre padres e hijos, y entre hermanos. Afortunadamente la familia tuvo que superar esa etapa prohibiendo posteriormente las relaciones sexuales entre parientes más cercanos. Esto se logró gracias a la costumbre de los pueblos al ir modificando sus formas de vida. A este resultado contribuyeron lógicamente factores demográficos, geográficos, etc.

### C).- LA FAMILIA CONSANGUINEA.

Continuando con la teoría de Morgan, Henry Lewis, salieron de este estadio primitivo de promiscuidad, probablemente en época muy temprana los siguientes estados de familia:

Primeramente nos ocupamos de la familia consanguínea, la que constituye la primera etapa de ésta. Aquí los grupos conyugales se clasifican por generaciones de tal suerte que los abuelos y abuelas, en los límites de la familia son

(8).- Opus. Cit. pp. 31 y 32

(9).- Ibidem. pág. 33

(10).- Loc. Cit.

maridos y mujeres comunes; lo mismo sucede con sus hijos, esto es, con los padres y las madres; los hijos de éstos forman, a su vez, el tercer círculo de cónyuges comunes; y sus hijos, o sea, los biznietos de los primeros, formarán el cuarto círculo de generación de maridos comunes. Excluyéndose de las relaciones sexuales únicamente los ascendientes y los descendientes, esto es, los padres y los hijos, son los únicos que están excluidos entre sí de los derechos y de los deberes del matrimonio. "Hermanos y hermanas, primos y primas en primero, segundo y restantes grados, son todos ellos entre sí hermanos y hermanas, y por eso mismo todos ellos maridos y mujeres unos de otros. El vínculo de hermano y hermana presupone de por sí en ese período el comercio carnal recíproco"<sup>(11)</sup>.

Para ilustrar con un ejemplo esta forma de familia, tenemos que: Luis y María se casan ellos procrean a Roberto y Martha, éstos, a su vez, engendran a Antonio y Leticia, todos éstos son hermanos entre sí y por ello mismo, maridos y mujeres unos de otros.

Por lo tanto podemos concluir, con esta face diciendo que este tipo de familia vivió en una promiscuidad relativa, puesto que las relaciones sexuales únicamente se prohíben entre los ascendientes y descendientes, existiendo esta obligación sexual entre hermanos, pero no deja de ser este período un avance en la organización familiar.

Este tipo de familia ha desaparecido. Ni aun los pueblos más salvajes de que habla la historia presentan algún ejemplo indudable de ella. Sin embargo, lo que nos obliga a reconocer que debió existir, es el sistema de parentesco hawaiano que aún reina hoy en toda la Polinesia y que expresa grados de parentesco consanguíneo que sólo han podido nacer con esa forma de familia; además, como establece Engels "nos obliga también a reconocerlo todo el desarrollo ulterior de la familia, que presupone esa forma como estadio preliminar necesario"<sup>(12)</sup>.

[11].- Opus Cít. pág. 36. "El origen de..." F. Engels. Edit. Nvo. Horizonte. 1979.

[12].- Opus. Cít. pág. 41

### D).- LA FAMILIA PUNALUA.

Como hemos observado en el período de la familia consanguínea, encontramos un primer gran progreso en la organización familiar, éste consistió en excluir a los padres y los hijos de las relaciones sexuales recíprocas.

Con la familia punalúa, encontramos otro gran avance en la organización de la familia, pues se excluyen en este período también de las relaciones sexuales a los hermanos entre sí. Claro, que este proceso debió haberse realizado poco a poco, comenzando, probablemente, por la exclusión de los hermanos uterinos, es decir, por parte de madre, al principio en casos aislados, luego gradualmente, como regla general, acabando por la prohibición del matrimonio hasta entre hermanos colaterales, es decir, los primos carnales, primos segundos y primos terceros. Este progreso constituye según Morgan "una magnífica ilustración de cómo actúa el principio de la selección natural"<sup>(13)</sup>. "Sin duda, las tribus donde ese progreso limitó la reproducción consanguínea, debieron desarrollarse de una manera más rápida y más completa que aquellas donde el matrimonio entre hermanos y hermanas continuó siendo una regla y una obligación. Hasta qué punto se hizo sentir la acción de ese progreso lo demuestra la institución de la gens, nacida directamente de él y que rebasó, con mucho, su fin inicial. La gens formó la base del orden social de la mayoría, si no de todos los pueblos bárbaros de la Tierra, y de ella pasamos a Grecia y a Roma, sin transiciones, a la civilización.

Cada familia primitiva tuvo que dividirse, a lo sumo después de algunas generaciones. La economía doméstica del comunismo primitivo, que domina exclusivamente hasta muy entrado el estadio medio de la barbarie, prescribía una extensión máxima de la comunidad familiar, variable según las circunstancias, pero más o menos determinada en cada localidad. Pero, apenas nacida, la idea de la impropiedad de la unión sexual entre hijos de la misma madre debió ejercer su influencia en la división de las viejas comunidades domésticas y en la formación de otras nuevas que no coincidían necesariamente con el grupo de familias. Uno o más grupos de hermanas convertíanse en el núcleo de una comunidad, y sus hermanos carnales, en el núcleo de otra. De la familia consanguínea salió, así o de alguna manera análoga, la forma de familia a la que Morgan da el nombre de familia punalúa"<sup>(14)</sup>. Así, de la forma familiar consanguínea, surge lo que Henry Lewis Mor

(13).- Loc. Cit.

(14).- Ibidem. pág. 42.

gan denomina familia punalúa, ésta fue el resultado de prohibir las relaciones sexuales entre hermanos y hermanas descendientes de la misma madre. Ya que, según la costumbre hawaiana, cierto número de hermanas carnales o más lejanas, o sea primas en primero y demás grados, eran mujeres comunes de sus maridos comunes, de los cuales quedaban excluidos, sin embargo, sus propios hermanos. Esos maridos, por su parte, no se llamaban entre sí hermanos, pues ya no tenían necesidad de serlo, sino "punalúa", es decir, "compañero íntimo", como quien dice asocié - asociado-. Igualmente, una serie de hermanos uterinos o más lejanos tenían en matrimonio común cierto número de mujeres, con exclusión de sus propias hermanas, llamándose estas mujeres entre sí "punalúa".

Este es el tipo clásico de una formación de la familia que sufrió más tarde una serie de variaciones y cuyo rasgo característico esencial era la comunidad recíproca de maridos y mujeres en el seno de un determinado círculo familiar, del cual fueron excluidos, sin embargo, al principio los hermanos carnales y, más tarde, también los hermanos más lejanos de las mujeres, ocurriendo lo mismo con las hermanas de los maridos.

Creemos que un ejemplo de este tipo de familia nos ilustrará más:

Supongamos que existe un grupo de hermanos y otro de hermanas, descendientes todos de un mismo tronco común, formado por Isabel y Ramón, este núcleo o familia vive bajo el mismo techo, al crecer, tanto los hombres como las mujeres, desean formar otras familias, entonces se van a conseguir pareja a otra gens fuera de la propia, al encuentro de relaciones sexuales, con otros hombres o mujeres, según el caso; pero que son de otra familia, después se formará una familia punalúa integrada por el grupo de hermanos o hermanas descendientes de Isabel y Ramón, con otros grupos, quedando desde luego excluidos, los hermanos o hermanas, según el caso.

De tal suerte que la mujer de uno de los hermanos es igualmente mujer o esposa de los demás, igual sucede con las hermanas.

Esta forma familiar nos indica ahora con la más perfecta exactitud los grados de parentesco, tal como los expresa el sistema americano (15).

(15).- Loc. Cít.

Engels afirma que: "Esta forma de la familia, cuya existencia en Hawai está demostrada, habría sido también probablemente demostrada en toda la Polinesia si los piadosos misioneros, como antaño los frailes españoles en América, hubiesen podido ver en estas relaciones anticristianas algo más que una simple "abominación" (16).

Para Marx, Carlos, los matrimonios celebrados en nuestra época, entre primos y primas lejanos, comparados con los del estado de promiscuidad, resultarían tan incestuosos, como los matrimonios celebrados en la familia consanguínea<sup>17</sup>. Esta aseveración, la consideramos muy apropiada en este apartado de nuestro estudio, ya que sabemos gracias a la ciencia médica que los matrimonios celebrados entre parientes cercanos, provocan taras que repercuten en perjuicio de los hijos y consiguientemente de la sociedad.

Asimismo la institución de la gens parece haber salido directamente de la familia punalúa, surgida como consecuencia de reprobación de las relaciones sexuales o cópula entre hermanos en línea materna, y por el establecimiento de una serie de instituciones comunes sociales y religiosas. Además, de que aún en esta etapa sólo se reconocía la descendencia matriarcal, ya que "en ninguna forma de familia por grupos puede saberse con certeza quién es el padre de la criatura, pero sí se sabe quién es la madre. Aun cuando ésta llama hijos suyos a todos los de la familia común y tiene deberes maternales para con ellos, no por eso deja de distinguir a sus propios hijos entre los demás" (18). Por tanto en este tipo de familia, como en todas las celebradas en matrimonios por grupos, la descendencia, esto es la filiación sólo puede establecerse certeramente por la línea materna, y por consiguiente sólo se reconoce la línea femenina. Según Morgan en este caso debieron haberse encontrado todos los pueblos salvajes y todos los que se encuentran en el estadio inferior de la barbarie.

#### E).- LA FAMILIA SINDIASMICA.

Siguiendo a Henry Lewis Morgan y Federico Engels, encontramos que en el régimen de matrimonio por grupos, o antes quizás, ya se formaban parejas conyugales para un tiempo más o menos largo; el hombre poseía o tenía una mujer principal entre sus numerosas esposas, y era para ella el esposo principal entre todos los demás, Pero conforme fue desarrollando la gens e iban haciéndose más numero-

(16).- Ob. Cit. pág. 44

(17).- Loc. Cit.

(18).- Opus. Cit. pág. 45

Las clases de "hermanos" y de "hermanas", entre quienes ahora era imposible el matrimonio, esta unión conyugal por parejas, fundada en la costumbre, debió ir consolidándose poco a poco.

Es así, como con esta creciente complicación de las prohibiciones del matrimonio entre parientes cercanos y posteriormente entre los más lejanos, hicieron cada vez más imposibles las uniones por grupos, éstas fueron substituídas por la familia sindiásmica. En esta forma de organización familiar encontramos el primer asomo de la monogamia, ya que en esta etapa un hombre vive con una mujer, pero de tal suerte que la poligamia y la infidelidad ocasional siguen siendo un derecho para los hombres, no así para la mujer, puesto que a ésta se le exige la más estricta fidelidad, mientras dure la vida común entre ambos, y su adulterio es castigado en forma muy cruel. No obstante esto, el vínculo conyugal se disuelve con facilidad por una y otra parte, en este último caso, esto es, si se disuelve esta unión, y durante ésta hubiese habido hijo o hijos, éstos sólo pertenecen a la madre.

Por lo tanto, la evolución de la familia en los tiempos prehistóricos nos revela una constante reducción del círculo en cuyo seno prevalece la comunidad conyugal entre los dos sexos, círculo que en sus inicios abarcaba la tribu entera. Con la exclusión progresiva, primero de los parientes más cercanos, después de los lejanos y, finalmente, de las personas meramente vinculadas por alianza, hace imposible en la práctica todo matrimonio por grupos; en último término no queda sino la pareja, unida por vínculos frágiles aún. El resultado de todas estas prohibiciones, trae consigo la escasez de mujeres, por lo que había que buscarlas. Por eso, con esta forma de matrimonio sindiásmico empiezan el rapto y la compra de las mujeres.

La familia sindiásmica, demasiado débil e inestable por sí misma para hacer sentir la necesidad de un hogar particular, no suprime de ningún modo el hogar comunista que nos presenta la época anterior. Pero este hogar comunista, implica predominio de la mujer en la casa, lo mismo que el reconocimiento exclusivo de una madre propia, en la imposibilidad de conocer con certidumbre al verdadero padre, esto significa profunda estimación de las mujeres, es decir, de las madres. Por tanto, la mujer en este período no sólo es libre, sino que también está muy considerada. Y por lo tanto es la guía del hogar, y de sus hijos.

Todo esto, lo aprovechó la mujer y empezó a presionar, en diversas formas al marido, exigiendo una relación monogámica de donde la mujer pertenecía exclusivamente a un solo hombre, no así el hombre, el cual seguía siendo polígamo. Gracias a esta forma surgió la filiación paterna, puesto que, en esta organización familiar el marido de la mujer podía aseverar que el hijo de ella era su propio hijo, puesto que su cónyuge era sólo de él y no de otro. Al surgir la filiación paterna permite a los hijos hombres, quedar en el seno paterno, y las mujeres en el materno en caso de disolución de ese vínculo matrimonial, pudiendo los hombres heredar los bienes del padre. Asimismo, el poder económico del hombre, contribuyó a ejercer un poder absoluto y exclusivo dentro de su hogar, dando lugar al sistema patriarcal subsistente hasta nuestros días (19).

Concluyendo, la familia sindiásmica está reducida a un solo hombre y una sola mujer; pero originando la poligamia y la poliandria, ésta cuando el vínculo entre los sindiásmicos se rompía, por lo cual una mujer tenía relaciones sexuales o cópula con varios hombres a la vez, haciendo que la filiación sólo fuese posible por vía materna.

En Oriente, la poligamia fue artículo de lujo y un privilegio para las clases pudientes económicamente, pues podían tener todas las mujeres que pudieran mantener, al mismo tiempo. Independientemente de todos estos problemas: poligamia, poliandria, prostitución, adulterio, etc., como resultado de la familia sindiásmica, es observable una evolución familiar que dio como resultado el origen de la familia monogámica, semilla germinadora de toda la organización familiar, social y estatal contemporánea.

#### E).- LA FAMILIA MONOGAMICA.

Esta organización familiar es el resultado final de la familia sindiásmica. Representa el período de transición entre el estadio medio y el estadio superior de la barbarie; su triunfo definitivo es uno de los síntomas de la civilización naciente. Se funda en el predominio del hombre; su finalidad es la de procrear hijos cuya paternidad sea indiscutible; y ésta se exige porque los hijos, en calidad de herederos directos, han de entrar un día en posesión de los bienes de su padre.

(19).- Ibidem, pp. 50 y siguientes.

La diferencia fundamental entre la familia monogámica y el matrimonio sindiásmico consiste en que la monogámica tiene una solidez mucho más grande de los lazos conyugales, que ya no pueden disolverse por deseo o capricho de cualquiera de las partes. Sin embargo, el hombre conserva el derecho de repudiar a su mujer en caso de infidelidad conyugal o alguna otra causa grave.

Por lo tanto, en este período de la evolución familiar las relaciones monogámicas son practicadas. Por lo menos a la mujer se le exigió este tipo de relación, aún cuando el hombre sigue observando la poligamia.

Con esta etapa familiar el hombre logró, gracias a su poder económico el dominio en el hogar desplazando el régimen matriarcal por el patriarcal, estableciéndose entonces la filiación por las dos vías, es decir, por la materna y la paterna. Este tipo de organización familiar es el que reina en la actualidad.

#### G).- LA GENS IROQUESA.

Siguiendo los descubrimientos de H. Lewis Morgan, sistematizadas por Federico Engels, tenemos que: "La gens", son grupos familiares cuyo origen o fuente, la encontramos en América, porque las tribus de indios, son las primeras en aplicar este tipo de organización a sus núcleos humanos, aunque con una variante, los indios americanos designaban a un grupo de personas en parentesco, con el nombre de algún animal, y en Roma llevaba el nombre de "gentes" y en Grecia se les designaba con el nombre de "genea"<sup>(20)</sup>.

El mismo autor sostiene, en relación al origen de la "gens": "La prueba de que los grupos consanguíneos designados por medio de nombres de animales en el seno de una tribu de indios americanos son esencialmente idénticos a las geneas de los griegos, a las gentes de los romanos; de que la forma americana es la forma original de la gens, siendo la grecorromana una forma posterior derivada; de que toda la organización social de los griegos y romanos de los tiempos primitivos en gens, fratria y tribu, encuentra su paralelo fiel en la organización indoamericana; de que la gens es una institución común a todos los bárbaros hasta su paso a la civilización y después de él"<sup>(21)</sup>.

[20].- Opus Cit. pág. 95.

[21].- Loc. Cit.

La palabra latina gens, utilizada por Morgan para designar a este grupo de consanguíneos, se deriva de la raíz aria común "gan" en alemán, que significa "engendrar". Igualmente existen otras expresiones que significan lo mismo, como kin en inglés y kinns en medio alto alemán, significan de igual modo linaje, descendencia. Pero gens se emplea especialmente para designar a ese grupo que se jacta de constituir una descendencia común -- del padre común de la tribu, en el presente caso-- y que está unido por ciertas instituciones sociales y religiosas.

Federico Engels, trata de explicar la estructura de una "gens" o grupo consanguíneo primitivo, tomando como ejemplo la gens de los Iroqueses y específicamente la tribu de los senekas.

En este grupo se contaba e incluía únicamente a los miembros derivados de la filiación femenina, esto es, los hijos nacidos de un matrimonio se incluían en el grupo, con la distinción de que los hermanos no podían contraer nupcias con sus hermanas, sino que era menester realizarlo con mujeres extrañas, es decir, de otra gens, y los hijos procreados con esas mujeres, quedaban fuera de la gens del marido, de acuerdo a la filiación materna. Esto lo podemos observar en la familia Punalúa, en la que aún imperaba el derecho materno; siendo su esencia reconocer como familiares o miembros de un grupo familiar, a todos los descendientes de una misma madre.

Según las aseveraciones anteriores, debemos observar que la permanencia de los hijos dentro de la gens materna, podría ser el origen del régimen matriarcal, en el cual, como hemos visto, la filiación se realiza por vía materna.

Engels, nos da el ejemplo de la tribu de los seneka integrada por ocho gens, que lleva nombres de animales, tales como: lobo, oso, tortuga, castor, ciervo, becada, garza y halcón. Estas gens poseían costumbres parecidas y en esencia eran:

1.- Se elige el SACHEM representante en tiempo de paz y el caudillo o jefe militar. El SACHEM debe ser elegido en la misma gens y sus funciones son hereditarias en ella, en el sentido de que deben ser ocupadas en seguida en caso de quedar vacantes. El jefe militar sí podía ser elegido fuera de la gens.

Nunca se elige sachem al hijo del anterior, por estar vigente entre los iroqueses el derecho materno y pertenecer, por tanto, el hijo a otra gens, pero con frecuencia se elegía al hermano del sachem anterior o al hijo de su hermana. Todo mundo, hombres y mujeres toman parte en la elección. Esto en una gens, pero esta elección debe ratificarse por las otras siete gens. El poder del sachem en el seno de la gens es paternal, de naturaleza puramente moral. No dispone de ningún medio coercitivo. El jefe militar únicamente puede dar órdenes en las expediciones militares.

II.- La gens, podía y tenía por tanto el derecho de deponer a su discreción al sachem y al caudillo militar, éstos inmediatamente que son depuestos pasan a ser enseguida simples guerreros como los demás, personas privadas. También el consejo de tribu puede deponer a los sachem, hasta contra la voluntad de la gens.

III.- Ningún miembro tenía derecho a contraer nupcias en el seno de la gens. Es evidente que en el estadio en que hallamos a los iroqueses la prohibición del matrimonio dentro de la gens se observa inviolablemente.

IV.- La propiedad de los muertos pasaba a los demás miembros de la gens, pues existía la regla de que no debía salir de ésta, dividiéndose la herencia entre los parientes gentiles más próximos, esto es, entre sus hermanas y hermanos carnales y el hermano de su madre, si el difunto era hombre, y si era mujer, entre sus hijos y hermanas carnales, quedando excluidos sus hermanos. Por el mismo motivo, el marido y la mujer no podían ser herederos uno del otro, ni los hijos serlo del padre.

V.- Los miembros de la gens se debían entre sí ayuda y protección, y sobre todo auxilio mutuo para vengar las injurias hechas por extraños. Cada integrante de la gens confiaba su seguridad a la protección de la misma gens, y podía hacerlo, de tal suerte que todo el que injuriaba a alguno de sus integrantes, injuriaba a la gens entera. De estos lazos sanguíneos en la gens, nació la obligación de la venganza, que fue reconocida en forma total por los iroqueses. Sin embargo, en estos casos también se podía resolver en forma pacífica, a través de un arreglo con la gens del delincuente o sujeto activo del delito.

VI.- La gens tenía nombres determinados de su exclusivo derecho en toda la tribu, de tal suerte que el nombre de un individuo indica inmediatamente a qué gens pertenece.

VII.- La gens podía adoptar a extraños en su seno, admitiéndoles, así, en la tribu. La adopción se hacía a propuesta individual de algún miembro de la gens, de algún hombre, que aceptaba al extranjero como hermano o como hermana, o de alguna mujer que lo aceptaba como hijo; esta adopción tenía que ser admitida en forma solemne por la gens en concepto de ratificación. Entre los iroqueses, la admisión solemne en la gens verificábase en sesión pública del consejo de tribu, lo que hacía prácticamente de esta solemnidad una ceremonia religiosa.

VIII.- Es difícil probar en las gens indias la existencia de solemnidades religiosas especiales; sin embargo, las ceremonias religiosas de los indios están, más o menos, relacionadas con las gens. Los sachem y los caudillos en las seis fiestas anuales de los iroqueses, contábanse entre los "guardianes de la fe" y ejercían funciones sacerdotales.

IX.- La gens tenía un lugar común de inhumación. Asimismo la gens entera de los iroqueses asistía al entierro de alguno de sus miembros, se ocupa de la tumba, de los discursos, etc.

X.- En su organización política, cada gens tenía un consejo, integrado por la asamblea democrática de los miembros adultos, hombres y mujeres, todos con el mismo derecho de voto. Este consejo es en el que residía el poder soberano del pueblo. Aquí encontramos una clara manifestación de organización democrática, antecedente remontísimo de las actuales formas de gobierno e igualdad de la mujer por primera vez en la historia de la familia.

En estas circunstancias encontramos que las atribuciones de una gens india típica posee en sus miembros principios de Libertad, igualdad y fraternidad, éstos son, aunque "nunca formulados", los principios cardinales de la gens, y esta última es, a su vez, la unidad de todo un sistema social, la base de la sociedad india organizada. En la época del descubrimiento, los indios de toda la América del Norte estaban organizados en gens con arreglo al derecho materno. Sin embargo, en algunas tribus como entre los ojíwas y los omahas, estaban organizadas con arreglo al derecho paterno. Además, en numerosas tribus indias que comprendían más de cinco o seis gens encontramos cada tres, cuatro o más de éstas reunidas en

un grupo, que Lewis H. Morgan traduciendo fielmente el nombre indio, llamó *fratría*, que significa "hermandad". Así, los senecas tenían dos *fratrias*: una comprendía de la (1a a la) primera a la cuarta gens, y la segunda de la gens quinta a la octava.<sup>(22)</sup>

Engels, nos dice que: "Un estudio más profundo muestra que estas *fratrias* representan casi siempre las gens primitivas en que se escindió al principio la tribu; porque dada la prohibición del matrimonio en el seno de la gens, cada tribu debía necesariamente comprender por lo menos dos gens para tener una existencia independiente.

...Originariamente ningún seneca podía casarse en el seno de su *fratría*; sin embargo, esta usanza desapareció muy pronto, quedando limitada a la gens. Según una tradición que circula entre los senecas, el "oso" y el "ciervo" fueron las dos gens primitivas, de las que se desprendieron con el tiempo las demás."<sup>(23)</sup>

Las funciones de la *fratría*, entre los iroqueses, es decir del conjunto de gens, eran en parte sociales y en parte religiosas. Y las principales funciones fueron:

1a).- Las *fratrias* realizan competencias de pelota una contra otra. Para tal efecto designan a sus mejores jugadores, los demás indios hacen apuestas en favor de los jugadores de su *fratría*; 2a).- En el consejo de tribu se sientan juntos los sachem y los caudillos de cada *fratría*, colocándose frente a frente los dos grupos; donde cada orador habla a los representantes de cada *fratría* como a una corporación particular; 3a).- Si en la tribu se cometía un homicidio, sin pertenecer a la misma *fratría* el sujeto activo del delito y la víctima o sujeto pasivo, la gens ofendida apelaba a menudo a sus gens hermanas, que realizaban un consejo de *fratría* y se dirigían a la otra *fratría* como corporación con la finalidad de que ésta convocase igualmente un consejo para arreglar pacíficamente el asunto. En este caso, la *fratría* aparece con muchas más probabilidades de éxito que la gens individual; 4a).- En caso de defunción de personajes importantes, una *fratría* diferente a la del difunto, se ocupaba de organizar y dirigir las ceremonias de los funerales, en tanto que la *fratría* del o los difuntos participaba en ellas como parientes en duelo. Si moría un sachem, la *fratría* distinta se encargaba de anunciar la vacante de su cargo en el consejo federal de los iroqueses;

(22).- Opus. Cit. Págs. 95 y siguientes.

(23).- *Ibidem.* pág. 101.

5a).- Cuando se elegía sachem, intervenía igualmente el consejo de la fratria. Solía ser casi segura la ratificación del electo por las demás gens hermanas; pero las gens de las otra fratria podían oponerse a ella. En este caso se reunía el consejo de esta fratria, y si la oposición era mantenida, la elección se declaraba nula; 6a).- Los iroqueses tenían al principio misterios religiosos particulares. Entre los senekas estos misterios eran celebrados por dos asociaciones religiosas, correspondientes a cada una de las fratrias. 7a).- En caso de guerra, cada fratria participaba como ejército independiente, pero las Fratrias peleaban unidas en contra del enemigo común, cada ejército, llevaba a la guerra su uniforme y bandera particular, e iba al mando de su propio jefe militar.

Así como varias gens formaban una fratria, de igual modo, en la forma clásica, varias fratrias constituían una tribu. (24)

De lo antes expuesto, podemos concluir, cada tribu estaba formada de un número indeterminado de fratrias; cada fratria se encontraba constituida por un número indeterminado de gens, aun cuando siempre debían ser más de dos.

Este tipo de uniones, sólo pudo establecerse por el supuesto lógico de que estas gens, en forma particular, debieron haber comprendido que mientras más unidos estuvieran, más fuertes y poderosos serían y se enfrentarían con mayor seguridad a cualquier peligro.

En síntesis, las características de una tribu india en América, fueron: Un territorio propio y un nombre particular; un dialecto propio de esta sola tribu; el derecho de dar solemnemente posesión de su cargo a los sachem y a los caudillos elegidos por las gens, o deponerlos aun en contra de la voluntad de sus respectivas gens; tenían iguales ideas religiosas --mitología--, ceremonias y cultos, además un consejo de tribu para los asuntos comunes. Este se componía de los sachem y los caudillos de todas las gens y se ocupaba, particularmente, de regular las relaciones con las tribus extrañas. Recibía y enviaba embajadores, declaraba la guerra y concertaba la paz.

(24).- Ob. Cit. pág. 103.

Había un sachem o Jefe, con atribuciones limitadas en cada tribu, era una especie de mandatario ejecutivo, para decisiones rápidas. Podemos aseverar que la Confederación Iroquesa, ofrece la organización social más evolucionada de los indios, antes de pasar del estadio inferior de la barbarie.

"Debemos aclarar que las investigaciones de Morgan seguidas por Engels, fueron incompletas pues si hubieran estudiado las culturas mexicana y peruana, - probablemente habrían encontrado antecedentes más remotos, de la organización de esas tribus" (25)

Federico Engels, nos dice que los rasgos principales de la Confederación eran principalmente los siguientes:

1o.- Formaron una liga eterna de las cinco tribus consanguíneas basada en su plena igualdad y en la independencia de cada una de ellas en sus asuntos internos.

2o.- El órgano de la liga era un consejo federal de cincuenta sachem, todos de igual rango y dignidad; este consejo resolvía en última instancia todos los asuntos de la liga.

3o.- Estos cincuenta títulos de sachem, cuando se fundó la liga, fueron distribuidos entre las tribus y las gens, como representantes de la confederación.

4o.- Estos sachem federales lo eran también en sus propias tribus, además, tenían voz y voto en el consejo de tribu.

5o.- Todos los acuerdos del consejo federal debían tomarse por unanimidad.

6o.- Cada tribu otorgaba su voto, de tal suerte que todos los miembros del consejo, debían votar unánimemente para que se pudiese tomar un acuerdo válido.

7o.- El consejo federal no podía convocarse a sí mismo, pero cada uno de los cinco consejos de tribu podía convocarlo.

(25).- Guitrón, F. Julián. "Der. Fam." Méx. 1972. pp. 32 y 33

80.- Las sesiones eran celebradas delante del pueblo, el que se reunía para tal efecto; todo iroqués tenía el derecho de tomar la palabra; pero sólo el consejo podía decidir.

90.- La confederación no tenía ningún líder visible personal, ningún jefe con poder ejecutivo. Por lo que todo era resuelto democráticamente estando el consejo federal reunido.

100.- La Confederación, tenía dos jefes de guerra supremos, con iguales atribuciones y poderes (los dos "reyes" de Esparta, los dos cónsules de Roma).

Esta es la constitución social y pública bajo la que vivieron los iroqueses. Se ha descrito esta organización de los iroqueses, porque podemos observar y estudiar la organización de una sociedad que no conocía aún el Estado. Va que éste "presupone un poder público particular, separado del conjunto de los respectivos ciudadanos que lo componen"<sup>(26)</sup>. Y en esta tribu no existía tal institución.

Según Maurer el poder público nace gradualmente tanto a partir de las constituciones primitivas de las marcas - que eran una institución social alemana, distinta del Estado-, las aldeas, los señoríos y las ciudades, como al margen de ellas<sup>(27)</sup>.

Así, observamos cómo entre los indios de la América del Norte una tribu unida en un principio se difunde poco a poco por un continente inmenso; cómo, dividiéndose, las tribus se convierten en pueblos, en grupos enteros de tribus; cómo se modifican las lenguas, hasta ser distintas unas de otras, etc.

Dada la unidad social de la gens, vemos también con qué necesidad casi ineludible, por ser natural, se deduce de esa unidad toda la constitución de la gens, de la fratria y de la tribu. Todos estos grupos implican diferentes gradaciones de consanguinidad, encerrado cada uno en sí mismo y ordenando sus propios asuntos, pero completando también a los otros. Es de admirarse esta constitución tan sencilla y perfecta de la gens. "Sin soldados, gendarmes ni policía, sin nobleza, sin reyes, gobernadores, prefectos o jueces, sin cárceles ni procesos, y todo marcha con regularidad"<sup>(28)</sup>.

(26).- Engels, Federico, Ob. Cit. pág. 108.

(27).- *Ibidem.* pág. 109

(28).- *Opus. Cit.* pp. 110 y 111

Así pue, esta es una prueba de la gran organización social y política de los iroqueses, sencilla pero muy efectiva para mantener y garantizar la seguridad y vivencia de sus integrantes, dentro de un clima de libertad. Desde luego que debemos ubicarnos en la etapa en que vivieron tales comunidades.

Sin embargo, esta expresión familiar, casi estatal, estaba destinada a perecer paulatinamente. El gran poder de estas comunidades primitivas fue quebrantado por las influencias externas, y desde un principio fueron una degradación de la sencillez existente. "Los intereses más viles — la baja codicia, la brutal avidez por los goces, la sordida avaricia, el robo egoísta de la propiedad común — inauguran la nueva sociedad civilizada, la sociedad de clases; los medios más vergonzosos — el robo, la violencia, la perfidia, la traición —, minan la antigua sociedad de las gens, sociedad sin clases, y la conducen a su perdición" (29).

Esta narración de Federico Engels, nos ofrece un panorama de los males que en el futuro penetrarían en la organización familiar y estatal, y terminarían por dañarla, hasta el límite donde será necesaria la intervención Estatal, con el objeto de salvaguardar los intereses familiares y sociales de la Nación.

#### H).- LA GENS GRIEGA.

En los tiempos prehistóricos, los griegos, al igual que otros pueblos congéneres, tenían la misma constitución orgánica que los americanos: gens, fratria, tribu, confederación de tribus. De todo esto, la gens era siempre la unidad orgánica, pudiendo faltar la fratria, como en el caso de los Dorios, asimismo podía, en consecuencia no existir una confederación de tribus. Los griegos aparecen en los umbrales de la civilización. Gracias a ello, la gens de los griegos ya no es de ningún modo la gens arcaica de los iroqueses; el matrimonio por grupos se borra notablemente. El derecho patriarcal ocupa el lugar del derecho materno; por esto mismo la propiedad privada, en proceso de surgimiento, abre la primera brecha en la constitución gentilicia. Así, otra forma es consecuencia natural de la primera, ya que al introducirse el derecho paterno, cuando una mujer rica contrae nupcias, su fortuna pasa al marido, es decir, a otra gens, con lo que destruye todo el fundamento del derecho gentil; por tanto, no sólo es lícito, sino hasta obligatorio en este caso, que la joven núbil se case dentro de su gens con el fin de que los bienes no salgan de ésta.

(29).- Ob. Cit. pág. 112

Según la Historia de Grecia debida a Grote, la gens ateniense, en particular, estaba estructurada así:

10.- Las solemnidades religiosas comunes y el derecho de sacerdocio en honor a un dios determinado. Estas solemnidades religiosas eran realizadas por el jefe de la gens, que actuaba como sacerdote, designándolo con un sobrenombre especial.

20.- Existían lugares comunes de inhumación.

30.- Poseían derechos hereditarios recíprocos.

40.- Tenían la obligación recíproca de prestarse ayuda, socorro y apoyo contra la violencia.

50.- Tenían el derecho y deber recíproco de casarse en ciertos casos dentro de la gens, sobre todo si se trataba de huérfanas o herederas.

60.- La posesión, en ciertos casos por lo menos, de una propiedad común, con un arconte -- régimen de un aristócrata vitalicio-- y un tesorero propios.

La fratria agrupaba varias gens, pero menos estrechas.

La gens griega, tiene también, los siguientes rasgos:

70.- La filiación, es decir, la descendencia, se realiza vía paterna.

80.- Existe la prohibición del matrimonio dentro de la gens, excepción hecha del matrimonio con las herederas. Esta excepción, realizada en precepto, indica el vigor de la antigua regla. Esta, a su vez, resulta del principio generalmente adoptado de que la mujer, por su matrimonio, renunciaba a los ritos religiosos de su gens y pasaba a los de su marido, en la fratria del cual era inscrita. Así, el matrimonio fuera de la gens era la regla general.

9o.- Se ejercía el derecho de adopción en la gens, mediante la adopción en la familia, pero con formalidades públicas y sólo en casos excepcionales.

10o.- El derecho de elegir y deponer a los jefes. Sabemos que cada gens tenía su arconte; pero "no se dice en ninguna parte que este cargo fuese hereditario en determinadas familias. Hasta el fin de la barbarie, las probabilidades están en contra de la herencia de los cargos, que es de todo punto incompatible con un estado de cosas donde ricos y pobres tenían en el seno de la gens derechos absolutamente iguales" (30).

Así, Engels afirma "No sólo Grote, sino también Niebuhr, Mommsen y todos los demás historiadores que se han ocupado hasta aquí de la antigüedad clásica, se han estrellado contra la gens. Por más atinadamente que describan muchos de sus rasgos distintivos, lo cierto es que siempre han visto en ella un grupo de familias y no han podido por ello comprender su naturaleza y su origen. Bajo la constitución de la gens, la familia nunca pudo ser ni fue una célula orgánica, porque el marido y la mujer pertenecían por necesidad a dos gens diferentes. La gens entraba entera en la fratria y ésta, en la tribu; la familia entraba a medias en la gens del marido, a medias en la de la mujer. Tampoco el Estado reconoce la familia en el Derecho público; hasta aquí sólo existe en el Derecho civil" (31).

Consideramos que el razonamiento de Engels es correcto, ya que como hemos visto, los lazos unificadores de la gens, se determinaban por la filiación consanguínea, es decir, por medio de la descendencia sanguínea, así se sabía, quiénes, podían ser parte integrante de una gens.

Un ejemplo de esta manifestación lo tenemos en la organización Atica, de la que nos habla el propio Federico Engels. La reunión de varias fratrias emparentadas forma la tribu. Así, tenemos que en el Atica (Grecia Central), existían cuatro tribus, cada una tenía tres fratrias, las cuales contaban a su vez de treinta gens cada una.

La organización de estas tribus y de estos pequeños pueblos era básicamente la siguiente:

(30).- Ibidem. pp. 114 y 115

(31).- Loc. Cit.

I.- Existía una autoridad permanente, ésta era el Consejo, primitivamente formado quizás por los jefes de las gens y más tarde, cuando el número de éstas llegó a ser demasiado grande, por un grupo de individuos electos, lo que permitió desarrollar y reforzar el elemento aristocrático. El consejo decidía los asuntos importantes. Con la institución del Estado, este consejo se convirtió en Senado.

II.- El ágora o Asamblea del pueblo. Semejante a los iroqueses, los que rodeaban a la asamblea del consejo, se convocaba por el consejo entre los griegos, para decidir los asuntos de importancia; cada hombre podía hacer uso de la palabra. El acuerdo se tomaba levantando la mano o las manos, o por aclamación. La asamblea era soberana en última instancia, puesto que era fiel ejecutora de la voluntad popular. La democracia primitiva se encontraba todavía en plena florecencia. Esto debe servir de punto de partida para determinar el poder y la situación del consejo y del jefe militar llamado basileus.

III.- El jefe militar o basileus, dice Marx "Los sabios europeos, en su mayoría lacayos natos de los príncipes, hacen del basileus un monarca en el sentido moderno de la palabra"<sup>(32)</sup>. Ya hemos visto cuál era el estado de cosas respecto a la herencia de las funciones superiores entre los iroqueses y los demás indios. Todos los cargos eran electivos, la mayor parte en el seno mismo de la gens, y hereditarios en ésta. Gradualmente se llegó a dar preferencia en caso de vacante al pariente gentil más próximo — al hermano o al hijo de la hermana —, siempre y cuando no hubiese motivo para excluirlo. Aquí observamos, entre los iroqueses y entre los griegos, el primer germen de familias nobles, con una situación especial de privilegio dentro de la gens, y entre los griegos también el primer germen de la futura jefatura militar hereditaria o de la monarquía. Consiguientemente, es posible que entre los griegos el jefe militar o basileus fuera electo o por el pueblo o confirmado por los órganos reconocidos por éste, el Consejo del pueblo o ágora, como se practicaba respecto al rex — rey — romano.

Así pues, en la estructura griega de la época heroica, podemos ver aún llena de vigor la antigua organización de la gens, pero observamos también el inicio de su inevitable decadencia: el derecho paterno con herencia de la fortuna por los hijos, lo que facilita la acumulación de las riquezas en la familia y hace de ésta un poder contrario a la gens; la repercusión de la diferencia de fortuna sobre

(32).- Opus. Cit. pág. 120.

la organización social mediante la formación de los gérmenes de una nobleza hereditaria y una monarquía; la esclavitud, que en sus orígenes sólo comprendió a los prisioneros de guerra, pero que posteriormente abrió el camino a la esclavitud de los propios miembros de la tribu, y hasta de la gens; la colonización de los pueblos más fuertes militarmente hacia el territorio de los más débiles. En conclusión, la riqueza es apreciada y considerada como el principal bien, y se abusa de la antigua organización de la gens para justificar el robo de las riquezas por medio de la violencia.

"No faltaba más que una cosa; una institución que no sólo asegurase las nuevas riquezas de los individuos contra las tradiciones comunistas de la constitución gentil, que no sólo consagrara la propiedad privada antes tan poco estimada e hiciera de esta santificación el fin más elevado de la comunidad humana, sino que, además, imprimiera el sello del reconocimiento general de la sociedad a las nuevas formas de adquirir la propiedad, que se desarrollaban una tras otra, y por tanto a la acumulación, cada vez más acelerada, de las riquezas; en una palabra, faltaba una institución que no sólo perpetuase la naciente división de la sociedad en clases, sino también el derecho de la clase poseedora de explotar a la no poseedora y el dominio de la primera sobre la segunda. Y esa institución nació. Se inventó el Estado" (33).

Consideramos que la aseveración de Federico Engels en torno al Estado, es válida sólo al inicio de éste, ya que el mismo Estado tuvo que cambiar su imagen y función, debiendo proteger los intereses de las mayorías y además de la acumulación de riquezas, el crecimiento demográfico debió influir para la creación de una institución capaz de salvaguardar y proteger los intereses de las mayorías, dando por resultado el Estado y, en este caso, el Estado Griego.

## I).- LA FAMILIA NOMADA.

En los inicios de la humanidad, la familia, estaba constituida en un grupo de miembros ligados por la sangre, es decir, consanguíneamente, además era de tipo nómada, es decir iban de un lugar a otro, buscando siempre el mejor lugar para vivir, cambiando, continuamente de tierras, en busca de las mejores y las más adelantadas maneras de sobrevivir, aunque, cuando iban de un lugar a otro, alternando constantemente de región, lo hacían no en una forma desorganizada pues la tribu o conjunto de clanes, que a su vez era formado por familias, tenían sentido de la orga  
(33).- Ob. Cit. pág. 123

nización aún en forma arcaica, sin dejar de ser efectiva. En estos primitivos grupos, fueron las mujeres quienes pusieron las bases domésticas. Y las que se ocuparon de sus hijos.

La familia nómada se dedicaba al pastoreo, y las mujeres, con el vellón de las ovejas tejían y realizaban elaboración de telas y debido a su dedicación femenina natural, pronto aprendieron la cerámica y la repostería.

La organización de esta familia nómada, venía siendo la misma en la mayoría de éstas. Un jefe era su representante ante el Consejo de la Tribu, al cual los demás miembros de la familia le debían obediencia y fidelidad. Los hermanos en este tipo de familia tenían prohibido casarse entre sí, aun cuando en un principio según Lewis H. Morgan, el vínculo de hermana y hermano trata aparejado ineludiblemente la relación sexual. Como ya hemos visto, anteriormente.

Muchos autores admiten su realidad remota, basándose en un tipo de parentesco muy especial existente aún en Polinesia, y sólo podían haberse originado en este tipo de organización familiar<sup>(34)</sup>.

Así, podemos concluir, la familia nómada, emigraba constantemente, pero siempre unida. Protegiéndose, sus integrantes mutuamente. La filiación se realizaba por la vía femenina. La madre fue, en este tipo de familia la organizadora y ama del hogar y de sus hijos.

#### J).- LA FAMILIA CELTA Y GERMANA.

Las más antiguas leyes célticas llegadas hasta nosotros nos muestran, en pleno vigor la gens.

Así, en Escocia estaba en pleno florecimiento a mediados del siglo XVIII, y sólo pereció allí por las armas, las leyes y los tribunales de los colonizadores ingleses.

En el antiguo país de Gales, sus leyes, que fueron escritas varios siglos antes de la conquista inglesa - lo más tarde, el siglo XI -, aún muestran y o-

(34).- Loner, Bernardo. "Enciclopedia Jurídica Omeba". Tomo XI. Edic. Bibliográfica, Argentina. Argentina, 1960. pág. 978.

bligaban el cultivo de la tierra en común, por aldeas enteras. De tal suerte que cada familia tenía determinada extensión de tierra para su cultivo particular; pero además de esto, se cultivaba un campo en común y su cosecha era repartida. Irlanda y Escocia tenían una organización semejante.

Los documentos del país de Gales y de Irlanda, prueban que en el siglo XI de nuestra era, aún se encuentra el matrimonio sindiásmico, que era la elección de un solo compañero o compañera, como semilla originadora del matrimonio monogámico. Así pues, aún en esta etapa en algunos pueblos la monogamia no había sustituido del todo al matrimonio sindiásmico.

En el País de Gales, un matrimonio no se consolidaba, o mejor expresado no se hacía indisoluble, sino al cabo de siete años de convivencia. De tal suerte que si sólo faltaban tres noches para cumplirse los siete años, los "esposos", aunque en realidad no lo eran todavía, podían separarse.

En este caso se repartían los bienes: haciendo la mujer las partes y escogiendo la suya el hombre. Todos los bienes eran repartidos y asimismo los hijos, de tal suerte que las leyes reglamentaban estas cuestiones beneficiando generalmente a la mujer. Si el hombre era quien rompía, tenía que devolver a la mujer su dote y alguna cosa más; si era la mujer, ésta recibía menos.

Pero si dos personas vivían juntas durante siete años, eran marido y mujer aún sin previo matrimonio formal. Si una mujer cometía adulterio, el marido tenía el derecho de pegarle, éste era uno de los casos en que podía hacerlo lícitamente, pues si lo hacía sólo por capricho, incurría en una pena. Los motivos por los cuales podía la mujer reclamar el divorcio sin perder ninguno de sus derechos en el momento de la separación, eran muchos y muy variados, como el hecho de que al marido le oliese mal el aliento, etc.

Además, las mujeres tenían, al igual que los hombres, voto en las asambleas del pueblo. En Irlanda sucedía algo parecido; estaban también muy en uso los matrimonios temporales, y en caso de separación se concedían a la mujer grandes privilegios, determinados con exactitud, incluso una remuneración en pago de sus servicios domésticos; asimismo encontramos a "una primera mujer" junto a otras mujeres. En cuanto a la herencia, no se distingue entre los hijos legítimos y los naturales,

y tenemos así, una imagen del matrimonio por parejas. Que vendría a dar origen a la familia monogámica.

Otra estructura familiar de este tipo, es la gens Irlandesa, en la cual a la tribu se le designa "clan". Según el testimonio de los jurisconsultos ingleses enviados en el siglo XVII a ese país, para transformar el territorio de los clanes en dominios del rey de Inglaterra. El suelo había seguido siendo propiedad común del clan o de la gens, posteriormente algunas propiedades pasaron a ser privadas, ya del Jefe o de algún miembro sobresaliente, y así, el campesino, colono individual del suelo en otro tiempo propiedad común de la gens y robado después por el conquistador inglés, tiene que pagar el arrendamiento de la tierra, empezándose a originar la propiedad privada, aunque con cierto rasgo comunitario todavía, puesto que al morir un miembro de la gens y, por consiguiente, se disolvía una hacienda, el jefe o caput cognationis, hacía un nuevo reparto de todo el territorio entre los demás hogares. En general, siguiendo las reglas usuales en Alemania.

La estructura de la familia de Escocia, a través de sus clanes, tiene imperio el derecho materno, siendo válida la herencia por línea femenina. También se conservó entre los escoceses hasta la Edad Media, lo mismo que entre los habitantes del País de Gales, un recuerdo de la familia punalúa, el derecho de la primera noche, que el jefe de clan o el rey podía ejercer con toda recién casada el día de la boda, en calidad de último representante de los maridos comunes de antaño, si no se había redimido la mujer por el rescate, que consistía en un pago que debía hacer el marido para dejarla exenta de esa primera noche con el jefe de clan o rey.

También los germanos, hasta la emigración de los pueblos, estuvieron organizados en gens. Hasta poco siglos antes de nuestra era debieron haber ocupado el territorio situado entre el Danubio, Rhin, el Vístula y los mares del Norte. Tanto entre los germanos como entre los mexicanos y los griegos, el orden de batalla, tratase del escuadrón de caballería o de la columna de infantería constituida por corporaciones gentilicias.

En los tiempos de Tácito, entre los germanos, el derecho materno había sido reemplazado por el derecho paterno; los hijos heredaban al padre; a falta de ellos sucedían los hermanos y los tíos por ambas líneas, paterna y materna. La admisión del hermano de la madre a la herencia prueba cuán reciente era aún entre los

germanos el derecho paterno. Otro resto del matriarcado agonizante era el respeto, casi incomprensible para los romanos, que los germanos profesaban al sexo femenino. Consideraban a la mujer como profética y sagrada y prestaban oído a sus consejos hasta en los asuntos más delicados. La autoridad de la mujer parece indiscutible en la casa.

Según lo hemos visto, la forma de matrimonio era la sindiásmica, cada vez más aproximada a la monogamia. No era aún la monogamia estricta, puesto que a los grandes se les permitía la poligamia. En cuanto al matrimonio, había una gran diferencia entre los Celtas y Germanos, pues entre los primeros no se tomaba en consideración, para su celebración la virginidad de las doncellas, lo cual era distinto entre los germanos, ya que éstos otorgaban gran importancia a la castidad de las jóvenes. Además de que entre los germanos el divorcio sólo se podía otorgar por la causal de adulterio cometido por la mujer.

Sin embargo, los germanos, excepcionales caballeros en sus bosques, virtuosos, sólo necesitaron poquísimo contacto con el exterior para ponerse al nivel del resto de la humanidad europea; en medio de los romanos, el último vestigio de la rigidez de costumbres desapareció con gran rapidez.

Durante la época de los clanes, la tierra era cultivada en común, paulatinamente vinieron las comunidades economistas con parcelas de propiedad privada, cuyos cultivos eran en parte para ellos mismos. Todo esto ocurrió en forma normal, lógica, a la transformación que todas las sociedades comunistas sufrieron y sufrirían como una consecuencia del nacimiento de la propiedad particular. Se practicaba la hechicería religiosa, estando aún en uso los sacrificios humanos.

En resumen, eran un pueblo que acababa de pasar del estadio medio al estadio superior de la barbarie.

También las tribus germanas sufrieron las transformaciones de las tribus americanas y las de las gens griegas y romanas, dando como resultado el acabóse del régimen gentilicio. Este quedó destruido, y el Estado ocupó su lugar, el cual fue producto del desarrollo histórico a que hemos hecho referencia<sup>(35)</sup>.

(35).- Engels, Federico. Opus. Cit. pp. 150 y siguientes.

## LA FAMILIA EN LOS PUEBLOS ORIENTALES.

Con el fin de dar un panorama general de la estructura familiar en los pueblos orientales, mencionamos aquí, brevemente las características fundamentales de la familia entre los siguientes pueblos orientales:

### 1.- EGIPTO .

Los egipcios practicaban el matrimonio poligámico, pero únicamente los ricos. Ya que los pobres tenían que conformarse con una sola mujer. El matrimonio se practicaba aún entre la familia, con la idea de conservar pura la sangre y conservar dentro de la familia, los bienes. El adulterio era causal de divorcio. Claro que debía ser comprobado dicho adulterio. Además de que la mujer tenía demasiada independencia como consecuencia del régimen patriarcal; pero en la época del Patriarcado, pierde toda su fuerza dicha independencia. El matrimonio era celebrado entre ritos solemnes y también por compra de la esposa. Los matrimonios en el pueblo egipcio se realizaban en edad temprana en comparación con países fríos, donde se consideraba a los menores pertenecientes a la infancia. Las consecuencias fueron que las familias fueran muy numerosas; además, querían demasiado a sus hijos, hasta tal punto que el infanticidio era muy poco practicado, además, en este último caso, se castigaba severamente.

Esta organización familiar egipcia, fue muy semejante a la de los estados salvajes y bárbaros de la civilización. Este pueblo, tuvo algunos adelantos en su organización, pero en general, tuvieron la gran traba de que sus generaciones de generaran la raza por practicar el matrimonio entre parientes cercanos y tener copula a tan temprana edad.

### 2.- BABILONIA .

En este pueblo, nos encontramos con ritos en cuanto al matrimonio, un poco extraños, la mujer debería llegar al matrimonio, no siendo virgen. Practicaban en cierto modo el "matrimonio por ensayo", el cual estaba reglamentado por la ley. Los matrimonios formales eran arreglados entre los padres de los presuntos contrayentes, por medio de regalos y dinero. Además, el matrimonio era monogámico, y el adulterio se castigaba con pena de muerte para ambos ejecutores, aún cuando podían ser perdonados si el marido ofendido quería. También se podía pedir el divor-

cio por adulterio comprobado, por esterilidad, por incompatibilidad de caracteres, de humor y por negligencia; como consecuencia de estas disposiciones, la familia babilónica era muy poco estable<sup>(36)</sup>.

Estas disposiciones orillaban a la inestabilidad familiar y estatal en Babilonia.

### 3.- A S I R I A .

En Asiria, la familia estaba estructurada bajo un estricto régimen patriarcal, y el fin primordial de la misma, en virtud de ser el pueblo asirio, eminentemente guerrero, era la perpetuidad de la especie. Sus disposiciones jurídicas y morales influían para aumentar la población, es decir, el índice de natalidad; el aborto se consideró como un crimen, y a las mujeres que lo cometían, se les castigaba con la pena de muerte, empalándolas.

El matrimonio se efectuaba por contrato, y algunas ocasiones se limitaba a una compra simple y pura. La Ley y la costumbre asirias daban a la mujer una situación de inferioridad respecto al hombre. Además debían aparecer en público con el rostro cubierto, obedecer ciegamente a su marido y serle estrictamente fiel, sin ser ésta obligación del hombre respecto de la mujer. Por el contrario, los hombres solían tener tantas mujeres, como recursos económicos tuvieran, sin recibir por ésto una sanción de tipo moral o legal<sup>(37)</sup>. Es muy normal en Oriente esta reglamentación, pues en la actualidad, todavía subsisten algunas situaciones con carácter poligámico.

### 4.- I S R A E L .

En los orígenes de este pueblo, tenía la misma organización respecto a la familia, que la mayoría de los pueblos orientales. De acuerdo con la aseveración hecha por Fischman, "en los albores de la civilización de este pueblo, cuando llevaba una simple vida pastoral y su organización política no iba más allá de la tribu, encontramos en relación con la estructura de la familia, muchos elementos comunes a otros pueblos orientales de esa época"<sup>(38)</sup>.

(36).- Loner, Bernardo. Ob. Cit. pág. 982.

(37).- Ibidem. pág. 983.

(38).- Loc. Cit.

En este pueblo, también se realizaba el matrimonio a través de la compra, aunque con carácter disoluble, pues existía el divorcio, asimismo éste se podía pedir por adulterio comprobado. A la adúltera se le castigaba con la pena de muerte, en forma de lapidación, y el hombre sólo pagaba con dinero su culpa adulterina. Además, el hombre tenía el derecho de repudiar a la mujer, cuando se encontrare en ésta un defecto físico considerado como suficiente para rechazarla. La autoridad paterna era ilimitada, aunque no al grado de decidir sobre la vida de sus hijos; pero éstos debían obediencia ciega al padre, para poder participar de los beneficios familiares. La mujer debía llegar virgen al matrimonio so pena de ser lapidada.

Además, la población debía multiplicarse para poder sobrevivir, y, por tanto, las leyes y costumbres exaltaban la maternidad y consideraban el celibato como un pecado o crimen; hacían el matrimonio obligatorio después de la edad de veinte años. Se imponía el matrimonio a los sacerdotes, considerando que serían más puros teniendo o llevando una vida normal, consideraban inferior a la mujer estéril, a tal grado, que en todo momento de esta cultura, la esterilidad fue admitida como causal del repudio y del divorcio. Dispusieron que el aborto, el infanticidio y cualquier otro medio destinado o encaminado a controlar la natalidad, eran condenaciones paganas.

La vida económica judía, se desenvolvía tomando como base la propiedad privada, y el primer hijo sucedía al padre en derechos y en todo, al morir éste<sup>(39)</sup>. Es admirable que los judíos en esa época hayan podido dar una reglamentación tan precisa de la familia.

## 5.- P E R S I A .

El libro sagrado de los Persas, denominado Zend - Avesta, regula la estructuración de la familia. En este pueblo, también se consideraba una imperiosa necesidad aumentar continuamente la población, y se protegían y fomentaban todos los medios tendientes a lograrla. Autorizándose la poligamia y el concubinato, considerando a la familia como la más sagrada institución.

(39).- Op. Cit. pág. 984.

El matrimonio era arreglado entre los padres de los presuntos contrayentes. Antes de Darío, la mujer ocupaba un lugar de privilegio, tanto dentro de la familia como en el seno de la sociedad, aunque después del advenimiento del rey, su situación empeoró.

El aborto se consideró como un delito grave, peor que el adulterio, ya que éste se podía perdonar, pero el aborto, se castigaba con la pena de muerte<sup>(40)</sup>.

Así, en esta época, cuando gobernó Darío, los persas colocaron a la mujer en una situación de inferioridad absoluta, respecto al hombre.

## 6.ª I N D I A .

Al igual que los demás países orientales mencionados anteriormente, la India posee las mismas características de organización familiar.

El matrimonio se llevaba a cabo por medio de compra, consentimiento o raptó de la mujer, aún cuando se asegura que las mujeres preferían éste último. Asimismo, existía la poligamia como lujo de los grandes señores. En la primera fase histórica de este pueblo, la mujer gozaba de una libertad familiar muy grande. Era muy respetada e inclusive el marido, en muchas ocasiones, se dejaba guiar por los consejos de ella. Esta situación con el tiempo, se fue restringiendo, hasta desaparecer. Se veía en la mujer una máquina para tener hijos, y lógicamente, el aborto y el infanticidio fueron considerados crímenes imperdonables y penados, consiguientemente, en forma muy severa.

El matrimonio era considerado como un sacramento y el Código Manú, admite ocho clases de matrimonio:

- 1o.- El de Brahma.
- 2o.- El de los Dioses.
- 3o.- Cuando el novio recibe un toro y una vaca.
- 4o.- El de los Pradjapatis - primeros seres del mundo - .

(40).- Loc. Cit.

- 50.- El de los Asuras.
- 60.- El de los Gandharvas.
- 70.- El de los Raksasas.
- 80.- El de los Pizachas.

De todas estas clases de matrimonio, sólo los cuatro primeros eran los legales<sup>(41)</sup>.

## 7.- CHINA.

En este pueblo, la familia estaba organizada en forma esencialmente patriarcal. Admitíase la poligamia, la que era generalmente practicada por los ricos. El matrimonio se arreglaba entre los padres de los presuntos contrayentes. Eran los padres quienes elegían a los cónyuges de sus hijos, los que por lo común ni se conocían, sino hasta el día de sus nupcias; pese a esto, se establecían entre ellos, fuertes lazos de respeto y afección.

Hemos intentado esbozar un panorama general de la organización de la familia, a través de su evolución. También nos percatamos, de cómo estaban constituidas las gens primitivas, bajo el amparo del derecho materno.

Posteriormente, cómo este derecho materno es sustituido por el patriarcal, cuando el matrimonio por grupos es reemplazado por la monogamia, en forma paulatina hasta llegar a la organización actual de la familia.

De todo lo anterior, podemos considerar a la familia jurídicamente como "el conjunto de personas ligadas por el matrimonio o la filiación, o personas vinculadas por lazos de consanguinidad o afinidad, resultantes de las relaciones matrimoniales o paterno - filiales o de adopción".

O, bien, "La familia es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo del matrimonio, o por el parentesco de consanguinidad, adopción o afinidad"<sup>(42)</sup>.

(41).- Ob. Cit. pág. 985.

(42).- Art. 391 del Proyecto de Código Familiar para el Distrito Federal.

Por su parte el maestro Planiol, Marcelo, asevera que podemos considerar a la familia como "la institución social, permanente y natural compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación" (42').

Así pues, como indica el maestro citado, la familia se considera en nuestro estado actual de civilización como una institución necesaria. Donde la protección y educación de los hijos imponen a los padres deberes que no pueden cumplirse útilmente, sino por medio de la unión duradera de los dos cónyuges. Aún cuando los cónyuges nunca llegasen a procrear, no dejan de constituir una sociedad natural. La agrupación familiar es en la sociedad política un núcleo irreductible.

Este grupo natural, como lo hemos visto, ha pasado por diversas fases y por ello, ha tenido distintas características en su organización.

Además, la familia puede verse desde el punto de vista sociológico, jurídico, político y económico:

Desde el punto de vista sociológico, podemos decir que "la familia es un grupo de personas que emergen o surgen del hecho de la relación sexual o cópula que origina la procreación, donde un progenitor común va a dar una familia". La familia sociológicamente hablando, deriva pues, del hecho social de la procreación.

Desde el punto de vista jurídico, podemos definir a la familia como "la institución social, permanente, compuesta por el conjunto de personas ligadas por el matrimonio, o por el parentesco de consanguinidad o afinidad o adopción, resultantes de las relaciones matrimoniales, paternofiliales o de adopción". Como es de observarse, la familia desde este punto de vista, surge del hecho jurídico del matrimonio, filiación, adopción, etc.

Desde el punto de vista político, podemos decir que en los pueblos más antiguos la familia constituía una célula del Estado. Este carácter político resultaba fuertemente acentuado en la familia romana, colocada bajo la soberanía absoluta del Paterfamiliae, quien era al mismo tiempo, jefe, juez y sacerdote de su hogar.

(42').- Loner, Bernardo, Opus Cit. pág. 992.

Igualmente, en la sociedad feudal, las relaciones de familia señalaban la clase del individuo.

El principio de igualdad civil y política, ha hecho desaparecer ese carácter político de la agrupación familiar.

Desde el punto de vista económico, la familia primitiva era una agrupación económica; la propiedad fue como hemos visto, de tipo familiar, común, antes de ser particular; la producción era domiciliaria y el trabajo doméstico aseguraba la subsistencia de la familia. Sin embargo, la propiedad individual se abrió paso en seguida; pero no así la producción doméstica, que ha ido desapareciendo más lentamente, hasta su aniquilamiento debido a la organización industrial. Las consecuencias de esta evolución han sido considerables. La esposa y los hijos al no encontrar ya en el hogar ocupaciones suficientes, han buscado trabajo en la fábrica o en el taller. O bien, la mujer se ha dedicado al ejercicio de alguna profesión, logrando con esto, emanciparse de las labores exclusivamente domésticas y ha logrado un amplio desarrollo en todas las áreas de la actividad y conocimiento humano. La familia ha dejado, pues, de ser un grupo productor, pero continúa siendo una agrupación de propiedad. Claro que ésta última es de carácter individual, pero, gracias a nuestro régimen jurídico, puede pasar por herencia a los descendientes. Además, los cónyuges al contraer nupcias unen sus patrimonios. Por lo que este punto de vista económico, tiene su función dentro del seno familiar<sup>(43)</sup>.

Por tanto, atendiendo a la reglamentación jurídica de la familia, encontramos situaciones trascendentales en la pareja inicial y sus descendientes, siendo la intervención del Estado la encargada de regular todas sus consecuencias<sup>(44)</sup>. Esas consecuencias y efectos son los productores del Derecho Familiar, entendido como "El conjunto de normas jurídicas que regulan el estado de familia, tanto matrimonial, cuanto extramatrimonial, así como sus efectos personales y patrimoniales"<sup>(\*)</sup>. Apoyados sobre bases de constitución, organización y estabilización del núcleo familiar.

En Occidente, podemos considerar que la familia está compuesta, en términos generales por el matrimonio, es decir, por los cónyuges y sus hijos, y el pa-

(43).- Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge. Trad. Dr. Díaz, C. Mario. "Tratado Práctico de Der. Francés". T. II. "La familia". Edit. Cultural, S.A. La Habana, Cuba, 1939. pp. 8 y 9

(44).- Loner, Bernardo. Ob. Cit. pág. 993.

(\*).- Julián Gutiérrez. Ignoramos si sea suya tal definición.

dre y la madre ejercen igualmente la misma autoridad dentro del hogar. Consideramos que la institución familiar se encuentra en crisis, porque han disminuído su importancia, tanto en la educación de los hijos, como a través de los distintos medios de comunicación, como son la radio, la televisión, el cinematógrafo, etc., los cuales ayudan a que se pierdan los lazos espirituales de acercamiento entre la familia. También desequilibra la organización familiar, la aparición cada vez más alarmante de las separaciones entre los cónyuges, que dan lugar a otras familias.

En contra de todos estos factores, debe surgir un Derecho Familiar, autónomo, que devuelva a la familia el lugar que le corresponde dentro de cualesquiera sociedad. Derecho Familiar que debe ser reglamentado por el Estado. Pero éste de ninguna manera debe irmiscuirse en el seno familiar. Este es el primer argumento de nuestra tesis, para devolver a la familia el primer lugar dentro de toda la organización social y estatal. Ya que la familia se encuentra aún por encima del Estado. Y éste debe reglamentarla y tutelar sus intereses más preciados. Puesto que, como hemos observado en cuanto a su nacimiento y evolución, debemos anotar la gran importancia que como fenómeno sociológico, ha tenido y sigue teniendo, en las diversas formas de gobierno, las cuales han surgido natural y necesariamente de la familia, por lo que desde ahora apuntamos esta gran importancia, como un fundamento más a nuestra tesis, en relación con la necesaria reglamentación que el Estado debe hacer de la familia.

Las cátedras en la Universidad, la práctica en los juzgados, la preparación de especialistas en materia familiar, los estudios y leyes proteccionistas y tutelares de la familia, permitirán la realización de lo apuntado.

Por lo tanto, la familia de nuestros días, reclama una reglamentación presente, acorde a la realidad social mexicana, y una reglamentación previsible para el futuro, de tal suerte que el aspecto humanista de que carece la legislación actual, en términos generales, se le otorgue a través del convencimiento de que la familia constituye el asiento principal de la actual organización estatal.

## C A P I T U L O   I I .

### "EL ESTADO Y LA FAMILIA"

#### A).- LA FORMACION DEL ESTADO Y LA FAMILIA.

Consideramos con Federico Engels, que en ninguna parte podemos observar mejor que en la antigua Atenas, por lo menos en su primera fase de evolución, de qué modo se desarrolló el Estado, en parte transformando los órganos de la constitución gentil, en parte suprimiéndolos mediante la introducción de nuevos órganos y, por último, reemplazándolos por auténticos organismos de administración del Estado, en tanto que una "fuerza pública" armada al servicio de esa administración del Estado y que, por consiguiente, podía ser ejercida y dirigida contra el pueblo, usurpaba el lugar del verdadero "pueblo en armas" que había creado su autodefensa en la organización de las gens, las fratrias y las tribus. Así, surge la propiedad privada, el comercio marítimo y el préstamo del dinero, con lo que nace la usura. Todo esto aunado a la división del trabajo existente, trajo como consecuencia el desequilibrio de la constitución gentilicia, que en los tiempos heroicos se hizo ya necesario remediarla y se adoptó la Constitución atribuida a Teseo. El cambio principal fue la institución de una administración central en Atenas; esto es, parte de los asuntos que hasta entonces resolvían por su cuenta las tribus fue declarada común y transferida al consejo general residente en Atenas. Los atenienses, fueron, con esto, más lejos que ninguno de los pueblos indígenas de América: ya que la simple Confederación de tribus vecinas fue reemplazada por su fusión en un solo pueblo. De aquí nació, un sistema de derecho popular ateniense general, que estaba por encima de las costumbres de las tribus y de las gens. El ciudadano de Atenas recibió como tal, determinados derechos, así como una nueva protección jurídica incluso en territorio ajeno a su tribu. Pero esto ocasionó la transformación y aniquilamiento de la constitución gentilicia. Asimismo, el propio Teseo crea la institución en virtud de la cual divide al pueblo ateniense en tres clases:

- 1a.- Los eupátridas o nobles.
- 2a.- Los Geomoros o agricultores.
- 3a.- Los Domíurgos o artesanos.

Sin tomar en consideración, para esta escisión a la gens, fratria o la tribu, concediendo a la nobleza el derecho exclusivo de ejercer los cargos públicos. Así nace el Estado. Así pues, el primer intento de formación del Estado consiste en destruir paulatinamente los lazos gentilicios, dividiendo a los miembros de las gens en privilegiados y no privilegiados, y a estos últimos, en dos clases, según su oficio. Oponiendo una clase en contra de la otra.

Así, las funciones del jefe militar o basileus cayeron en desuso; a la cabeza del Estado púsose a arcontes - régimen o gobierno de los aristócratas - salidos del seno de la nobleza. Esta autoridad aumentó cada vez más, hasta hacerse insuportable hacia el año 600 antes de nuestra era. Utilizáronse, para aniquilar la libertad y organización común, principalmente el dinero y la usura. Así, el Estado se había desarrollado sin hacerse notar. Los nuevos grupos constituidos por la división del trabajo, primero entre la ciudad y el campo, posteriormente entre las diferentes ramas de la industria en las ciudades, habían creado nuevos órganos para la defensa de sus intereses, y se instituyeron oficios públicos de todas clases.

Luego, el joven Estado tuvo, ante todo la necesidad de una fuerza propia, para ello tuvo que auxiliar al pueblo explotado, cambiando su imagen y estructura, cumpliendo posteriormente los fines propios del Estado moderno. Por lo tanto, la formación del Estado entre los Atenienses es un modelo notablemente típico del origen mismo del Estado en general, puesto que, por una parte, se realiza como un proceso histórico, sin que, en realidad intervengan violencias exteriores o interiores; por otra parte hace brotar directamente de la gens un Estado de una constitución perfeccionada, la República Democrática<sup>(45)</sup>.

Cosa parecida sucedió en el pueblo romano.

En cuanto a la constitución de la familia, consideramos haber dejado ya asentado, en términos genéricos, esta evolución, por lo que en esta parte de nuestro estudio, sólo apuntamos que fue un proceso histórico natural, el que dio origen a la formación de la familia.

(45).- Véase Engels, Federico. Opus. Cit. pp. 123 y siguientes.

## B).- LA EVOLUCION DEL ESTADO.

Como hemos visto, los primeros datos que se nos ofrecen acerca de la vida histórica de la humanidad es la existencia de un conjunto de habitantes primitivos, posteriormente este conjunto de habitantes aislados, se asientan en un territorio común determinado, formándose paulatinamente una población cada vez más densa dentro de un territorio previamente dado, esta población surge del mero hecho de la convivencia. La población es, pues, "un grupo humano que reside en un cierto espacio guardando con éste una simple relación física"<sup>(46)</sup>. Asimismo, cuando esas relaciones entre los individuos que conforman ese grupo no derivan únicamente del hecho de convivir juntos, sino, de elementos comunes de carácter sociológico, histórico, religioso o económico, etc., esto es, cuando a ese grupo lo unen factores determinados por causas culturales como la historia, la tradición y las costumbres, o factores geográficos y económicos, entonces esa población asume la calidad de comunidad, pudiendo comprender dicha población varias comunidades diferentes. Luego entonces, la comunidad, es una forma superior a la simple población y esta "comunidad", se convierte en nación cuando "entra en la esfera del autoconocimiento, o en otras palabras, cuando el grupo étnico se torna consciente del hecho de que constituye una comunidad de normas de sentimiento, o mejor aún, tiene una psiquis común inconsciente, poseyendo su propia unidad e individualidad y su propia voluntad de perdurar en el tiempo". "Una nación es una comunidad de gentes que advierten cómo la historia las ha hecho, que valoran su pasado y que se aman a sí mismas tal cual saben o se imaginan ser, con una especie de inevitable introversión"<sup>(47)</sup>. Así pues, el concepto de nación es de carácter sociológico.

El fin de la nación es el crear una psiquis común inconsciente, sentimientos y estados psicológicos comunes y costumbres comunes también. Pero en una sociedad el objeto es una tarea a realizar o un fin a alcanzar, así, en el caso de la comunidad nacional cuando ésta toma la decisión de organizarse políticamente, ésto es, cuando su organización política es el fin que persigue, se convierte en una sociedad política. Esta conversión opera mediante la existencia de un orden jurídico que es el que establece su estructura orgánica, de tal suerte que si la nación - comunidad es de formación natural, la nación - sociedad es de creación jurídica. Una vez realizada e instituida por el Derecho la estructura política de la comunidad na

(46).- Burgoa, Orihuela, Ignacio. "Derecho Constitucional Mexicano". Edit. Porrúa, S. A., Méx. 1973. pág. 36.

(47).- Loc. Cit.

cional, merced a un acto constituyente, la integración de los órganos de gobierno que forman jerárquicamente esa estructura se encarga, dentro de los sistemas democráticos, a personas que reúnan determinadas cualidades, es decir, a sólo determinados individuos que forman parte de un grupo dentro de la misma nación. Este es precisamente el "pueblo político". La creación de ese orden jurídico - político supone necesariamente un poder, es decir, la actividad creativa cuyo elemento generador originario es la comunidad nacional o pueblo y cuya causa eficiente es el grupo humano que en su representación lo elabora y aplica intelectivamente. Este poder, es el medio al través del cual se consigue el fin, o sea, la organización o estructura jurídico - política que la nación pretende darse, esto es la autodeterminación en relación con sus asuntos internos y la forma de actuar respecto de los externos.

Ahora bien, cuando esta estructura jurídico - política comprende a toda una nación - pueblo en sentido sociológico - o a varias comunidades nacionales que constituyen la población total asentada dentro de un determinado territorio, se origina un fenómeno que consiste en la formación de una persona moral denominada Estado, el cual es la culminación de todo un proceso evolutivo en el que se encadenan sucesivamente diversos factores los mismos que se convierten en elementos constitutivos de la entidad estatal que los sintetiza en su ser y los comprende en su definición. De esto podemos concluir que el Estado no produce el Derecho, sino que el Derecho crea al Estado como sujeto del mismo, otorgándole personalidad, y a su vez, el Derecho se establece por un poder generado por la comunidad nacional en busca del fin que estriba en organizarse o en ser organizada políticamente. De todo esto, podemos desprender la importancia que tiene el orden jurídico fundamental - Constitución - en la formación del Estado, ya que gracias a ese orden jurídico fundamental el Estado existe como persona moral, es decir, como centro de imputación normativa, como sujeto de derechos y obligaciones, al través del cual la nación realiza sus fines sociales, culturales, económicos o políticos, en unas palabras, cumple su destino histórico. Ahora bien, para que esta persona moral, pueda cumplir con su tarea tan diversificada, el Derecho lo dota de una actividad, que es el poder público, desempeñado generalmente por los órganos legislativo, ejecutivo y jurisdiccional, a este conjunto de órganos se les denomina gobierno en sentido amplio. Cada uno de estos órganos desempeña por mandato del orden jurídico fundamental establecido, determinada esfera de atribuciones o facultades, para que por su ejercicio se despliegue el poder público, traducido en una variedad de actos de autoridad, y que tiene como característica fundamental la coercitividad o el imperio<sup>(48)</sup>.

(48).- Opus. Cit. pág. 39

Asimismo, el problema de la justificación del Estado, ha sido abordado por la doctrina, básicamente para responder a las preguntas de ¿Porqué existe y debe existir el Estado? ¿Cuáles son sus razones de existencia? Los problemas anteriormente planteados, se han estudiado por diversas teorías desde distintos puntos de vista, tales como, el teleológico - religioso, el de la fuerza, el ético y el contractualista. Enseguida, esbozamos brevemente las principales teorías.

Las teorías teológico - religiosas aseveran que el Estado es de origen divino y que por ello todos los hombres están ineludiblemente obligados a someterse a él, siendo San Agustín y Santo Tomás de Aquino sus principales exponentes. Para estas teorías, la comunidad temporal, o sea, el Estado, debe estar sometida a la comunidad espiritual que es la Iglesia, concepción que sirvió de apoyo doctrinal a la hegemonía que el Papado ejerció sobre la autoridad de los reyes durante la Edad Media - que va del siglo V al siglo XV de nuestra era- y que fue la causa de las incensantes luchas que éstos emprendieron para manumitirse de la potestad papal y recuperar su poder.

Por su parte la teoría de la fuerza, sostiene que el Estado es un "poder natural" dado en la vida misma de los pueblos que necesariamente tienen que ser regidos y sujetados a él. Para esta teoría, el Estado es un hecho real resultante de la diferenciación entre gobernantes y gobernados y su justificación reside en la naturaleza de las mismas sociedades humanas y en su propia existencia histórica, que revela la presencia, en ellas, de dos grupos; el minoritario que manda y el mayoritario que obedece. La concepción marxleninista del Estado como instrumento opresor de las clases sociales desposeídas y como aparato que coactivamente garantiza en favor de una clase, la capitalista la detentación de los bienes de producción, puede incluirse dentro de esta teoría. Nosotros, como lo hemos apuntado ya, estamos de acuerdo con esta teoría, pero sólo al inicio de esta persona moral del Estado.

Por su parte, la teoría ética justifica al Estado basándose en que el bien supremo del hombre, o sea, la felicidad, no puede obtenerse fuera del Estado, según lo dijeron Platón y Aristóteles. También son sus principales expositores Fichte y Hegel, cuyo pensamiento está fundado en una especie de "obligación moral" que tiene todo sujeto para cooperar con sus semejantes en la solidaridad social y para someterse a los imperativos que derivan de ésta, la que se hace efectiva por el Estado.

Finalmente, la teoría contractualista explica al Estado como efecto directo de un pacto. Esta teoría se desenvuelve en diferentes tesis que contienen distintos matices, pero que reconocen un elemento común: el contrato, concertado bien entre Dios y los hombres o por éstos entre sí.

Mediante el primer aspecto, el Estado resulta de un pacto entre individuos "originariamente soberanos" para cumplir libremente un mandamiento divino, confiriéndose el poder al príncipe como representante de Dios en los negocios temporales y con la obligación moral de gobernar a sus súbditos según su voluntad. Respecto del contrato entre los hombres, que está lejos de todo origen divino, las teorías que lo postulan como germen del Estado, entre las cuales están las de Hobbes, Tomás, y, sobre todo, la de Juan Jacobo Rousseau, parten del supuesto hipotético de un Estado civil", al que los hombres se someten voluntariamente, cuando el poder social que se deposita en la comunidad por entrega que cada individuo hace de su libertad individual en favor de ésta, la que, a su vez, se la restituye garantizada para ejercitarse dentro de la vida social. Así, es el contrato originario mediante el cual todos los hombres renuncian en su voluntad en el pueblo para volverla a tomar como miembros de un ser común, esto es, del pueblo considerado como Estado<sup>(49)</sup>.

Por su parte el maestro Ignacio Burgoa Orihuela expresa: "En resumen, la justificación del Estado resulta de un estricto proceso lógico que recoge las consideraciones que se acaban de formular, pues para realizarse a sí misma, la nación requiere indispensablemente un orden jurídico que presupone en esencia una organización, y como en ese orden (el primario fundamental) se crea al Estado como institución dinámica, el propio Estado es el agente para su realización, ya que este objetivo implica, según dijimos, su finalidad genérica. Debemos enfatizar que no puede existir ninguna comunidad nacional jurídicamente organizada y asentada en un territorio, sin Estado. Bajo estas circunstancias, no puede prescindirse del Estado ni del Derecho"<sup>(50)</sup>.

Estamos de acuerdo con el maestro mexicano, pues como él, consideramos al Estado como un ente que surgió y se justifica gracias a un proceso histórico, necesario a la nueva realidad social existente en el momento de su nacimiento.

(49).- Ibidem pp. 342 y siguientes.

(50).- Ob. Cit. pp. 346 y 347.

Así pues, podemos concebir al Estado como la organización jurídica de una sociedad, que se realiza bajo un poder de dominación, el cual es ejercido dentro de un territorio determinado. Así, los elementos esenciales de todo Estado son: la población, el territorio, el poder político.

La población y el territorio, representan los ámbitos personal y espacial de validez del orden jurídico. Este es el elemento formal bajo un poder de mando, este poder político se manifiesta a través de una serie de normas jurídicas<sup>(51)</sup>.

Este proceso histórico es el que dio origen al Estado contemporáneo.

Así pues, dejamos asentado, cómo el Estado se transformó, después de haber surgido como protector de una clase dominante, a ser lo que es en la actualidad, en la gran mayoría de los pueblos: el protector de los intereses de las mayorías, fundado bajo un ordenamiento jurídico fundamental, - Constitución Política de los Estados - .

#### C).- LA FAMILIA COMO BASE DEL ESTADO.

Con lo expuesto, no podemos menos que aceptar que la familia, que conformaban la gens, fratrias y tribus, fue la base del nuevo Estado moderno, por lo tanto, fueron dentro de este proceso histórico las que dieron origen al mismo, creando un ordenamiento jurídico que pudiese estructurar al nuevo ser naciente. Pero, la familia, ha sido y es el grado máximo dentro de cualesquiera sociedad, consiguientemente, la familia se encuentra aún por encima del Estado. Este tiene, gracias a ese conjunto de familias, la potestad de estructurar la organización del conjunto de éstas, para que pueda ser factible la vida en sociedad, dentro de un orden jurídico establecido por la misma, en un tiempo histórico determinado. Así, el Estado debe velar por los intereses de esas mayorías, debe tutelar y proteger principalmente ese máximo núcleo, que representa la familia, esta tutela debe realizarse a través de una legislación acorde a las necesidades de ese núcleo, legislación que debe ser realizada por uno de los órganos del Estado, aprovechando éste su poder de imperio para el cumplimiento de dicha legislación. Pero debemos dejar claro, que el Estado debe estructurar y dotar a la familia de un ordenamiento jurídico propio, pero de ninguna manera podemos aceptar que el Estado se inmescuya en el seno familiar, esto es, la familia debe seguir teniendo la libertad, la independencia, dentro del seno familiar.

(51).- García, Maynez, Eduardo. "Introducción al Est. del Der." Vigésimaséptima edición. Edit. Porrúa, S. A. Méx. 1977. pp. 98 y siguientes.

Concluyendo, la familia es la base del Estado, éste debe reglamentar a la familia, dotándola de un ordenamiento jurídico propio, independiente, para que pueda ser aplicada a ella, entendida como una unidad, estableciendo los derechos y deberes de cada uno de sus miembros.

Así, ese conjunto de familias en un momento histórico determinada, se vio en la necesidad de crear un ordenamiento jurídico: el Derecho, el cual dio vida al Estado moderno, para que éste protegiera los intereses de las mayorías en sociedad.

#### D).- LA INTERVENCION ESTATAL EN LAS RELACIONES FAMILIARES.

Si nos remontamos a la historia, antes del patriarcado, existió el dominio familiar de la mujer, y en torno a ella giraba la organización familiar. Por lo que se denomina matriarcado, y el poder de la mujer en el hogar, en esa época, se puede comparar con el mando poseído por el hombre. Dentro de la organización materna, la mujer tenía prioridad en sus costumbres, derivándose ciertos actos que podrían considerarse como jurídicos, o sea, la herencia por vía materna, es decir, la costumbre, sólo tomaba en cuenta el parentesco de la madre. Esto, debido al estado promiscuo, en que vivían, de tal suerte que cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres. Es decir, existía la poligamia y poliandria. En estas circunstancias la filiación era vía materna. Desde entonces la historia no vuelve a revelarnos época donde la mujer hay imperado o cuando menos haya igualado el mando del hombre. Así pue, el poder de la mujer es desplazado y surge éste en el hombre, dando lugar a la familia patriarcal, en el que se impide la libre voluntad del hombre por el mismo hombre.

En la familia patriarcal, imperó el mando y la decisión del más anciano, y como consecuencia, el más sabio. El mando supremo del clan, de la tribu y de la familia, respectivamente, se delegan en el individuo mayor del grupo; Este podía disponer hasta de la vida de sus miembros. Esta organización fue muy primitiva y de ella se estructuraron en forma parecida, ciertos Estados modernos y maneras de gobiernos actuales, como la monarquía, la dictadura, etc.

Este fue el modo de convivencia dentro del Estado Romano. En el cual encontramos a un pater familiae como sumo jefe de la domus, es decir, del hogar o casa, el cual era dueño de todas las cosas y aún de los miembros que la integraban

y consiguientemente disponía de todo a su arbitrio. Al principio estuvo fuera de los preceptos del Derecho y, posteriormente, su ilimitado poder, se reglamentó con la ciencia jurídica romana de ese tiempo, de tal modo que el máximo jefe de la familia, fue controlado, por el Derecho, que a su vez crea al Estado, y éste se ve en la imperiosa necesidad de restarle fuerza o poder al paterfamilia, para proteger y tutelar a los miembros de la misma, así, el supremo jefe de la familia, ya no disponía a su antojo de ciertos aspectos en la decisión de su familia; es decir, se le limitó su poder y se controló su actuación por el propio Estado.

De la familia patriarcal, las consecuencias que originó, podríamos agruparlas bajo tres aspectos fundamentales: los económicos, políticos e ideológicos, que conjugados y al mismo tiempo reprimidos y combatidos, originan, después de un largo tiempo, el caos, del que surge una nueva etapa, que implica superación de la anterior. Llegando así, a la época moderna y contemporánea donde existen recíprocos derechos y obligaciones dentro de la familia, y donde la familia patriarcal, propiamente, ya no existe.

La familia patriarcal ha sido la más extensa, pues en ella se incluían hasta los esclavos. A tal grado de que muchas familias llegaron a poseer miles de éstos, sin que el patriarca los llegase a conocer. Al transformarse esta familia, sus miembros fueron reduciéndose poco a poco y, de acuerdo con la evolución vista anteriormente, se llegó a la familia moderna<sup>(52)</sup>. Así, "desde el punto de vista institucional, la familia es un grupo humano, compuesto por personas de distintas edades y sexos, entre los cuales, al menos dos de los adultos, mantienen relaciones sexuales; poseen residencia común y un fin determinado de cooperación económica"<sup>(53)</sup>.

Esta organización corresponde a la actualidad, pero antiguamente la familia, desde el punto de vista institucional, era un grupo humano; en el que se incluían a los hijos casados, los cuales mantenían relaciones de ayuntamiento y no eran libres de manifestar su voluntad.

Así, la intervención del Estado en la organización familiar, se hizo cada vez más necesaria, hasta que la dotó de un ordenamiento dentro del Derecho Civil. Otorgando a sus miembros los derechos y deberes resultantes de esas relaciones familiares.

(52).- Guitrón, F. Julián. Op. Cit. pp. 86 y siguientes.

(53).- Loc. Cit.

Hemos visto en el presente capítulo, cómo se fue consolidando el Estado, hasta llegar a representar el papel de tutor de los intereses de la sociedad dentro de un determinado territorio, y basado en un ordenamiento jurídico fundamental, denominado Constitución Política del Estado.

Así, el Derecho da vida a la persona moral del Estado.

En cuanto a la familia, hemos intentado dar un esbozo de su evolución, producto también de un proceso histórico lógico determinado.

Como el grupo familiar estaba perdiendo parte de su cohesión, tanto sentimental cuanto económica y política, la intervención del Estado no se hizo esperar, para tutelar la debilidad del hijo contra los abusos de la patria potestad del *paterfamilias* romano, verbigracia, así el Estado, se preocupa por la alimentación y educación de los hijos y del control del poder del padre dentro del seno familiar; así el Estado, llega aún a tutelar judicialmente a los hijos huérfanos o de padres desconocidos; recoge y protege a los niños abandonados. Esta intervención ha sido acertada, puesto que se inspira en una idea de protección de tutela de los miembros más débiles de la sociedad: los niños, pero no sólo a ellos el Estado a través de su órgano legislativo ha otorgado derechos, sino que también los ha concebido para el grupo familiar en general, otorgando paulatinamente derechos igualitarios al hombre y la mujer en matrimonio, etc. Ciertamente, consideramos que esta actividad legislativa debe culminar con una legislación independiente autónoma del Derecho Civil, donde se ha incluido al Derecho familiar, éste debe salir de dicha legislación para ser tratado en forma autónoma, independiente del Derecho Civil.

Así, el Estado, debe entender que mientras mejor organizada esté su base, es decir, la familia, éste logrará su pleno desarrollo.

Con la legislación específica que proponemos, se logrará salvar las grandes fallas que actualmente posee nuestra legislación en materia familiar. Se aniquilarían por ejemplo, la gran mayoría de las causales de divorcio, las cuales son de carácter penal, que fuera de resolver los conflictos familiares los agravan más. Tal vez, se suprimiría el divorcio voluntario administrativo o por lo menos, su resolución se dejaría en manos de un verdadero juez familiar y no de un simple empleado administrativo, como es el "Juez" del Registro Civil, al cual ni siquiera se le exige tener la licenciatura en Derecho.

En fin, nuestra primer meta es separar al Derecho Familiar del Derecho Civil.

## C A P I T U L O   I I I

### "DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE EL DERECHO DE FAMILIA, DERECHO PRIVADO, DERECHO PUBLICO Y DERECHO SOCIAL"

A).- TEORIA DE ANTONIO CICU.

#### CONSIDERACIONES GENERALES.

Consideramos pertinente establecer que, como indica Luis Muñoz, "Los juristas han distinguido el Derecho Público del Privado para llegar a la conclusión de que tal distinción carece de bases científicas. Si entendemos por Público todo aquello que se refiere a las manifestaciones funcionales de la sociedad constituida en Estado, es indudable que todo Derecho emanado de esas funciones será público por razón de su origen, sea cual fuere la nota calificativa que pudiera convenirle. Sin embargo, reconocemos que la distinción tiene un fondo práctico que no conviene desconocer y que en la vida jurídica adquiere en determinados momentos cierta importancia"<sup>(54)</sup>.

Así pues, los autores coinciden en establecer que la división del Derecho en Público y Privado tuvo una formación progresiva en el transcurso de la vida de Roma. Ya que, cuando se formó la "civitas" romana, los juristas distinguieron aquellas normas que hacían referencia a "la gens" - derecho gentilicio-, de aquellas o tras que estaban por encima de ésta; o sea, las que regulaban lo referente a la ciudad, al pueblo como colectividad.

Resultando que el Derecho de la "gens" fue perdiendo su antiguo poder exclusivo para limitarse al concepto de familia, o mejor establecido al poder privado o privativo del "pater familias". De donde surgió y se denominó Derecho Privado a aquel que se aplicaba solamente al individuo como ente autónomo dentro de la colectividad ciudadana; mientras que se llamó Derecho Público al del Estado considerado como ente colectivo superior en todo al individuo. El Estado fue absorbiendo pro--

(54) .- Muñoz, Luis. "Comentarios de los Códigos Civiles de España e Hispanoamérica" Ediciones Jurídicas Herrero. Impresora Azteca, S. de R. L. México, D. F. 1953. Pág. 7

gresivamente numerosas facultades privativas del individuo, hasta que éstas se redujeron a los límites de sus relaciones familiares y de aquellas otras que podía ejercer con otros individuos mediante la voluntad y, por ende, en forma posible de ser modificada por mutuo acuerdo o disenso. El Derecho Privado se consideró como el "ius voluntarium"; mientras que el Derecho Público se ofreció como aquel que no era susceptible de ser modificado por pactos particulares, ya que tenía fuerza imperativa frente a la voluntad individual. Posteriormente la jurisprudencia romana, estableció con el tiempo la distinción entre Derecho Público y Privado, considerando el interés, la utilidad pública. Considerándose público todo derecho que interesaba o era útil directamente a la cosa romana, a la "respublicae" — intereses o utilidad común de la colectividad, fines generales de las civitas, del municipio, etc.—, y privado, el que se refería al interés o utilidad de cada uno de los individuos de la colectividad. O sea, aquel que persigue fines individuales y en el que la voluntad de las partes es la base de este derecho.

Para establecer si el Derecho es Público o Privado, el criterio no debe ser otro que inquirir los fines que la norma positiva tiende a alcanzar. Si los fines son individuales, el Derecho puede llamarse Privado; si son colectivos, el Derecho será Público. En ambos casos, ciertamente, el sujeto del Derecho es siempre el hombre. Pero si el hombre actúa en la sociedad organizada en función de miembro de la colectividad y de individuo autónomo dentro de ella, dos serán sus potestades subjetivas según las ejerza en relación a la colectividad o con relación a la persona particular. En el primer caso, el hombre se encuentra en situación de subordinación; en el segundo, trata de igual a igual a la persona particular con quien con venga determinada relación jurídica voluntaria. Claro que si bien el Derecho público se caracteriza por la subordinación del particular a su dictado, y el Derecho privado se asienta sobre la determinación voluntaria del propio individuo, tal concepto no debe considerarse como regla inflexible e inmutable. El hombre como miembro de la sociedad constituida en Estado influye necesariamente en éste, y a la vez se siente por él influido. La confluencia de ambos intereses lleva a zonas en que la interferencia da imprecisión a la cualidad de público o privado, y por lo tanto hace imposible distinguir cuál es el interés predominante. Claro que en la actualidad esto está superado, ya que el interés público siempre predominará sobre el privado. La doctrina individualista quiere que en este caso el individuo sea el beneficiado. La doctrina socialista y la del orden público optan porque sea el interés

de la colectividad el que predomine. Otro tanto podemos decir del nuevo liberalismo e intervencionismo que, como sabemos, adopta una nueva postura equidistante entre el liberalismo y el socialismo; su eclecticismo propugna una política social o de reformas sociales. (55).

Tampoco debemos olvidar que algunos autores se han preocupado por establecer la independencia de un nuevo género dentro del campo jurídico, y han tratado de demostrar la existencia del Derecho Social, como disciplina autónoma del Derecho Público y del Derecho Privado. Estableciendo en términos generales que "el Derecho Social es el conjunto de principios, instituciones y normas que en función de integración protegen, tutelan y reivindican a los que viven de su trabajo y a los económicamente débiles" (56). Asimismo que establece que "las ramas fundamentales de nuestro derecho social son: Derecho del Trabajo y de la previsión y seguridad sociales (Art. 123), derecho agrario (Art. 27 Const.), derecho económico (Arts. 27 y 28 Const.) y derecho cooperativo (Arts. 28 y 123 Const.)" (57).

Nosotros, por nuestra parte, al igual que muchos juristas y autores de importantes obras, buscamos y pretendemos demostrar que el Derecho Familiar, es un nuevo género dentro del campo jurídico. Siendo nuestro objetivo fundamental en el presente capítulo demostrar esa autonomía.

#### A).- TEORIA DE ANTONIO CICU.

El objetivo fundamental de nuestra investigación, es determinar la naturaleza jurídica del Derecho Familiar, y sobre este objeto, trataremos de fundar nuestro criterio, sustentado a lo largo del presente estudio, el cual consiste fundamentalmente, en sostener que el Derecho Familiar, no forma parte del Derecho Público ni tampoco del Derecho Privado, sino que representa un nuevo género, autónomo e independiente, de los anteriormente enunciados.

Para ello, nos fundamentamos inicialmente con la teoría de Antonio Cicu, sostenida en su obra "El Derecho de Familia", ya que es uno de los precursores que

(55).- Opus Cit. Pág. 8

(56).- Trueba Urbina, Alberto. "Nuevo Derecho del Trabajo". Edit. Porrúa, S. A. Quinta Edición. México, 1980. Pág. 155.

(57).- Ob. Cit. Pág. 156.

han sostenido la autonomía del Derecho Familiar. Cicú divide su obra en dos partes, de las cuales la primera está dirigida a indagar los nexos existentes entre Derecho Familiar y Derecho Público, mientras la segunda considera el derecho familiar, con respecto al derecho privado. Asimismo, rechaza la idea de que el derecho familiar sea derecho social, ya que "La teoría que distingue entre derecho individual y derecho social se separa de nuestra concepción del derecho público y privado, en cuanto contrapone al individuo no el Estado, no un ente público en general, sino toda colectividad organizada. La misma ve una profunda diferencia de estructura en las relaciones jurídicas, según que el sujeto de derecho se presente en ellas como ente por sí, independientemente, o como miembro de un todo. Ahora bien, hay un dato común a ella y a nuestra teoría, y es la consideración del individuo como centro autónomo, como entidad que es fin por sí misma, independiente - Éste fue también para los romanos el punto de partida para distinguir el derecho privado del público- .

La divergencia fundamental está en que mientras aquella teoría ve desaparecer esta característica por el solo hecho de que el individuo figure como asociado, como agregado de un todo -desaparecer, porque la misma afirma una dependencia personal del coasociado respecto del ente que tendría precisamente la misma naturaleza de la sujeción que se tiene por el ciudadano frente al Estado-, la nuestra no reconoce a tal hecho, por sí mismo, la importancia de determinar una diversa estructura de relaciones; sino que ésta deriva de una particular naturaleza del todo, del agregado. De manera que, mientras según aquélla a la distinción entre derecho público y privado no corresponde una diversidad de estructura de las relaciones - ya que el Estado es siempre el punto de partida del Derecho en general-, para nosotros hay coincidencia entre la una y la otra<sup>(58)</sup>.

Además, no niega importancia para la sistemática jurídica la distinción entre derecho individual y derecho social. Hay en realidad, diversidad marcada de posición para el individuo en los dos campos: antítesis en el uno, es decir, actividad, voluntad, intereses divergentes en áquel por ser extraños - derecho privado- ; síntesis en el otro, o sea intereses convergentes en éste - derecho social- en vir-

(58).- Cicú, Antonio. "El Derecho de Familia". Traduc. de Santiago Sentís Melendo. Con adiciones de Víctor Neppi. Ediar S. A. Editores. Sucesores de Cía. Argentina de Editores, S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1947. El presente vol. constituye la traduc. de la ob. italiana "IL DIRITTO DI FAMIGLIA", Athenaeum, Roma MCMXIV (1914) pp. 40 y 41.

tud de una comunidad de fin. Diverso, también, el cometido o fin del ordenamiento jurídico: en el primero, delimitar las singulares esferas individuales, garantizán<sup>do</sup>las de invasiones recíprocas; en el segundo, organizar; diversa también la causa del vínculo: el interés ajeno en el primero, y el interés común en el segundo<sup>(59)</sup>.

Estamos de acuerdo con Antonio Ciccú, de que el Derecho Familiar no forma parte del Derecho social, principalmente por ser distinta la concepción del uno y del otro. Entendiendo por Derecho social aquel conjunto de principios, instituciones y normas que en función de integración protegen, tutelan y reivindicán a los que viven de su trabajo y a los económicamente débiles.

Aunque desde un punto de vista estricto podemos aseverar que todo el Derecho es Social, puesto que va dirigido al hombre que vive en sociedad, para regular su conducta dentro de ella. Sin embargo, contemporáneamente el concepto de Derecho Social, no puede desconocerse.

Así pues, el derecho familiar, además de no ser parte del derecho público y privado, tampoco lo es respecto del derecho social.

Como nuestro objetivo fundamental es examinar esencialmente la naturaleza jurídica del derecho familiar, de acuerdo con el tratamiento dado por Antonio Ciccú, haremos referencia únicamente a lo concerniente a este tema. Empieza Ciccú, Antonio, por aseverarnos; en el Capítulo II, denominado "Derecho Familiar", nos habla de la familia como hecho social y asevera: "Antes que el Estado y más que el Estado, la familia se presenta como agregado de formación natural y necesaria. No nos interesa aquí indagar cómo, y de qué diversa manera, el mismo se vino formando. Solamente nos interesa observar que los elementos constitutivos del hecho jurídico - social de la familia no se agotan únicamente en la necesidad sexual y en la necesidad de la crianza de la prole. Indudablemente, aquellas necesidades operan como fuerza primaria, y superior al arbitrio humano: pero no es en su necesidad donde únicamente, ni principalmente, debe situarse la necesidad del agregado familiar. Ya hemos observado que en tiempos primitivos es predominantemente la necesidad del sustento común y de la defensa la que determina la organización jurídico - social de la familia; y también aquí puede considerarse que esa necesidad no haya operado con motivo

(59).- Ibidem. Pág. 42.

de libre determinación voluntaria, y de ahí precisamente el carácter político de la constitución interna del grupo. Si hoy, en la necesidad de la defensa, a la familia se ha sustituido el Estado, y en las necesidades económicas a la familia se ha sustituido el individuo, no por eso puede decirse que haya desaparecido para ella el carácter de agregado necesario, y tampoco puede decirse que su carácter constitutivo sea solamente y principalmente la necesidad sexual y de la conservación de la especie.

Insistimos sobre este último punto, proque estamos convencidos de que no se puede entender de otra manera la regulación jurídica de la familia.

Convencidos, además, de que frente a una tendencia a reducir a aquellos datos primitivos la esencia de la familia, legisladores e intérpretes deben reaccionar; siendo su cometido, en cuanto a la familia lo mismo que cuanto al Estado, no el limitarse a adaptar la norma al hecho social, sino ante todo, el llevar a cabo una función preventiva y educativa.

Ahora bien, no nos parece que digamos cosas que tengan que ser demostradas si afirmamos que el hecho constitutivo de la familia es, sobre todo, un hecho psíquico. Así como la unión sexual se ha elevado a unión de las almas en el matrimonio, de la necesidad de la conservación de la especie ha brotado la primera y más noble e inagotable fuente de afectos, de virtudes y de solidaridad humana. Quien no tenga en cuenta esto, difícilmente podrá entender el concepto y el valor de la familia legítima, y lo delicado del problema que representa para el legislador la tutela de la prole natural.

Es por tanto, en el hecho psíquico en el que debe buscarse el fundamento del vínculo jurídico personal, que es la característica del agregado familiar tan pronto como se reconoce dentro del mismo una personalidad jurídica a los miembros singulares: sea el mismo o no vínculo de subordinación, es siempre la persona en sí misma, y no por determinadas acciones suyas, la que viene considerada como objeto del derecho: la idea común de una integración de sí mismo que el hombre encuentra en la familia quiere expresar esta profunda verdad.

Esta inminente fuerza cohesiva del agregado familiar es la expresión primera y más elemental del sentimiento de socialidad y solidaridad: por eso fue bien definida la familia como la célula del cuerpo social. Consideración que constituiría ya por sí misma base suficiente para una aproximación de la familia al Estado: también éste, lo mismo que aquella, es un producto del impulso e idea social. Y al distinguir entre derecho individual y derecho social no se duda del puesto que corresponde a la familia, no obstante que sea observada la falta o deficiencia de organización jurídica. Pero aquella aproximación resulta para nosotros mucho más íntima de lo que lo sea para quienes con todas o casi todas las formas de asociación pueblan el gran campo del derecho social; para nosotros, como hemos indicado, la familia se coloca junto al Estado como agregado necesario, esto es, determinado por impulsos que en la conciencia común no son producto de libre decisión individual<sup>(60)</sup>.

Es evidente que no hay una obligación, pues falta el elemento del dominio de la libre voluntad, de donde se infiere que como la familia es semejante al Estado, hay una gran analogía entre ambos, puesto que existe comunidad de relaciones jurídicas en ellas. Aquí, Antonio Cicú deja al derecho familiar, fuera del derecho privado, y respecto del público, en el umbral, pues asevera la gran similitud entre la familia y el Estado, al grado de pretender que las relaciones jurídicas de cada ente, son casi iguales, aquí "cabe señalar su error, pues trató al derecho familiar como parte de la sociología y de la historia, y no como disciplina jurídica, pues de 1914, época en que estuvo en boga, la teoría de Cicú, a la fecha, las relaciones familiares y estatales han variado tanto, que es necesario pensar en una nueva reglamentación del derecho familiar, siguiendo en lo fundamental a Antonio Cicú; pero tratando de superar las discusiones existentes en torno a esa autonomía, pues el interés familiar y lo que representa en sí, es tan grande que deben revalorarse los juicios mencionados sobre derecho familiar y su reglamentación autónoma"<sup>(61)</sup>.

A Antonio Cicú, le interesa más que extraer del complejo de las normas, institutos, de las relaciones de derecho positivo, etc., un índice seguro que sirva para repartir en dos campos distintos, todas las figuras jurídicas que la compleja realidad ofrece, sino más bien establecer, si presentan una diversa estructura, aquellas relaciones que con más seguridad deben considerarse públicas o privadas,

(60).- Opus. Cit. pp.109 y siguientes.

(61).- Gutiérrez Fuentesvilla, Julián. Ob. Cit. Pág. 185.

con objeto de instituir después, la comparación con relaciones jurídicas familiares. Aún sin salirnos del ámbito del derecho positivo, lo que busca, no es adicionar o dejar de agregar la institución de la familia, a los canales del derecho público o privado, sino más bien, poner en claro, si existe y en qué consiste, la afinidad tan a menudo afirmada, del derecho familiar con el derecho público. El primer problema planteado es el relativo a la inclusión del derecho familiar dentro del campo del derecho civil, y en consecuencia, dentro del derecho privado. Al respecto se ha afirmado, de manera tradicional, que el citado derecho forma parte del derecho privado. Habiéndose iniciado recientemente un movimiento en la doctrina y aún en la legislación positiva, tendiente a colocarlo dentro del campo del derecho público.

Al mismo tiempo, gran parte de la doctrina, acertadamente, a nuestro parecer, ve en el derecho de familia un nuevo género dentro del campo jurídico, distinguiéndolo del derecho público, social y privado, con instituciones propias, particulares, siendo esta independencia, principalmente, nuestro punto de vista sostenido a lo largo del presente estudio.

Consideramos, que el hecho de haber incluido el derecho familiar, en el seno del derecho civil, corresponde a la regulación de las relaciones familiares, no desde el punto de vista del grupo familiar, sino en atención al interés del individuo como tal. El concepto mismo de derecho familiar es reciente.

Pero afortunadamente, en la actualidad existe en la doctrina y en las legislaciones, un movimiento tendiente a la organización jurídica familiar, desde un punto de vista autónomo, trascendente habiéndose ya elaborado códigos específicos de la familia, sobre todo como medidas esforzadas para la protección o conservación del grupo familiar, pues en última instancia, significará también el beneficio del individuo y del Estado, lógicamente.

Somos de la opinión de Antonio Ciciú, en cuanto que el derecho familiar forma un nuevo género dentro del campo jurídico, pero, para nosotros esa autonomía está basada en la preocupación del Estado por regular y proteger con legislación y tribunales propios a la familia; pero, quede claro el Estado, debe tutelar, proteger al núcleo familiar, a través de la legislación especial destinada a la familia, pero sin privar de la libertad a los miembros de la misma. Pero ¿cómo debe entenderse la libertad familiar en relación al Estado?

Nos dice Antonio Cicú, que "la libertad de querer y obrar en el investido de la función es, pues, libertad de accionar de manera conforme al fin: la misma es tanto más amplia cuanto más complejo y más genéricamente designado es el fin, y cuanto más diversa puede ser la apreciación del interés. Es en este campo en el que más se afirma frente al Estado la libertad familiar; y es en ella en la que más que en otra cosa se piensa cuando esta libertad y el derecho relativo son considerados como privados. A este respecto hay indudablemente una notable separación entre la familia y los entes públicos en las relaciones con el Estado. Y la mayor libertad en la familia bajo un cierto aspecto se deriva de la mayor confianza que se puede poner en ella en virtud del fuerte impulso natural para el cumplimiento de la función: por lo que, precisamente, aquella libertad es más amplia en la patria potestad, mientras en la tutela la garantía se busca en una más compleja organización. Bajo otro aspecto, pues, encuentra su razón en la conexión íntima con la libertad individual y, por consiguiente, con la limitación de los cometidos del Estado en relación a ella: aquel sentimiento por el cual en la descendencia se ve una perpetuación del nombre y de las tradiciones familiares, exige que se deje a la familia la libertad de plasmar y educar según los instintos, experiencias y convicciones individuales; mientras que, por otra parte, no responde a la concepción antigua y moderna del Estado el que éste adopte e imponga un determinado tipo de educación y de instrucción. Pero esto no debe llevar a engaño: no se trata de libertad privada, porque ésta no es reconocida en el interés privado individual del investido de la función; la regulación jurídica tiende también a la garantía de un interés que, como hemos visto, debe calificarse como -interés- familiar superior.

De esto resulta una organización de poderes con división de funciones y competencia: por encima también del órgano que cuida directamente del interés familiar, encontramos otros órganos con funciones de vigilancia, de consultor, de control, cuidado directo del interés mismo. De donde el órgano, que llamaremos de primer grado, agota ya en sí mismo la voluntad familiar, en el sentido de que ninguna otra puede ser considerada como superior (ej. en la función de patria potestad, de potestad marital, de consentimiento para el matrimonio, etc.), órgano superior es un órgano del Estado: el cual, como consecuencia del fenómeno de concentración de todos los poderes en el Estado, es órgano supremo también cuando se tenga un órgano familiar, de segundo grado.

Todos estos órganos están en diverso modo y amplitud, investidos de las funciones relativas al interés familiar. Al lado de ellos encontramos, además, personas investidas exclusivamente del poder de excitar tales funciones; investidas, por consiguiente, podemos decir, de un poder de vigilancia en sentido amplio. Hemos ya demostrado que las mismas están llamadas a cuidar un interés familiar: aquí correlativamente, afirmamos que las mismas expresan una voluntad familiar. Se tiene voluntad familiar en estos casos porque la voluntad está dirigida al cuidado de un interés que no es propiamente individual de quien quiere, sino que es interés superior, es el interés único familiar"<sup>(62)</sup>.

Ahora debemos establecer qué es lo que Antonio Cicú denomina interés superior y cómo se forma éste.

Distingue asociaciones necesarias de asociaciones libres y acepta, una contraposición entre ellas; advirtiendo que si la antítesis es evidente cuando al Estado se contraponga la figura de la sociedad comercial que actúa típicamente la idea individual, la misma no lo es tanto cuando se toman en consideración formas intermedias. Y mientras la zona gris en las asociaciones libres está determinada por el hecho de que no puede decirse hasta qué punto la voluntad asociativa sea manifestación de libre arbitrio individual en lugar de involuntario impulso social, en las necesarias la característica queda oscurecida por el hecho de que para la destacada tendencia centralizadora del Estado su existencia y vitalidad parezcan más bien que propias, derivadas del Estado. Y hasta puede decirse que es solamente o principalmente esta fuerza centralizadora la que se toma en consideración para calificar determinados entes como entes públicos, de manera que derecho público viene a ser derecho estatal en sentido amplio. Así, si proviene del Estado el reconocimiento de los entes públicos, si el Estado los subordina a él mismo, si les atribuye un poder de imperio, no por eso los mismos pueden ser considerados como una misma cosa con el Estado, ya que no se podría dar razón de su personalidad, autonomía. Los mismos, por el contrario, derivan su existencia del Estado, es decir, del derecho objetivo, el reconocimiento de todo sujeto de derecho; pero fuera de esto, ellos tienen una propia razón de ser: es a ésta a la que debe dirigirse nuestra atención.

A nosotros, efectivamente, no nos interesa indagar las características peculiares que tenga el Estado como ente por sí frente a los otros entes públicos o privados; nos importa, por el contrario, investigar las características y los indicios de reconocimiento más salientes de las asociaciones necesarias. En este orden (62).- Cicú, Antonio. Ibidem. pp. 192 y siguientes.

de ideas, nos parece que adquiere importancia, ante todo, el hecho de que determinadas agrupaciones se presenten como formas históricas, de una cierta persistencia y constancia; ya que aun cuando se haga abstracción del modo y causa de su formación, su persistir revela una razón de ser independiente del arbitrio y del alternarse de deseos e intereses meramente individuales. Y en conexión con esto atribuimos, consiguientemente, importancia a la consideración del móvil de la causa de la agrupación. Sea cierto o no que todo agregado político se forme históricamente en virtud del impulso que a la solidaridad del grupo se da por el peligro externo común; sea cierto o no que en todo tiempo, y aún para el Estado moderno, la mayor fuerza de cohesión venga del peligro externo, es evidente que en el interior del grupo la cohesión no está determinada únicamente por esto o por la fusión de otros intereses comunes: preponderante es más bien la necesidad de equilibrar, armonizar intereses y voluntades contrastantes. Si esto es verdad, resulta de ello una estructura esencialmente diversa entre asociaciones necesarias y voluntarias, consiguiente al diverso cometido de ambas; y nuevamente se pone en claro que una relación de subordinación de personas es esencial en las unas y no en las otras; que una voluntad común — expresión del común interés— exista en éstas, y sólo en aquéllas, por el contrario, existe una voluntad superior. Voluntad superior que es el medio necesario de la función jurídica, "función primera, específica y esencial del Estado"<sup>(63)</sup>. Aquí se hace necesario precisamente eliminar la libertad individual, sustituir a la cooperación libre, deficiente o inadaptada, una cooperación coaccionada, a una voluntad común, sustituir también aquí una voluntad superior: la cual especialmente es exigida cuando se trata de intereses que se extienden en el tiempo, de manera que hacen referencia no solamente a la generación presente, sino también a las futuras, o aún sólo o predominantemente a éstas, de modo que venga a faltar el propio concepto de interés común entendido como suma o resultante de intereses de los coasociados en un determinado momento. El agregado que asuma tal cometido se presenta, por consiguiente, con una estructura diversa de aquella que se encuentra en una asociación libre; los individuos que en ella operan, aunque sacan provecho personal de su obra, no son jurídicamente considerados como operantes para la persecución de un interés que es suyo propio exclusivamente o propio de ellos como de cualquier otro asociado. Es solamente por eso y por este medio por el que viene a constituir un interés, no común, sino superior: superior no en el sentido de diverso, sino de dominante y trascendente, el mismo puede también no coincidir con el interés de todos los individuos<sup>(64)</sup>.

(63).- La definición es de Ranelletti. Cit. por Antonio, Cicú. Ob. Cit. pág. 54.

(64).- Ibidem. pp. 51 y siguientes.

Antonio Cicú, reafirma su pensamiento cuando establece que, "hemos constatado en las conciencias singulares la formación de una psiquis social, que dominando la libertad individual, se pone frente a ella como necesidad, como voluntad superior, así en las conciencias singulares constatamos la formación junto al sentimiento del interés individual, el sentimiento de un interés social superior. Dos diversos aspectos, o posiciones, o significados del interés, pues, según que el mismo afirma como exigencia individual o como exigencia social: dos diversos significados, por consiguiente, de la expresión interés colectivo: en el primer caso, suma de intereses comunes; en el segundo, interés único, superior, aunque individualmente y, por consiguiente, colectivamente sentido; Ésto es, interés colectivo en el primer caso es interés individual común a varias personas singulares; en el segundo, no es interés individual, esto es, no es interés del uno o del otro, sino que es interés sentido por la colectividad; sentido, por consiguiente, siempre por el individuo, pero no como interés propio, exclusivo, individual<sup>(65)</sup>.

Así, pues, Cicú funda la autonomía del Derecho Público frente al Derecho Privado sobre la individualización de un interés y de una voluntad estatal, diversos por naturaleza del interés y voluntad individuales. Atribuyendo también al Derecho Familiar una autonomía frente al Derecho Privado y una afinidad con el Derecho Público, pero distinto a éste.

Como hemos visto, Antonio Cicú, coloca al Derecho Familiar junto al Derecho Público no como una rama del Derecho Privado, pues la característica de ésta, está en la actuación del Estado como extraño en las relaciones particulares, reconociendo al individuo libertades para crear sus relaciones jurídicas y realizar sus propios fines. En cambio, en el Derecho Público, igual que en el Derecho de Familia el Estado interviene en todas las relaciones jurídicas, originadas entre los distintos sujetos interesados, y además, procura alcanzar directamente los fines superiores, bien sean del propio Estado, o del grupo familiar.

En la actualidad, difícilmente podemos encontrar una relación jurídica sin ingerencia del Estado, es ésta una etapa superada en la tesis de Antonio Cicú. El mismo concluye diciendo en favor de su teoría: "Erróneo y peligroso es, por tanto, servirse en la valoración de las normas de derecho familiar del concepto de normas de orden público como ha venido elaborándose en la ciencia del Derecho Privado.

(65).- Opus. Cit. Pág. 69.

Puesto que éste tiene su razón de ser en un interés general y superior que viene a limitar — y no a excluir a priori— la libertad individual, así para decidir si cada norma de derecho de familia es o no de orden público, podría ser necesario indagar caso por caso si concurre un interés general. Par nosotros el interés no general, sino superior, existe siempre; el mismo excluye, y no limita, la libertad individual de establecer y perseguir fines individuales. Si de jus cogens se quiere hablar — es decir, si de normas taxativas o jus cogens, se habla, estas normas son todas aquellas que obligan en todo caso a los particulares, independientemente de su voluntad. Del Vecchio, las ha definido como "aquellas que mandan o imperan independientemente de la voluntad de las partes, de manera que no es lícito derogarlas, ni absoluta ni relativamente, en vista al fin determinado que las partes se propongan alcanzar; porque la obtención de este fin está cabalmente disciplinada por la norma misma" (66), el mismo es tal por la misma razón por la cual se considera tal el derecho público. El carácter de jus cogens de las normas familiares se funda: a) sobre el interés público; b) sobre la intrínseca naturaleza de los hechos del derecho de familia: en otras palabras, decimos nosotros, el mismo se funda sobre la ingerencia que en derecho de familia tiene el Estado y sobre la estructura análoga a la relación de derecho público que tiene la relación de derecho de familia" (67).

Posteriormente y como lo asevera Antonio Cicú, se dio una interpretación errónea a su teoría, pues según sus propias palabras "no queremos afirmar que el Derecho de Familia deba incluirse en el derecho público" (68). Esta aseveración la hizo el autor italiano diez o doce años después de pronunciar el discurso inaugural en la Real Universidad de Macerata el 23 de noviembre de 1913 y lo tituló "El Espíritu del Derecho Familiar", y Antonio Cicú los amplió posteriormente en el Derecho de Familia, publicado en 1914 en Roma, estas ideas las profundizó ampliamente Roberto Ruggiero en su tratado, intitulado "Instituciones del Derecho Civil".

No obstante lo anterior, es correcto dejar al propio Antonio Cicú, aclararnos su posición frente al Derecho Familiar, para no dejar lugar a dudas: "La mayor parte de los autores que se ocupan de los problemas por mí planteados, se mostraron poco propicios a admitir la separación del Derecho de Familia, del Derecho Privado. Algunos de ellos me atribuyen erróneamente el propósito de incluir el Derecho de Familia en el Derecho Público; lo que en realidad he intentado es aproximar uno a otro, y a ese intento de aproximación me ha movido la identidad estructural de la relación jurídica en ambas esferas..

(66).- García, Maynez, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 94.

(67).- Cicú, Antonio. Ibidem pp. 299 y 300.

(68).- Cicú, Antonio. "La Filiación". Traducc. de Jiménez Arnau Faustino y Santacruz Teijeiro José. Madrid, España, 1930. Revista de Derecho Privado. Pág. 14

Otros creen que la diversidad de principios, ampliamente admitida, no constituye razón suficiente para destacar el derecho de familia del derecho privado, pudiendo tal diversidad explicarse recurriendo al concepto de norma de orden público, el cual hallaría en el derecho de familia una extensa aplicación. Los autores que esto propugnan no advierten que tal concepto presupone el principio de libre disposición privada, que la norma de orden público limita para tutelar el interés de los terceros o el público; ahora bien, no puede haber libre disposición privada allí donde la tutela jurídica atiende a la satisfacción de un interés superior.

Lo que verdaderamente importa a los fines científicos, es examinar si los principios jurídicos propios del derecho privado, y el espíritu que anima éste y que debe presidir la interpretación de las normas y la resolución de los casos no previstos en la ley, son o no los mismos que gobiernan e inspiran el derecho de familia. Si no lo son, para mantener el derecho de familia en su puesto dentro del derecho privado habría que dar a este último mucha mayor amplitud. Yo no veo otra solución posible que la de atribuir a la expresión "derecho privado" en la distinción entre el derecho privado y público, un valor meramente negativo, según el cual sería derecho privado todo lo que no fuera derecho público. Pero en este caso la distinción carecería de valor científico; mientras que si es cierto que la relación orgánica, en esta diversidad estructural habrá de basarse la distinción de las dos ramas fundamentales de la ciencia jurídica, y si aquella distinta estructuración hace que el derecho público se contraponga al privado, mayor oposición habrá entre éste y el de familia, ya que en estos últimos, la diferencia estructural de la relación, se manifiesta de modo más acentuado.

Será posible, ciertamente, conservar el derecho de familia en el campo del derecho privado y contraponer a ambos el derecho público, mientras no se reconozca como concepto base de todo el derecho público, el concepto de interés superior.

Pero tal concepto, acogido hoy en Italia, como principio cardinal de la concepción política del Estado y de la actividad estatal, se afirma cada día más vigorosamente en el terreno científico. Ciertamente también que tal concepto influye en el derecho privado y en el modo de concebir éste, pero la concepción del derecho privado no podrá transformarse en tanto se reconozca a la iniciativa y libertad privadas calor y eficacia en una esfera, en la que el interés superior del Estado se manifiesta evidente. No puede negarse en modo alguno, en el derecho de familia, la i

dea del interés superior, familiar y estatal que la familia debe satisfacer"<sup>(69)</sup>.

Es así, como el mismo autor aclara su posición respecto del Derecho Familiar, además fijó sus criterios distinguidores en las diversas ramas del Derecho tradicionalmente aceptadas, la pública y la privada.

Es preciso, entrar ahora, a analizar más profundamente algunos aspectos del Derecho Familiar en general, y así, siguiendo a Antonio Cicú, debemos distinguir el derecho de familia del derecho privado. Tradicionalmente el derecho de familia, ha sido incluido como parte del derecho privado y encuadrando, en éste, los derechos reales, personales, los de familia y las sucesiones, con una intraducción general que abarca las bases comunes de todo el Derecho. Sin embargo, y aquí estamos completamente de acuerdo con Antonio Cicú, al derecho de familia no se le pueden aplicar los principios doctrinarios del derecho privado, razón, entre otras, por la cual debe estudiarse como disciplina autónoma.

Así, pues, debemos demostrar la inaplicabilidad al derecho de familia de los principios generales del derecho privado<sup>(70)</sup>.

Para sostener sólidamente lo anterior, es necesario, según Antonio Cicú, distinguir al Derecho Público del Derecho Privado, "distinción que nos lleva, necesariamente, al concepto de Estado y a la posición que en él ocupa el individuo. A nuestro modo de ver, el Estado es un organismo"<sup>(71)</sup>, porque hay una dependencia de las partes constitutivas ligadas a un fin y esos elementos que forman parte del Estado son los hombres "no en cuanto entidades biológicas, sino como entidades espirituales; es decir, en cuanto tienen fines que realizar y conciencia y voluntad para realizarlas.

Los individuos se encuentran en el Estado originalmente unidos entre sí, por los fines por los cuales el Estado surge y vive, superan los fines del individuo como tal, se ofrecen no como fines del individuo aisladamente considerado, sino del individuo como género; no como fines comunes a todo individuo, sino como fines superiores a los fines individuales.

(69).- *Ibidem.* pp. 6 y 7

(70).- *Opus. Cit.* pp. 9 y 291 de la Ob. "El Der. de Fam.", Cicú.

(71).- Cicú, Antonio. "La Filiación". Pág. 9.

Por ser superiores tales fines, se presentan al particular como necesarios, debiendo ser realizados, el individuo depende de ellos y, como consecuencia, del Estado que los personifica, se habla de situación de interdependencia con relación a los demás individuos"<sup>(72)</sup>. Se trata de explicar que el individuo como tal, en el derecho público, no tiene mayor importancia, porque existe un interés superior como es el del Estado y también existe la otra teoría, la que niega la existencia del Estado, sólo el hombre y su voluntad son los factores para tomarse en cuenta, sin embargo, existe la posición intermedia de colocar al sujeto como medio autónomo y medio sujeto al poder estatal. Antonio, Cicú, afirma en este sentido y con mucha razón a nuestro parecer que: "tal desdoblamiento es absurdo"<sup>(73)</sup>, principalmente porque no se distingue la ubicación jurídica del individuo, que es de plena obediencia y dependencia del Estado, y muestra, tenemos el sacrificio individual, en aras de la soberanía del Estado y la ubicación política del individuo, en el Estado.

Esta cuestión, nos plantea el problema de la distinción entre el Derecho Público y Derecho Privado. Siguiendo en su análisis a Antonio Cicú, cuando habla del conflicto entre hombre y Estado, se resuelve y decide en el Estado. "Y no implica una afirmación del individuo en contra o sobre el Estado, sino que se nos presenta en los siguientes términos: "o interesa al Estado considerar como fines suyos y, por consiguiente, le interesa dejar al individuo una más o menos amplia esfera de libertad individual en la cual él mismo sea dueño de fijarse y realizar sus fines, particulares. Basta plantear el problema de esta manera para comprender que, aunque el individuo goce de un cierto grado de libertad no está en contra ni fuera del Estado, y que depende siempre de éste. Esto es claro, ya que es el propio Estado quien otorga dicha libertad.

La distinción entre derecho público y derecho privado resulta, por tanto, de una diversa posición que el individuo reconoce al Estado: posición de dependencia con respecto al fin en el derecho público, posición de libertad en el derecho privado"<sup>(74)</sup>.

Positiva e interesante resulta la aportación de Antonio Cicú, pues entre otras cuestiones, nos permite observar la diferencia entre derecho público y privado, fundado en el interés y la voluntad del individuo. Además, señala que de la po

(72).- Ibidem. Pág. 10.

(73).- Loc. Cit.

(74).- Ob. Cit. Pág. II.

sición del individuo con el Estado, resulta una relación jurídica, la cual tiene como factores principales, la voluntad y el interés, este último, en el derecho privado, se manifiesta por lo que cada individuo de los que intervienen en la relación jurídica pretenden, dándose esta situación entre entes autónomos donde cada uno busca la satisfacción de su interés personal, con la libertad otorgada por el mismo Estado.

En el Derecho Público, opera esto a la inversa, a pesar de que dicha relación se produce entre hombre y Estado, y donde éste actúa como ente soberano, no es factible, ni admisible, la oposición del individuo, al interés del Estado, "el interés del Estado, es interés superior a los intereses individuales; no puede equipararse a éstos. En el individuo, su interés, es interés, no del sujeto como parte orgánica, como miembro del Estado. Es así, como en la relación de derecho público no entra como elemento constitutivo otro interés que el superior del Estado.

Encontramos, pues, en ella, interés único y voluntades convergentes a su satisfacción. La voluntad, incluso cuando es soberana, se subordina aquí al interés, ya que éste se presenta como exigencia necesaria, superior, que debe ser satisfecha. Llamamos a esta relación, relación orgánica, precisamente porque hay coordinación de las voluntades a un fin único y subordinación de esas voluntades a tal fin" (75).

Así, la aproximación entre el interés estatal y el familiar se hace imposible cuando el interés estatal se entienda no como interés colectivo, es decir, suma o resultante de intereses individuales comunes, sino como interés del todo individualmente sentido como interés superior. Se comprende entonces que se haga irrelevante el hecho de la colectividad, sea como entidad volente, sea como entidad interesada. Esencial es solamente la existencia de un todo, de una relación orgánica entre individuos, determinada la misma por un interés superior al arbitrio individual. Sin importar que formalmente aquella relación dé o pueda dar lugar a un ente jurídico sujeto de derechos, distinto de los sujetos individuales, a que pueda tender el interés único superior; ya hemos observado que esto no elimina la realidad de un interés que es sentido y reside en la psiquis individual.

Basta por tanto, que aun solamente dos personas, como los cónyuges, se encuentren en relación de conexión orgánica entre sí, y tanto si en la especial rela-

ción existe mutua destinación, como en la relación conyugal, como si la destinación es unilateral, como en la patria potestad, para que se pueda hablar de interés superior distinto y eventualmente opuesto a los intereses individuales de los individuos. El interés es también aquí sentido por los individuos, y precisamente de una manera tanto más fuerte cuanto más estrecha es la relación y más acentuada es la destinación; pero es interés sentido como miembro y no como individuo, así precisamente como en el Estado; es interés no del individuo A ni del individuo B, sino de A, marido, padre, tuto, pariente, de B, mujer, hijo, pupilo, pariente.

Nada se dice, pues, cuando a la expresión interés egoístico o patrimonial se sustituye la otra, interés moral. Intereses no egoísticos, intereses no patrimoniales, son jurídicamente reconocidos también en el derecho privado, ya que se reconoce en él, en principio, la libertad de perseguir cualquier interés: pero los mismos son siempre intereses individuales, del individuo como ente por sí. Por eso nosotros hablamos de interés familiar. Quien no valora de este modo el interés será llevado o a la unidad del derecho familiar considerándolo al mismo tiempo como derecho privado público, o como derecho privado o público; o bien a negar aquí el elemento del interés, y valerse de él, por consiguiente, como prueba contra la concepción que hace del interés el elemento constitutivo del derecho.

Así pues, el interés familiar es único, al igual que el interés del Estado; y esto aunque falte la unidad jurídica de un ente familiar. Es único precisamente porque es el interés del agregado y no de cada individuo. Pero esto debe aclararse. Verdaderamente, puesto que no tenemos en la familia un vínculo único que lique en un todo a sus miembros, sino distintos vínculos y relaciones según la diversidad de las funciones y de las personas, necesariamente se da lugar a una diversidad en la intensidad en el aspecto del interés; esto es, se distingue un interés más o menos fuerte, por consiguiente, una subordinación de intereses; además, un interés de conyuge, de padre, de hijo, de pariente. Pero en cada caso el mismo es interés de miembro, es decir, interés vinculado a la posición que se tiene en la familia, y en este sentido hablamos de unidad del interés. No hay, efectivamente, antítesis abstracta de intereses; ya que observamos, cómo cualquiera que sea el interés particular que impulsa a la parte a someter a controversia una relación familiar, objeto de valoración, no es este interés particular, sino el interés único superior. De todo esto se deriva una consecuencia muy importante que la doctrina observa sin dar la razón de ella: esto es, que no existe necesidad de dar la prueba de un inte-

nes particular para hacer valer en juicio un derecho familiar: basta que resulte aquella determinada posición en la familia a la que la ley vincula aquel derecho, o que aquella posición se quiera constatar o reclamar<sup>(76)</sup>.

Con todo lo anterior es suficiente para hablar sobre la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, además, con objeto de transportar las relaciones jurídicas de derecho público o privado, al campo del Derecho Familiar, en este aspecto, Antonio Cicú dice: "Si analizamos ahora las relaciones del derecho de familia en su estructura, será fácil convencerse de que en ellas no se tutelan los intereses individuales como intereses autónomos, independientes, opuestos; ni se tutela tampoco una libertad de querer referente a estos intereses.

Es más, la subordinación de las voluntades a un interés unitario, superior por consiguiente a los intereses individuales, se manifiesta mucho más claramente que en el derecho público"<sup>(77)</sup>.

En otras palabras, las relaciones familiares, concretamente el matrimonio, a pesar de ser algo de lo más privado en el hombre, el Estado interviene para regularlo en todos sus aspectos, pues no hay libertad alguna para su celebración o terminación, pues el Estado determina todo en ese sentido, esto significa que al derecho no le importan los fines personales de los sujetos del derecho familiar, sino se los impone y los coloca en subordinación a esos derechos, de donde se considera al derecho familiar, semejante al público, y diverso del privado, así encontramos algunas similitudes entre derecho familiar y derecho Público, según Antonio Cicú, dichas semejanzas son: "interés superior, unitario y voluntades convergentes a su satisfacción. Es, pues, una relación orgánica. La familia, es cierto, no se nos presenta como un organismo igual al Estado, en cuanto que no hay en ella (sino esporádicamente) una organización de sus miembros; pero esto depende de que las funciones a ella confiadas suelen ser temporales y a veces hasta accidentales, de que son, sobre todo designadas a priori las personas a las cuales se les encomiendan tales funciones"<sup>(78)</sup>

De donde se infiere que es un error, atendiendo a la estructura tan diversa; incluir al derecho de familia en el privado.

(76).- Cicú, Antonio. "El Derecho de Familia". pp. 147 y 148.

(77).- Cicú, Antonio. "La Filiación". Pág. 12.

(78).- Ibidem. Pág. 14.

También tienen objetos diferentes que tutelar, así en el derecho privado se regulan "los conflictos de intereses, principalmente sobre la base de la voluntad y de la responsabilidad de los particulares interesados"<sup>(79)</sup>. Esto es muy cierto, y en el derecho de familia, a semejanza del público "se garantiza el interés superior frente a los intereses de los individuos"<sup>(79')</sup>.

Además una diferencia esencial entre el derecho de familia y las otras partes del derecho privado: esto es, que mientras en éstas vale como principio que la voluntad individual, en las relaciones entre las partes, es capaz de producir algún efecto jurídico conforme al propósito práctico perseguido por las partes, en el derecho de familia la voluntad individual es incapaz de producir, no ya efecto frente a terceros, ni siquiera entre las partes; y no sólo los efectos que serían propios de la relación, sino ni siquiera efectos más limitados; en otras palabras, nosotros afirmamos que en el derecho de familia la ley no reconoce ni garantiza por sí misma el propósito práctico que los particulares quieran perseguir. Tanto vale, nos parece, afirmar que en el derecho de familia no tiene aplicación el concepto privatístico de negocio jurídico.

Así pues, si se nos consiente la exclusión del Derecho Familiar del poder de la voluntad privada de perseguir propósitos prácticos libremente propuestos y consentidos por los contratantes, se deberá deducir de ello que no podrá ser reconocida eficacia a la voluntad misma sino en cuanto se ajusta, sirve a los fines fijados por el legislador; se deberá, por consiguiente, una vez más reconocer que a este respecto se confirma el paralelo con el derecho público y la esencial diversidad del derecho privado. Por lo que la parte general y más amplia del Derecho Privado, como lo es la relativa al negocio jurídico no tiene aplicación al Derecho Familiar. El negocio jurídico se refiere, en efecto, a lo que es la manifestación típica del derecho privado; la persecución libre de propósitos privados individuales. Por todo esto, dadas las premisas, debería dudarse ya a priori de que aquel capítulo pueda contener principios generales propios también del derecho familiar; y la duda se consideraría compartida por la doctrina si ésta propende a hacer una clase independiente de los negocios jurídicos de derecho familiar. Así, pues, ni el concepto ni los principios que el derecho privado considera propios de los negocios jurídicos de derecho privado, son en principio aplicables a los llamados negocios del derecho familiar<sup>(80)</sup>.

(79).- Ob. Cit. pp. 14 y 15

(79').- Loc. Cit.

(80).- Opus Cit. pp. 301 y 302

Antonio Cicú, demuestra lo anterior, respecto al matrimonio, cuando dice que, negocio jurídico del derecho de familia sería, ante todo, el matrimonio. Puesto que se constituye mediante el acuerdo de dos voluntades, desde el punto de vista privadístico el mismo sería contrato. Esta concepción contractual del matrimonio se puede considerar desde hace tiempo abandonada. Ya que el matrimonio no es un contrato. Así a la expresión "contrato" se sustituye para el matrimonio la de "alta institución social", la doctrina más refinada tiende todavía hoy a mantener firme el concepto de contrato, porque del contrato encuentra la forma, y porque las diferencias que no puede negar entre éste y los contratos patrimoniales, no las considera suficientes para excluir el concepto: solamente que introduce para evitar equívocos, una nota diferencial, empleando la expresión "contrato de derecho familiar" — es designación de Savigny y varios autores italianos—.

Así pues, verdaderamente, está en el concepto común de negocio jurídico que no baste para constituirlo una manifestación cualquiera de voluntad, sino que sea necesario que ésta se encuentre dirigida a un propósito al que precisamente la ley presta su tutela: es este propósito el que constituye la materia del negocio y en base al mismo deberá decidirse de la aplicación de estas o aquellas normas jurídicas. Ahora bien, se quiere encontrar este elemento también en el matrimonio. Se reconoce que aquí la voluntad no puede regular la relación de manera diversa de como está regulada legalmente; que no puede, consiguientemente, al constituir la relación, prefiarse propósitos prácticos diversos de aquellos que corresponden a tal regulación. Pero de esto no se preocupa la doctrina; el propósito existe igualmente: es el de concluir un matrimonio, o, si se quiere, el propósito que normalmente es propio de todos aquellos que lo concluyen. De particular no habría más que esto: que la regulación jurídica de la relación está dictada coactivamente por la ley: los esposos, por consiguiente, no tienen que hacer otra cosa que adherirse a ella. Aquellos que, en la controversia acerca de si el propósito práctico o bien el propósito jurídico es el que se ha de tomar en consideración en el negocio, siguen la primera opinión, se encuentran aquí en situación ventajosa.

Nosotros podremos objetar que los efectos jurídicos se manifiestan no en cuanto concurre el propósito dirigido a producirlos, sino en cuanto lo que se quiere es solamente la creación de un status, del que después los efectos emanan.

Nos basta observar que la doctrina no consigue explicar cómo las partes no puedan, demostrando haber tenido un propósito práctico diverso, eliminar la apli-

cación de la regulación coactiva; y especialmente que no puedan eliminarla cuando estén después de acuerdo en no querer ya aquel propósito"<sup>(81)</sup>.

Con esto podemos observar el por qué estamos convencidos de la diversa estructura del derecho familiar, respecto a las demás ramas jurídicas, y el por qué su necesaria regulación como un género nuevo dentro del campo del Derecho. Como Cicú, nosotros no aceptamos que el matrimonio sea un contrato. De ello hablaremos posteriormente.

Así, el matrimonio, no es contrato, es acto de poder estatal, familiar, así, como no es contrato la promesa de matrimonio, la adopción, etc.

Así, Antonio Cicú insiste en no estar de acuerdo, en que el derecho de familia sea parte del público y tiene razón, pues a pesar de haber realizado su teoría con base en la distinción del derecho privado y público, y en las relaciones jurídicas, fundadas en el interés, ha negado pues, que el Derecho Familiar sea parte del Derecho Público. El mismo Antonio Cicú, establece respecto al tema: "con todo esto no queremos afirmar que el derecho de familia deba incluirse en el derecho público. Si derecho público es del Estado y de los demás entes públicos, el derecho de familia no es público. La familia no es ente público, no porque no esté sujeta, como los entes públicos, a la vigilancia y a la tutela del Estado (no se ha garantizado todavía a la familia frente al Estado, una libertad y una autonomía de la misma naturaleza que la privada), sino porque los intereses que debe cuidar no son, como en los entes públicos, intereses de la generalidad, —sino intereses de cada una de las familias—, por lo cual no está organizada como éstos. Por tanto al derecho de familia se le podría asignar un lugar independiente en la distinción entre derecho público y derecho privado; es decir, que la bipartición —o tripartición— podría ser sustituida por una tripartición que respondiera a los caracteres particulares que socialmente asume el agregado familiar frente al agregado político.

El derecho de familia no puede estar regido, por consiguiente, por los principios propios del derecho privado, tiene, por el contrario, principios y conceptos específicos que, más bien que exponer y discutir en líneas generales y de un modo abstracto, convendrá recordar en su aplicación a la materia que nos proponemos desenvolver"<sup>(82)</sup>.

(81).- Cicú, Antonio. "El Derecho de Familia". pp. 303 y siguientes.

(82).- Cicú, Antonio. "La Filiación". Pág. 15.

Así, Antonio Ciccú expone brillantemente su teoría de la autonomía del derecho familiar, sosteniendo ésta científicamente en el campo jurídico, del que resulta que el derecho familiar no es parte del derecho público, ni del derecho social, ni tampoco del derecho privado. Ya que el interés familiar posee características especiales y el interés estatal también; pero haciendo la distinción de intereses general de este último, e interés no general, sino superior del derecho familiar, además, en la época en que Antonio Ciccú sostuvo su teoría, el interés familiar no estaba garantizado frente al Estado y menos aún tenía autonomía que le permitiera desenvolverse como tal, pero con la protección estatal, afortunadamente en la actualidad, en algunos países más y en otros menos; pero todos con la idea de proteger a la familia, han resuelto en esa medida, otorgar a la familia y, en consecuencia al derecho que la rige, una autonomía absoluta, bástenos en este caso citar el tratamiento dado en los países socialistas, al derecho familiar. Así en síntesis, estamos de acuerdo con Antonio Ciccú, para separar el derecho familiar del derecho privado y formar un nuevo género dentro del campo jurídico, autónomo, independiente, de los demás, atendiendo además del interés de la agrupación familiar, a las consecuencias inherentes a una mala reglamentación familiar, que desgraciadamente nos puede llevar a un estancamiento en el desarrollo de nuestro país, pues no debemos olvidar que la familia ha sido la semilla germinadora y célula de todas las formas de gobierno pretéritas y presentes, además tenemos el ejemplo de algunos países que han logrado una organización familiar muy completa como Suecia, siendo esto lo que les ha permitido alcanzar su desarrollo actual. Debe reconocerse pues, además como punto importante de partida el concepto del interés superior, dentro del campo jurídico.

En fin, una legislación autónoma para la familia, a nadie perjudica, por lo menos a nadie que busque una verdadera legislación protectora de ese primer núcleo social, sólo perjudica a aquellos que ven en esas legislaciones un jugoso medio de enriquecimiento. Pero estos intereses mesquinos deben terminar, ya que debemos convencernos que una legislación autónoma para el núcleo familiar es benéfica a todas las Instituciones de nuestro país, claro, es una tarea ardua, no obstante ello, el bienestar redituado, permitirá el mejor desarrollo de esta Institución familiar.

B).- TEORIA DE ROBERTO DE RUGGIERO.

La naturaleza jurídica del derecho de familia, según Roberto Ruggiero, quien siguiendo fielmente a Antonio Cicú, es sostener que áquel, es decir, que el derecho familiar, no forma parte del derecho privado ni del derecho público, sino que es un género nuevo, autónomo. Roberto Ruggiero fundamenta su tesis en el interés, así expresa: "mientras en las demás ramas del Derecho Privado, el ordenamiento lo que mira es el interés del particular a un fin individual de la persona, y el derecho subjetivo se atribuye en ellas y reconoce en función de la necesidad particular que debe ser satisfecha, de modo que a toda obligación se opone un derecho del titular, y mientras para ejercer tales derechos se conceden acciones cuyo ejercicio se supedita a la libre voluntad del individuo, en las relaciones familiares, por el contrario, el interés individual es sustituido por un interés superior, que es el de la familia, porque a las necesidades de ésta y no a las del individuo sobreviene la tutela jurídica. Y a través del interés familiar, exige y recibe protección un interés más alto el del Estado, cuya fuerza de desenvolvimiento y vitalidad dependen de la solidez del núcleo familiar. Importa mucho al Estado que el organismo familiar sobre el que reposa el superior organismo estatal, se halle regulado de conformidad con el fin universal común que persigue. Puesto que el fin de la familia no puede ser éste o áquel del individuo, ni un fin querido libremente por el particular, sino el fin superior de la comunidad social que ha de conseguirse necesariamente, no puede abandonarse tal consecución a la voluntad libre del particular que podría actuar contrariamente a la utilidad general, sino que debe confiarse al Estado, el cual lo conseguirá a toda costa.

De esto derivan consecuencias notables que influyen de modo decisivo en la naturaleza y en la estructura interna de las relaciones"<sup>(83)</sup>.

Roberto Ruggiero utiliza casi los mismos términos de Antonio Cicú, para fundar su teoría en el interés superior representado por la familia, tanto en el derecho público, como en el privado. Para Ruggiero la voluntad de los particulares, no significa nada para el derecho familiar, pues el fin perseguido, es el de la comunidad social y sólo puede alcanzarse a través del Estado, con una adecuada legis-

(83).- Ruggiero, Roberto, de. "Instituciones de Derecho Civil". Traducc. de la 4a. edición italiana anotada y concordada con la legislación española por Serrano Suñer Ramón y Santa Cruz Teijeiro José. T. II Vol. Segundo. "Derecho de Obligaciones". Derecho de Familia. Derecho Hereditario. Instituto Edit. Reus, Madrid, España. pp. 9 y 10.

lación protectora y regularadora de la familia, en sus relaciones internas y externas. Posteriormente, en su misma obra, Roberto Ruggiero manifiesta claramente: "las normas del derecho familiar son todas, o casi todas, imperativas e inderogables: la ley exclusivamente, y no la voluntad del particular, regula la relación, determina en todos sus detalles el contenido y extensión de las potestades, la eficacia de la relación paternal, los efectos y el alcance patrimonial de un estado, sin que al particular le sea dado aportar modificación alguna. La potestad surge, aunque el particular no quiera, el vínculo liga incluso contra la voluntad del obligado, y cesa aunque haya empeño en hacerlo pervivir, así, en el matrimonio, en la filiación legítima, en la tutela, y lo mismo en las relaciones personales, cuanto en las matrimoniales. Y si bien se deja un margen de libertad y autonomía para que campee en él la iniciativa particular, ello sucede excepcionalmente y sólo cuando no se opone al interés general el otorgar al particular tal libertad"<sup>(84)</sup>.

De lo expuesto, se infieren cuatro principios de derecho privado en cuanto a no poder aplicar algunos de ellos, al derecho familiar, así según Roberto Ruggiero, "no es aplicable el principio de la representación, por cuya virtud en los demás campos del Derecho Privado el interesado puede remitir a la voluntad ajena la determinación y declaración productiva de efectos jurídicos"<sup>(85)</sup>, en este caso, el principio sostenido por Roberto Ruggiero sufre algunas excepciones, entre otras, que el matrimonio, cuando menos en México, sí se puede realizar por medio de apoderador legal.

El segundo principio de derecho privado, no aplicable al derecho familiar, es el reglamentado para imponer modalidades a los negocios jurídicos familiares, o sea, no se pueden sujetar a término o condición, sea suspensivo o resolutorio, al respecto, Ruggiero asevera: "no puede contraerse el matrimonio bajo condición suspensiva o resolutoria o sujetándolo a término inicial o final; tampoco puede ser reconocido de este modo el hijo natural, ni efectuar en tal forma la adopción, la emancipación, etc. Pugna con la esencial naturaleza de estos actos su sujeción a condiciones y términos; se trata de actos generadores de estados personales, y éstos exigen certeza y duración, y a estas exigencias se oponen las modalidades de condición y término. Además, son actos en que interviene el Poder Público, y éste no tolera limitaciones que provengan de los particulares"<sup>(86)</sup>.

(84).- Loc. Cit.

(85).- Opus Cit. Pág. II.

(86).- Ob. Cit. pp. II y I2.

Otro principio no aplicable al derecho familiar, es la renunciabilidad y enajenación de los derechos subjetivos familiares, de tal suerte, Ruggiero asevera: "no pueden transmitirse a otros la potestad paterna, la marital, la tutelar; no es apenas admisible la transmisión a otros del ejercicio de alguno de sus atributos; no son transmisibles tampoco los estados personales ni los derechos patrimoniales conexos a dichos estados; el derecho y el deber de administrar la dote o los bienes pupilares en el marido o tutor, el usufructo legal del padre, el derecho de alimentos, no se transfieren de una persona a otra; aunque a veces parezca operarse esta transmisión, no se opera, en realidad; así por ejemplo, cuando el padre muere y ejerce la patria potestad en la obligación alimentaria, que cesa o se extingue si el pariente más próximo muere o es pobre, surgiendo en cambio, en el pariente más remoto. Lo mismo puede decirse de la renuncia; no son renunciables los poderes familiares y tampoco las atribuciones inherentes a éstos, porque tales poderes son creados por la ley y subsisten independientemente de la voluntad del investido con ellos, ya que no se crean para servicio o utilidad de éste, sino para un fin superior, el padre, el marido, el tutor, no puede despojarse de los poderes que le corresponden, porque le son atribuidos para servir a un interés que trasciende del suyo particular. Y si en algunos casos se autoriza la renuncia, como por ejemplo ocurre con la acción de desconocimiento de la paternidad, impugnación del matrimonio, acción de separación personal de los cónyuges, es porque el interés familiar resulta protegido merced a la renuncia; por esto, dicho interés viene a ser mejor protegido, porque con ellos se mantiene firme aquel vínculo, aquella relación, que, de otro modo -- de no mediar la renuncia --, se hubiera disuelto. Con más extensión se permite la renuncia de los derechos de contenido patrimonial; ello es comprensible y no ataca el principio sentado" (87).

El cuarto principio consiste en la enorme intervención estatal en las relaciones de derecho familiar, pues en el privado, se deja que las partes decidan a su libre arbitrio cómo será su conducta, Roberto Ruggiero dice en relación con este principio: "En algunos casos la voluntad del particular es un mero supuesto de hecho en cuanto vale como iniciativa o como incitación a la autoridad, de modo que el acto es creador, la relación se constituye por voluntad de esta última.

(87).- Ibidem. pp. 12 y 13.

Esta autoridad es la judicial en la adopción o en la separación conyugal, el poder real en la legitimación de los hijos por decreto o un órgano administrativo especial, como el funcionario del estado civil llamado a intervenir en el matrimonio. Esto demuestra que la voluntad privada es por sí sola impotente para crear la relación, y ello constituye la prueba más palmaria de que la relación familiar es distinta de las demás relaciones"<sup>(88)</sup>.

Hasta aquí Roberto Ruggiero sigue fielmente a Antonio Cicú, después encuadra en forma perisocial la naturaleza jurídica del derecho familiar y en este sentido expresa: "todo el derecho familiar reposa en esta idea; que los vínculos que establecen y los poderes se otorgan no tanto por crear derechos como por imponer deberes. Lo cual se manifiesta elocuentemente en el hecho de que no solamente la violación del deber, sino el abuso y hasta el mal uso de las facultades correlativas determinan la privación de ellas, así que los poderes se pierden si se ejercitan mal y, en cambio, no se extinguen por prescripción ni por renuncia voluntaria. Es siempre el aspecto de obligación o de deber el que predomina en toda relación, precisamente porque se trata de un interés superior, que se evidencia especialmente cuando nos referimos al reducido círculo de la familia estricta y a personas incapaces, a cuya protección responden muchas instituciones familiares. Todas esas especialidades nos llevan a la conclusión de que el derecho de familia se destaca de las demás partes del derecho privado y se aproxima al público. No se puede decir, sin embargo que, sea verdadero derecho público, pero sí que se separa del resto del Derecho Privado y que constituye una rama autónoma"<sup>(89)</sup>.

Consideramos estas aseveraciones de Roberto Ruggiero correctas, pues creemos fundadas sus razones para sostener que el derecho de familia es una rama autónoma del derecho privado y del público, así como del derecho social, asimismo compartimos su idea central de fundar el derecho familiar, más en deberes por cumplir, que en derechos a exigir y esto es y debe ser así, ya que el derecho familiar tiene un interés superior a todos los demás, y ese interés superior es el interés primero, es el interés más alto que debe ser tutelado y protegido debidamente, pues, es el interés familiar.

(88).- Loc. Cit.

(89).- Opus. Cit. pp. 14 y 15.

En este sentido Roberto Ruggiero asevera: "Todo el derecho familiar se desenvuelve por manifestaciones de poderes cuya organización es indispensable. Estos poderes no son las potestades típicas tradicionales - patria potestad, poder marital, tutela-, ni encarnan únicamente en los representantes legales de los incapaces; el concepto de poder tiene aquí un sentido amplísimo, comprendiendo, además de las instituciones que tienen por objeto la representación y asistencia de los incapaces (éstas son, ciertamente, las más importantes), aquellas otras que, sin suponer una incapacidad, tienden a realizar el interés familiar, cuyo cuidado y vigilancia se encomiendan a otras"<sup>(90)</sup>.

También debemos mencionar los derechos patrimoniales de familia, los cuales constituyen unidades especiales en el derecho familiar, y que no analizaremos por no ser éste el objetivo básico de nuestra investigación.

En este aspecto, Roberto Ruggiero establece: "estos derechos, que reproducen a veces figuras de derecho patrimonial común, a veces son tipos especiales y específicos del derecho familiar, constituyen siempre algo distinto con peculiaridades y características privativas, de modo que sería inútil para fijar su noción, recurrir a los principios que presiden las demás ramas del Derecho Privado. Se reproduce aquí lo dicho respecto al fin superior para cuya consecución se organiza la familia y al aspecto de deber que tiene todo derecho subjetivo familiar"<sup>(91)</sup>.

Estamos de acuerdo con Roberto Ruggiero en su exposición, la misma representa un apoyo más a nuestra tesis, aquí defendida.

Ahora nos preocupamos por fundar y demostrar que la autonomía del Derecho Familiar está científicamente probada.

### C).- TEORIA DE GUILLERMO CABANELLAS.

En este apartado de nuestro estudio, nos apoyamos en las ideas de Guillermo Cabenellas, pues las consideramos acertadas para fundar, con criterios científicos, que el derecho familiar es una rama autónoma del derecho civil y del privado.

(90).- *Ibidem*. Pág. 17

(91).- *Ob. Cit.* pp. 36 y 37

Aquí, aplicaremos las teorías del derecho del trabajo, empleadas por Guillermo Cabanellas, al derecho familiar porque tienen grandes similitudes aún cuando no compartimos la idea de ubicar el derecho familiar en el derecho social, por ser éste derecho de clase, protector de dicha clase social, etc. Cuando Guillermo Cabanellas intituló su obra de derecho laboral "Los fundamentos del nuevo Derecho" se refería a "que el derecho, creación viva, en plena y constante evolución, no puede permanecer impasible ante los nuevos problemas, ante las distintas situaciones que se producen y, al parecer desconocidos fenómenos, los juristas deben analizar sus consecuencias. Brotan así otras ramas del Derecho que le otorgan frondosidad y progresiva riqueza; más constituir en sí un nuevo Derecho, sino las transformaciones del Derecho, concebido como unidad"<sup>(92)</sup>, y precisamente, es ante el derecho familiar, donde no podemos quedar inmóviles y marginados por consiguiente de participar en una verdadera legislación familiar, que satisfaga a la realidad de la disciplina del Derecho Familiar.

Los criterios generales planteados por Guillermo Cabanellas, respecto a la autonomía del Derecho Laboral, las podemos hacer valer en relación al Derecho Familiar, por esta razón aplicaremos su doctrina a nuestra disciplina.

Según el citado autor argentino, y estamos de acuerdo con él, para considerar a una disciplina jurídica autónoma, es necesario satisfacer cuatro criterios, el legislativo, el científico, el didáctico y el criterio jurisdiccional. Si probamos en cualesquiera rama jurídica estos criterios podemos aseverar que la misma es autónoma.

Ahora entramos a analizar en qué consiste cada uno de estos criterios planteados por Guillermo Cabanellas y a aplicarlos al Derecho Familiar, para determinar si el mismo es rama autónoma del Derecho o no.

I<sup>o</sup>.- CRITERIO LEGISLATIVO. El criterio o autonomía legislativa<sup>(92')</sup> se da cuando la rama de derecho tiene sus propias leyes y códigos, que su legislación, aún cuando haya formado parte de otra, sea en un momento dado independiente y autónoma, con principios básicos propios, y exposición de motivos; entendemos que en algunas épocas y países, la autonomía legislativa varía, pues con la evolución de la

(92).- Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo VII. Pág. 650

(92').- Ob. Cit. Pág. 692.

humanidad se va haciendo necesario un estudio especializado de cada una de las diferentes disciplinas rectoras, lo mismo ocurre en el campo jurídico, por lo que los juristas no se deben asombrar, más al contrario se debe enfrentar esa realidad, y no quedar al margen de ella, y aquí señores el Derecho tiene una grave responsabilidad, ya que su fin es regular la conducta humana, es decir, la realidad social, sino el Derecho no sirve para nada. Así, en el campo del Derecho civil, que desde su primera codificación moderna, Código Napoleón o Código Civil de los Franceses de 21 de marzo de 1804, dejó de legislar en materia familiar, excepción hecha de algunos aspectos del matrimonio, etc., esto nos permite ver cómo el legislador francés no se preocupó por la familia, ni en su regulación jurídica ni social. Sin embargo, posteriormente, se promulgó una ley llamada Código de Familia, surgiendo en el siglo XX, la ley Francesa del 29 de julio de 1939, la cual reguló aspectos familiares, matrimoniales y de natalidad, en Francia.

En resumen y de manera específica, podemos aseverar que el criterio legislativo de una rama jurídica se da cuando ésta tiene sus propias leyes y códigos, decretos, etc. Ahora bien, el Derecho Familiar, en algunos lugares y épocas, ha satisfecho el criterio legislativo, en este caso nos auxiliaremos del brillante estudio sobre derecho de familia, realizado por Díaz de Guíjarro Enrique, quien asevera: "Dos manifestaciones originales han aparecido al corriente siglo, en orden a la regulación legal de la familia, la inclusión de normas sobre la familia en las constituciones políticas de los Estados; y el cisma del derecho civil, con la autonomía de las reglas sobre la familia. Ambos movimientos se vinculan con procesos generales y políticos, aunque de distinto alcance: universal el primero, que tiende a presentar una estructura integral del Estado y a enunciar las bases de todo su régimen legal, tanto en el derecho público como en el privado; dogmático y particular el segundo, que remodela la familia para ajustarla a cierta concepción socialista — la soviética antes, la democracia popular ahora— y que para ese fin formula un cuerpo legal separado, que se anuncia dirigido a suprimir el antagonismo entre el interés del Estado capitalista y el interés de la familia, a la que protege en sí misma y cuyo fortalecimiento y preservación como entidad propugna actualmente, después de superar la etapa inicial de disolución del grupo y de disociación de sus integrantes.

Distinta repercusión han logrado esos dos movimientos renovadores de la técnica legislativa. El primero de ellos, por su planteamiento universal y por estar desprovisto de carácter dogmático ha sido aceptado por la mayoría de las constituciones modernas, aunque con diversa intensidad y representa una de las características del constitucionalismo social o constitucionalización del derecho privado, cuyo propósito esencial es vincular la renovación constitucional con el derecho privado, a fin de que éste se ajuste a las expresadas en la constitución. Pero adviértase que ese sistema no significa el acogimiento del derecho de familia como derecho público, puesto que lo mismo se hace con los principios fundamentales de la propiedad, del trabajo, de la actividad económica, de la asistencia social, de la cultura, de la educación, etc. Sólo implica un cambio en la técnica constitucional" (93).

Ahora daremos algunos datos sobre las diversas legislaciones sobre la familia, dadas en nuestro siglo que apoyarán y fundarán definitivamente el criterio o autonomía legislativa del Derecho Familiar.

México es el primer país del mundo que contó con una legislación independiente, autónoma sobre la familia, fue la Ley Sobre Relaciones Familiares, promulgada por Don Venustiano Carranza en el Estado de Veracruz, el día 9 de abril de 1917, y su autonomía del Código Civil de 1884, vigente en nuestro país en aquel entonces, pero el artículo 9 transitorio de la Ley Sobre Relaciones Familiares a la letra establece categóricamente que: "Quedan derogados el capítulo VI del título cuarto; los capítulos I, II, III, IV, V y VI del título quinto; los capítulos I, II, III y IV del título sexto; el título séptimo; los capítulos I, II y III, del título octavo; los capítulos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII y XIV del título noveno; el título décimo; los capítulos I y II del título undécimo; los capítulos I, II, III, IV, V, VI y VII del título duodécimo del Libro Primero y los capítulos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII y XIII del título décimo del Libro Tercero del Código Civil publicado por el decreto de 15 de mayo de 1884".

Esta Ley comenzó a regir desde la fecha de su publicación en el "Diario Oficial" del 14 de abril de 1917 al 11 de mayo siguiente, de acuerdo con el Artículo 1º transitorio de la misma Ley.

(93).- Díaz de Guíjarro, Enrique. "Tratado de Derecho de Familia". Tipográfica Editora, Argentina, Buenos Aires, 1953. pp. 267, 268 y 269.

Es decir, esa parte de la legislación civil, referida a la familia, iba a tener vigor independientemente del Código Civil de 1884, que seguía vigente en las demás materias, excepto en la familiar, pues la legislación familiar tenía por vez primera en su historia, cierta autonomía legislativa. Otras legislaciones referentes a la familia, según Díaz de Guivarro, Enrique, "se dieron por una parte, y en forma integral, el Código de la Familia en Rusia (1918), luego reformado por varias veces, Yugoslavia (1946), Bulgaria aunque bajo el nombre de Ley Sobre las Personas y la Familia (1949) y Checoslovaquia (1950) y por otra parte, en aspecto parcial, el Código de Menores, pero sin sentido político y con el propósito concreto de proveer a la protección del incapaz en todos los aspectos, por lo cual engloba normas penales y asistenciales, conjuntamente con las civiles que toma del derecho de familia.

El sistema soviético y de las llamadas "democracias populares", continúa aislado. Aunque algunos autores denominan, Código de la Familia, al decreto - ley francés del 29 de julio de 1939, es inexacta esta designación, no sólo porque se de nomina decreto relativo a la familia y a la natalidad francesas, sino también porque no sustrae del Código Civil el régimen, porque modifica alguna de las normas de ese cuerpo legal y del Código Penal, y porque provee a la asistencia del núcleo por medio de la creación de instituciones protectoras, como asignaciones familiares, primas por nacimiento, préstamos nupciales, etc.

Debemos señalar que el Código del Pueblo Alemán, que proyectara sancionar el régimen nazista, mantuvo la unidad tradicional del Código Civil, pese al movimiento doctrinario que precediera a esa iniciativa y que propugnaba el traspaso de las normas sobre la familia al derecho público. También conservó esa unidad el anteproyecto del Código Civil que redactara Ossorio para Bolivia, pese a su original artículo 118, en el cual establece que la "institución de la familia... participa del derecho público y del derecho privado", es norma errónea, pues no cabe que un código civil declare que excede su propio ámbito la materia sobre la cual legisla íntegramente, con lo cual deja sin saber sobre qué incidirán las leyes de derecho público<sup>(94)</sup>.

94).- Ibidem. pp. 269 y 270.

Debemos agregar a las leyes mencionadas por Díaz de Guíjarro, otras para mejor fundar el criterio legislativo respecto al derecho familiar, así tenemos en Rusia, dos decretos promulgados en diciembre de 1917, respecto al matrimonio, el divorcio y los hijos. En 1926 se promulgó el Nuevo Código sobre el Matrimonio, la Familia y la Tutela. Posteriormente el 27 de junio de 1939, se introdujeron nuevas modificaciones sobre el matrimonio y la familia<sup>(95)</sup>.

Actualmente en Rusia se encuentran en vigor el decreto del 8 de julio de 1944, y el del 15 de marzo de 1945. Sobre el registro y la disolución del matrimonio, las formas de asistencia a la madre sola y al hijo nacido de ella<sup>(96)</sup>.

Otro fundamento legislativo, es el Code de Famille et de Tutelle de la Republique Populaire de Pologne, de 1966<sup>(97)</sup>, asimismo las declaraciones de textos constitucionales en el mundo, incluyendo México, que contiene normas sobre la familia, así tenemos, la constitución de Alabama del 12 de enero de 1946, que en sus artículos 15 y 17, se refieren a la igualdad jurídica de la mujer y a la protección del matrimonio y la familia<sup>(98)</sup>.

En Alemania, la ley fundamental de la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949, establece igualdad absoluta en el matrimonio, etc. En el mismo sentido se pronuncia la Constitución de la República Democrática Alemana del 7 de Octubre de 1949. Respecto al matrimonio y la familia, la Constitución de Baviera del 20 de septiembre de 1946, equipara a los hijos nacidos fuera de matrimonio. En igual sentido se pronuncia la Constitución de Sajonia del 28 de febrero de 1947.

En América; Bolivia, estableció la protección del Estado para el matrimonio, la familia y la maternidad, ordenando la igualdad jurídica entre los cónyuges, esto fue consignado en la Constitución del 24 de noviembre de 1945. También Brasil en su ordenamiento constitucional del 18 de septiembre de 1946, reglamentó la base de la familia, diciendo lo que es el matrimonio, tanto civil como religioso, y dando un subsidio para las familias numerosas. En Bulgaria se igualó a la mujer en de rechos y obligaciones, tanto en el aspecto económico como el social y el político.

(95).- Güitrón, F. Julián. Ob. Cit. Pág. 216.

(96).- Romanshkin, P. "Fundamentos del Derecho Soviético". Academia de Ciencias de la U.R.S.S. Moscú, 1962. pp. 433 y 439.

(97).- Traducido del polonés al francés por Maciej Szepietowski bajo la redacción de Witald, Prof. de Derecho en Varsovia, 1966. Pág. I. El Dr. Julián Güitrón F. nos habla de él, en Ob. Cit. pág. 217.

(98).- Díaz de Guíjarro, Enrique. Opus Cit. Pág. 470.

Igualmente reguló la pensión para la vejez, y la obligatoria protección del Estado para la familia, esta Constitución se promulgó el 4 de diciembre de 1947, y todavía sigue en vigor. En Costa Rica, el 7 de noviembre de 1949, concedió la Constitución igualdad en el matrimonio para los cónyuges, y consideró al matrimonio como base esencial de la familia. Asimismo obligó a los padres que hubieran tenido hijos extra matrimoniales, a tratarlos como si fueran legítimos.

La República de Checoslovaquia, publicó su Constitución el 9 de mayo de 1948, consagró en ella la protección para el matrimonio, la familia y la maternidad. Ordenando también la igualdad del hombre y la mujer en la familia. Se preocupa esta ley por los niños, los adolescentes y los ancianos, estableciendo medidas protectoras para cada uno de ellos.

La Constitución de la República de China del 25 de Diciembre de 1946, permite al Estado internarse en el seno familiar para proteger la maternidad y el matrimonio, así como a las mujeres y a los niños. En la Constitución de Dinamarca promulgada en 1915, se crean obligaciones familiares a cargo del Estado, cuando el responsable de la familia esté impedido de proveer a su subsistencia. En la Constitución del Ecuador de 1946, se borran diferencias entre hijos legítimos y se dan disposiciones en cuanto al aspecto patrimonial de la familia. El 7 de septiembre de 1950, se promulgó la Constitución del Salvador, otorgando igualdad jurídica a los cónyuges, borrando toda diferencia entre hijos legítimos e ilegítimos. En España el 9 de diciembre de 1931, la Constitución estableció la igualdad entre los cónyuges, regulando las obligaciones entre los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, dando protección a los enfermos y ancianos, a la maternidad y a la infancia.

En Estados Unidos de América, algunos Estados, como Alabama, conservan impedimentos matrimoniales fundados en motivos raciales. En otros Estados como Arizona, Arkansas, California, Delaware, Florida, Georgia, Idaho, Kansas, Louisiana, Michigan, tienen disposiciones familiares que protegen al niño, la propiedad familiar y el estado de viudez. La Constitución de Mississippi, la de North Carolina, la de Wouth Carolina y la de Tennessee, prohíben el matrimonio o la unión de hecho entre blancos y negros, dando disposiciones protectoras del régimen patrimonial de la mujer casada.

Las Constituciones de Montana, Nevada, Dakota del Norte, Oklahoma, Oregón, Pensylvania, Dakota del Sur, Texas, Utah, Vermont, Virginia, Washington, West Virginia y Wyoming, dan disposiciones patrimoniales, protegen a los hijos huérfanos, a los soldados y a la viuda, en materia familiar.

La Constitución de Finlandia, promulgada el 17 de julio de 1919, permitió la enseñanza laica en el seno de la familia. En Francia el 27 de octubre de 1946, se garantizó a la mujer en todas las esferas, igualdad de derechos dentro y fuera de la familia. otorgando al niño, a la madre, y a los trabajadores ancianos, la protección de su salud, la seguridad material, el reposo y las comodidades. Se dio a los incapaces protección emanada de la colectividad.

El 11 de marzo de 1945, la Constitución de Guatemala, protegió la maternidad, la familia y el matrimonio en forma especial. También el patrimonio familiar, estableciendo la igualdad jurídica absoluta del hombre y la mujer. Otra aportación positiva fue en favor de los hijos, borrando las diferencias entre éstos, incluyendo los adoptivos y concediéndoles los mismos derechos. El Estado se preocupó por proteger con mayor atención a los padres que tuvieran seis o más hijos menores. Esto lo consideramos un acierto, pues las familias numerosas siempre tienen mayores problemas económicos, preocupándose el legislador guatemalteco por dichas familias, otorgando subsidios benéficos en este tipo de situaciones.

La República de Honduras, promulgó su Constitución el 28 de marzo de 1936, permitiendo a los cónyuges no declarar contra sí mismos ni contra sus parientes, e impidiendo que se establecieran vínculos de parentesco derivados de un acto religioso.

La Constitución de Hungría del 18 de agosto de 1949, estableció igualdad jurídica absoluta entre los cónyuges permitiendo igualdad de condiciones en el trabajo para las mujeres, y otorgando una protección legal a la maternidad y al niño.

En la India en 1949, se estableció igualdad absoluta para todos los ciudadanos, permitiendo al Estado asegurar a la niñez y a la juventud contra la explotación y el abandono moral y material. Asimismo la asistencia pública en casos de vejez.

En Islandia desde 1944, el Estado se ocupa de la educación de los niños huérfanos, de los abandonados y de los padres necesitados.

En Italia en 1947, se promulgó su Constitución obligando a los padres a mantener, instruir y educar a sus hijos, aún cuando sean extra-matrimoniales. Estableció protección a la maternidad, la infancia y la juventud, así como a las familias numerosas.

La Constitución de Luxemburgo, en su última reforma del 21 de mayo de 1948, garantiza los derechos materiales de la persona humana y de la familia, estableciendo una separación absoluta entre el matrimonio civil y el eclesiástico.

En México, con las modificaciones de enero de 1947, se establecieron las siguientes obligaciones: a los hijos o pupilos menores de 15 años concurrir a las escuelas públicas y privadas, para ser educados en la escuela primaria elemental y militar, de acuerdo con el programa que señale la ley de educación pública en cada región. También se establece una protección absoluta al patrimonio de la familia. Considera nuestra Constitución al matrimonio como un contrato civil, estableciendo una separación tajante entre los actos del estado civil y los religiosos dando una exclusiva competencia a los funcionarios y autoridades del orden civil en los términos que marcan las leyes respectivas. He aquí la razón histórica del por qué en nuestra Carta Magna o Constitución Federal se considera al matrimonio como contrato, sin serlo.

La Constitución de Panamá, dada el 1º de marzo de 1946, obliga al Estado a proteger el matrimonio, la maternidad y la familia, garantizando los derechos del niño, hasta la adolescencia. Permite la igualdad de derechos de los cónyuges y reglamenta la disolución del vínculo matrimonial, equipara al matrimonio, la unión entre personas legalmente capacitadas para contraerlo, que lo hayan mantenido durante 10 años consecutivos. Los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos y éstos a respetar y asistir a sus padres. Se considera a todos los hijos con igualdad de derechos, se dan disposiciones que benefician al hijo en la investigación de la paternidad. También se dan disposiciones legales, protectoras de menores abandonados, a los deficientes físicos o mentales, y a los delincuentes. Se establece un seguro social para cubrir los casos de enfermedad, maternidad, vejez, viudez y orfandad.

En Perú, la Constitución con su última reforma de 1947, protege el matrimonio, la familia y la maternidad. El Estado defiende el derecho del niño a la vida del hogar, a la educación, a la orientación vocacional y a una amplia asistencia cuando se encuentre abandonado, enfermo o en desgracia.

En Portugal en 1945, se reforma la Constitución y reglamenta la formación de la familia, apoyándola en el matrimonio, la filiación legítima, en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, y en la inscripción obligatoria del matrimonio y del nacimiento de los hijos. El Estado debe proteger el patrimonio familiar, la maternidad, las cargas legítimas de la familia y la instauración del salario familiar.

En Puerto Rico, en 1952, se establece la igualdad de los cónyuges, suprimiéndose toda discriminación por motivo de raza e ideas políticas o religiosas.

La Constitución de Rumania en 1948, da igualdad a la mujer en los dominios económico, social, cultural, político y de derecho privado. Se protege social y médicamente la invalidez procedente de la vejez, dándose también protección al matrimonio y a la familia, se establecen las mismas obligaciones para los padres que tengan hijos fuera y dentro del matrimonio.

En Siria en 1950, se da la Constitución que protege a los trabajadores con familia, a los huérfanos, a los ancianos, a las embarazadas, a las madres y a los niños, asimismo el Estado protege el matrimonio y exhorta a él, y considera la familia, como la base fundamental de la sociedad.

En 1874, Suiza promulgó su Constitución, modificada en Septiembre de 1949. Establece protección del Estado para casos de vejez, la familia, colonización y vivienda para apoyar a la familia, igualmente otorga un seguro de maternidad y el derecho al matrimonio.

En la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, en la Constitución del 25 de noviembre de 1936, se reglamentan las cooperativas agrícolas para el fomento familiar. Se concede igualdad a la mujer en todos los dominios de la vida económica, pública, cultural, social y política. Asimismo en cuanto al trabajo, al salario,

al reposo, los seguros sociales y la instrucción. Protección de los intereses de la madre y el niño y una amplia organización de maternidades, casas de cuna y jardines de niños.

El 26 de octubre de 1951 en Uruguay, se da la Constitución que vela por el fomento social de la familia, el cuidado y educación de los hijos y las medidas necesarias para proteger a la infancia y la juventud contra el abandono corporal, individual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso. Se establecen los mismos derechos para los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, la protección social a la maternidad y su asistencia en caso de desamparo, también se protege el patrimonio familiar.

En Venezuela, con la reforma a la Constitución de 1945, se garantiza la Seguridad Familiar, la nacionalidad venezolana aún cuando se contraiga matrimonio con un extranjero, la protección a la familia independientemente de su origen, a la maternidad sin importar el estado civil de la madre, la cual será también asistida en caso de desamparo. Se dio a los hijos llamados ilegítimos el derecho de conocer a sus padres, educarlos, alimentarlos, amparándolos con leyes especiales.

En Yugoslavia el 21 de enero de 1946, se dio la Constitución que estableció la igualdad en derechos a las mujeres en todos los dominios de la vida pública, económica, política y social. Fundándose, además, maternidades, casas de asilo y jardines de infantes, asimismo la protección del Estado al matrimonio y la familia, equiparando a los hijos nacidos fuera del matrimonio con los hijos legítimos, estableciendo una protección particular para los menores por parte del Estado<sup>(99)</sup>.

Con lo anterior, concluimos, aseverando que el criterio legislativo del Derecho Familiar está completo respecto a algunos países que actualmente cuentan con legislación especial sobre el derecho familiar.

Claro está, que en algunos lugares la autonomía legislativa del derecho familiar aún no ha llegado a su completa madurez, no obstante esto, es la tendencia actual, en un futuro no lejano se dará una legislación autónoma reguladora de la institución más grande como lo es la familiar.

(99).- Díaz de Guíjarro, Enrique. Ob. Cit. pp. 473 y siguientes.

Existen legislaciones familiares que ya han alcanzado la plenitud en el derecho familiar, sobre todo y en esto queremos hacer hincapié, los países socialistas cuentan con leyes familiares propias e independientes, de la legislación civil.

2º CRITERIO CIENTIFICO. Siguiendo a Guillermo Cabanellas, la autonomía científica de una disciplina jurídica consiste en la producción literaria y bibliográfica especializada y dada con independencia de cualquier otro género del derecho. La elaboración de libros, ensayos, artículos, originados independientemente de la rama del derecho que los haya creado, nos permite palpar el criterio científico de una ciencia.

Como en otras disciplinas de reciente formación autónoma, en el derecho familiar existe una gran producción doctrinal, a tal extremo, que en el presente sí glo se nota un gran interés entre todos los estudiosos del derecho por reglamentar a la familia, aparte de la legislación civil.

Es menester hacer notar que la autonomía científica del derecho familiar, no se ha logrado totalmente, pues son múltiples los factores influyentes en lograr esa autonomía. En nuestro siglo, las tendencias socialistas han ido señalando el camino para llegar a la mejor convivencia humana, por lo cual, en el derecho familiar se observa con más claridad, que en otras disciplinas, el avance del socialismo para proteger mejor la institución familiar.

Así, pues, como lo hemos establecido anteriormente, existe una corriente doctrinal importante en torno al derecho familiar, pues es evidente el interés de los distintos sectores integrantes de un país, por proteger y regular debidamente todo lo concerniente al núcleo familiar, sus relaciones entre sí, con miembros externos a ella, como el Estado, etc.

En algunos países se han publicado grandes obras de derecho familiar, y en otros, se han incluido dentro del derecho civil, capítulos especiales dedicados al derecho familiar.

Aquí mencionamos una serie de obras, artículos y ensayos realizados en los últimos años sobre el derecho familiar, la mayoría con su autonomía del derecho civil.

Así, el objetivo de esta enumeración es probar que el criterio científico respecto a la autonomía del Derecho Familiar, es una realidad.

Es a partir de 1914 cuando se inicia la gran corriente a favor de la autonomía del Derecho Familiar, debida a Antonio Cicú, el cual como es de suponerse, tuvo una serie de seguidores convencidos en su teoría que no vacilaron en adoptarla para sostener la autonomía e independencia del derecho familiar.

Algunas de las obras escritas sobre el Derecho Familiar, son las siguientes:

Arias, José. "Derecho de Familia". Buenos Aires, 1943.

Barassi, Ludovico. "La Famiglia legittima del nuovo codice civile". Milán, Italia, 1947.

Berro, Roberto. "El Código de la Familia". Apartado del "Boletín del Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia". Tomo XIV, Núm. I. Montevideo, 1940.

Bonnecase, Julián. "La filosofía del Código Napoleón aplicada al Derecho de Familia". Segunda Edición. Traducción de José M. Cajica, Jr. Puebla, México, 1945.

Cicú, Antonio. "El Derecho de Familia" Ya citada.

Consentini, Francisco. "Le droit de famille". "El Derecho de Familia". Essai de Réforme. París, 1938.

Delzons, Louis. "La Famille française et son evolution" "La Familia francesa y su evolución". París, 1913.

Engels, Federico. "Origen de la Familia, de la propiedad privada y el Estado". Obra citada.

Fernández Clérigo, Luis. "El Derecho de la Familia en la Legislación comparada". México, 1947.

Franceschi, Gustavo, J., "Orígen de la Familia, en tres estudios sobre la familia". Buenos Aires, 1923.

Giraud - Teulon, A. "Los orígenes del matrimonio y de la familia". Traducción y prólogo de Antonio Ferrer y Rober. Madrid, 1914.

Koenigswarter, Lous, F. "Histoire de l' organisation de la famille en France" "Historia de la organización de la familia en Francia". París, 1851.

Letourneau, Charles. "L' evolution du mariage et de la famille" "La evolución del matrimonio y de la familia". París, 1888.

Pontes de Miranda. "Tratado de Derecho de Familia". San Pablo, Tercera Edición, 1947.

Posada, Adolfo. "Teorías modernas acerca de la familia, de la sociedad y del Estado". Madrid, 1892.

Prayones, Eduardo. "Derecho de Familia" Lecciones compiladas y arregladas, por Luis A. Podestá Costa. Buenos Aires, reedición de 1949.

Rébora, Juan Carlos. "La Familia", Buenos Aires, 1926,

La Familia Chilena y la Familia Argentina, La Plata, Argentina, 1938.

Instituciones de la Familia, Buenos Aires, Argentina, 1945/47. Del mismo autor antes citado.

Rodríguez Alvarez, José Rodolfo. "Personas y Derechos de Familia". La Habana, Cuba, 1946.

Tratado de Derecho Civil Argentino. "Derecho de Familia", Buenos Aires, 1949.

Starcke, C. N. "La Famille primitive. Ses origines et son developpment"  
"La Familia primitiva. Sus orígenes y su desenvolvimiento". París, 1891.

Valverde, Emilio F. "El Derecho de Familia en el Código Civil Peruano"  
Lima, Perú, 1942.

Anastasi, Leonidas. "El concepto de la Familia dentro de la Ley 9688, en  
Jurisprudencia Argentina".

Angel, Marc M. "Evolución Moderna del Derecho de Familia". En "Revista  
de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales". Montevideo, Año I, Pág.  
99.

Campoamor, Clara. "El Código de la Familia en Francia". En "Jurispruden  
cia Argentina", 71 - 102 (sec. doct).

Cepicka, Alexej. "Discours sur le nouveau code de la famille", en "Bulle  
tin de Droit Tchecoslovaque". Discursos sobre el Nuevo Código de la Famí  
lia" en "Boletín de Derecho Checoslovaqueo, Praga. Año. VIII, Núm. 2 Pág.  
97.

"La situación y los derechos de los hijos adulterinos en nuestra legisla  
ción" en "Jurisprudencia Argentina", 28 - 44.

"Los hijos adulterinos ante las leyes de publicaciones y pensiones" en  
"Jurisprudencia Argentina", 3-609.

El ejercicio obligatorio de la patria potestad; Inadmisibilidad de su re  
nuncia en "Jurisprudencia Argentina", 68 - 685.

"El concepto de la Familia ante la Ley 13.581", en "Jurisprudencia Argen  
tina", 1950 - IV - 600.

Ferreras, Juan. "El Derecho de Familia en la sistemática jurídica" en  
"Boletín del Instituto de Derecho Civil". Córdoba, Año VII.

Fornatti, Enrique y Roo, Luis María. "Los hijos adulterinos frente a las leyes civiles y de previsión social, en "Crónica Mensual de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, Año II, Núm. 24.

Fridief, M. "Le Mariage et le divorce d' après la législation actuelle de l'U.R.S.S." en "Revue Internationale de Droit Comparé". París, Tomo 2. "El Matrimonio y el divorcio antes de la legislación actual de la U.R.S.S." en "Revista Internacional de Derecho Comparado". París, Tomo 2.

Joselevich, Luis B. "El Concepto de Familia".

Laje, Eduardo Jorge. "El Concepto legal de la familia".

Monzón, Máximo D. "El Trabajo Familiar".

Mower, Ernesto R. "Las Transformaciones de la Familia en los Estados Unidos de Norteamérica".

Murillo Vacarezza, Josermo. "Las reformas Constitucionales en Bolivia sobre la Organización Familiar".

Patouillet, Julio y Lambert, Eduardo. "Los Códigos Soviéticos, Código de la Familia y Código Civil".

Santa - Cruz Teijeiro, José y Giménez Aranu, Faustino. "La Posición del Derecho de Familia en la doctrina del profesor Cicú".

Savatier, René. "Une personne moral meconnue: La famille en tant que su jet de Droit". "Una persona moral desconocida: La familia en tanto que es sujeto de Derecho".

Tchirkovitch, S. "Un nouveau code de la famille en Bulgarie" "Le code de la famille en Yougoslavie". "Un nuevo Código de la Familia en Bulgaria". "El Código de la Familia en Yugoslavia"<sup>(100)</sup>.

(100).- Díaz de Guifarro, Enrique. Ibidem. pp. 515 y siguientes.

Gelsi Bidart, Adolfo. "Enfoque Procesal de la Familia". Editorial M.B.A. Montevideo, 1958.

Santiago Carlos Fassi. "Estudios de Derecho de Familia". Editora Platense, 1962.

Estas son entre otras algunas obras que en apoyo al criterio científico vienen a probar la autonomía del Derecho Familiar. No podría aseverarse, ante la evidencia de la producción bibliográfica mencionada, que el Derecho Familiar siga siendo parte del Derecho Civil.

En México no existe una corriente doctrinaria autónoma, respecto al Derecho Familiar, sin embargo, los estudiosos del Derecho Civil han aportado estudios sobre el Derecho Familiar incluyéndolos en el Derecho Civil, algunos, y otros tratándolos ya como algo autónomo de éste, como el caso del Dr. Julián Gutiérrez Fuentevilla, catedrático de la Unidad de Posgrado en la Universidad Autónoma de México, a sí como catedrático en la Facultad de Derecho de la misma U.N.A.M. de Derecho Civil. Con su obra: "Derecho Familiar", etc.

Así, tenemos las obras de Rafael Rojina Villegas, algunas son tratados familiares en el derecho civil, pero dentro de ellos ha realizado estudios llamados "Derecho de Familia". Otro Autor mexicano, Rafael de Pina, en su obra "Elementos de Derecho Civil Mexicano", dedica la parte cuarta, del volumen primero, al derecho de familia y la familia. Benjamín Flores Barroeta, en su obra "Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil", consagra la parte tercera al derecho de familia. Ahora bien, el criterio científico del Derecho Familiar, está completamente justificado con la gran producción general y especializada existente sobre Derecho Familiar. Asimismo en México se llevó a cabo un importante Congreso Mundial sobre Derecho Familiar y Derecho Civil, en el que participaron un gran número de juristas y doctrinarios de la gran mayoría de los países. Se conserva la Memoria de dicho Congreso, celebrado en Acapulco, Guerrero. En el año de 1977, del 23 al 29 de octubre, el cual marcó una nueva etapa en la vida institucional del Derecho Familiar, como rama autónoma del Derecho Civil y de las demás ramas del Derecho.

En algunos lugares, no se ha desarrollado el Derecho Familiar como se quisiera, pero en un futuro no lejano esa autonomía se dará para beneficio del desarrollo de los pueblos. Sin embargo, es perfectamente claro que al igual que el crite-

rio legislativo, el criterio científico del Derecho Familiar está completamente desarrollado y proyectado. Debemos destacar que en reafirmación de lo antes establecido, en nuestra máxima casa de estudios se llevó a cabo el "Curso de Actualización sobre Derecho Civil y Derecho Familiar", celebrado en el Auditorio "Jus Semper Loquitur" de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, del once de enero al diez de febrero de mil novecientos ochenta y dos. Al que tuvimos el gusto de asistir y en donde pudimos constatar la autonomía del Derecho Familiar. En este curso también intervinieron grandes juristas de diversas partes del mundo.

Así, en México, el Derecho Familiar, poco a poco va abriéndose paso, es lamentable sin embargo, que muchos catedráticos no le dejen avanzar, porque como sostenemos y sostendremos, la familia por su importancia en toda la vida social, debe ser reglamentada en forma autónoma de la legislación civil, para que sea debidamente tratada.

Esperamos que nuestras inquietudes tengan eco en los juristas para encausar sus esfuerzos y estudios tendientes a lograr la autonomía del Derecho Familiar, en nuestro país.

Esta es grosso modo la situación científica que guarda actualmente el Derecho Familiar.

Como podemos observar, el desarrollo doctrinario en torno al Derecho de Familia es cada vez mayor, pues las obras especializadas sobre la materia, están constantemente en evolución. En México, la situación doctrinaria del Derecho de Familia no se ha definido aún, pues generalmente se le coloca dentro del Derecho Civil, pero ya en la Facultad de Derecho, así como en la Escuela Nacional de Estudios Profesionales de Acatlán y Aragón se dedica el Cuarto Curso de "Derecho Civil" al "Derecho de Familia y Sucesiones" en forma independiente, con lo que representa un avance en este sentido. Asimismo en la Unidad de Posgrado, en los estudios de Especialización de "Derecho Privado" se imparte la materia "Derecho Familiar" en forma autónoma, con el fin de que los jóvenes abogados-y los mayores- se den cuenta de la importancia tan grande que representa colocar al Derecho Familiar como rama autónoma dentro del campo jurídico.

3º CRITERIO DIDACTICO. El tercer elemento necesario para ubicar en el Derecho, con carácter propio a una disciplina jurídica, es la autonomía didáctica<sup>(101)</sup> consistente en la enseñanza del contenido del Derecho Familiar como rama independiente del Derecho Privado en general, y en particular, del Derecho Civil.

Es con la enseñanza universitaria del derecho familiar, como se complementa el criterio didáctico. La autonomía docente está perfectamente dada, como hemos visto en nuestra Facultad de Derecho de la U.N.A.M. y en las Escuelas de Estudios Profesionales de Acatlán y de Aragón. En el último curso del "Derecho Civil", se trata esta materia de Derecho de Familia y sucesiones en forma independiente. Se nos enseña las cuestiones relativas a la familia, sus principales Instituciones como el matrimonio, la tutela, curatela, reconocimiento de hijos, etc. Asimismo en los cursos de Derecho Civil impartidos en Brasil, Buenos Aires, Guatemala, Nicaragua, Chile, Indias Occidentales, Venezuela, Tokio, etc., sus programas comprenden el estudio de la familia, ciertamente dentro aún del Derecho Civil. Existen otras como la de Puerto Rico, que en su programa de enseñanza universitaria incluye un curso de derecho de familia diferente al civil. Además, en los países socialistas también existe una enseñanza universitaria especializada sobre el derecho familiar.

Además, en México, en torno al Derecho Familiar se han impartido los siguientes cursos especiales, en los que se han enseñado las siguientes materias:

Institución de Derecho Familiar, Lineamientos de Derecho de Familia, Instituciones procesales relativas a las personas y a la familia, Sociología de la Familia y Bases para la amplificación del Derecho de Familia en México<sup>(102)</sup>. Así, como el último Curso de Actualización sobre Derecho Civil y Derecho Familiar, celebrado en este año de 1982.

Va hemos hecho mención que en la División de Estudios Superiores, de la Facultad de Derecho, de la U.N.A.M., se ha incluido en sus programas de doctorado, un curso monográfico sobre "Derecho Familiar", con lo cual se pretende una autonomía didáctica.

(101).- Ibidem. Pág. 692.

(102).- Glitrón, F. Julián. Opus. Cit. Pág. 241.

4<sup>o</sup> CRITERIO JURISDICCIONAL. Siguiendo con los criterios de Guillermo Cabanellas, respecto a la autonomía de una rama jurídica, tenemos que la autonomía jurisdiccional<sup>(103)</sup>, se refiere a la existencia de tribunales autónomos para la resolución de controversias familiares. Actualmente más que una realidad, es una meta por alcanzar, pues en pocos lugares existen verdaderos tribunales de familia. Si existe el Derecho sustantivo de la Familia, deben promulgarse sus normas procesales reguladores, en cuanto a sus trámites judiciales. El establecimiento de organismos autónomos, para resolver los conflictos familiares, sería una medida muy bien recibida y acertada en la resolución de las crisis actualmente sufrida por la familia, pues es evidente que una orientación adecuada y una atención especial podría resolver conflictos familiares en su etapa inicial, y la mejor manera de lograrlo, es a través de Tribunales Familiares, pero en los cuales debe haber especialistas en Derecho Familiar, que entiendan el cometido y fin de esta disciplina, y los que necesariamente deben estar conscientes que los conflictos de carácter familiar son completamente distintos a los conflictos de Derecho Civil, o Privado. Recientemente Guatemala promulgó un decreto del 7 de abril de 1964 y otro el 4 de julio del mismo año, con éstos, estableció tribunales de familia con jurisdicción privativa para saber de conflictos, independientemente de su valor, estando relacionados con alimentos, paternidad y filiación, unión de hecho, patria potestad, tutela, adopción, protección al parto, divorcio y separación de los cónyuges, nulidad del matrimonio, cese de la unión de hecho, y patrimonio familiar, regulando asimismo, los procedimientos para resolver estos conflictos.

Asimismo en los países socialistas, en la actualidad encontramos tribunales especiales dedicados a los conflictos de orden familiar, así verbigracia en la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas, en Checoslovaquia, Polonia, y en algunos otros<sup>(104)</sup>.

En México, la autonomía jurisdiccional del Derecho Familiar se encuentra establecida, gracias a la iniciativa del entonces Presidente de la República Mexicana, Luis Echeverría Álvarez, la cual fue publicada el 24 de marzo de 1971, en el "Diario Oficial de la Federación", creando los Jueces de la Familiar al margen de los Jueces Civiles y Penales.

(103).- Díaz de Guíjarro, Enrique. Ob. Cit. Pág. 693.

(104).- Güitrón F. Julián. Ibidem. pp. 242 y 243

Podemos aseverar en favor de la autonomía jurisdiccional familiar, que en México existen Juzgados Familiares, los cuales están dedicados exclusivamente a resolver conflictos motivados en la Familia y en los intereses económicos de los menores, así como los incapaces sometidos a tutela, etc.

Otra Institución que realiza funciones de carácter familiar, en cuanto se presente una controversia, es la Oficina del Registro Civil, la que tramita y resuelve el divorcio por mutuo consentimiento de carácter administrativo, que contempla el artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal vigente, el cual faculta al Juez del Registro Civil para disolver el vínculo matrimonial, cuando los cónyuges así lo convengan, sean mayores de edad y no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron.

El comentario al respecto ya lo hemos asentado en otra parte de nuestro estudio, consideramos un gravísimo error que el Juez del Registro Civil, miembro integrante del Poder Ejecutivo, que asume actividades de administración, sea quien asuma la función tan importante de carácter judicial, máxime en la materia familiar, a este "Juez", no se le exige ni siquiera ser Licenciado en Derecho. Preguntamos ¿Podrá este titular de dicha Oficina resolver un problema tan delicado como el familiar, otorgando la orientación debida a los cónyuges jóvenes, principalmente?. Consideramos que no, los problemas familiares no pueden ser resueltos burocráticamente.

Viola además, la división de poderes que se dice gobierna nuestra República.

Es muy satisfactorio, sin embargo, para nosotros como mexicanos, que se hayan creado los tribunales familiares, pues ello denota preocupación por dar a la familia el lugar y cuidado que requiere. Consideramos que en un futuro próximo, el Derecho Familiar será separado definitivamente del Derecho Privado, y específicamente del Derecho Civil, luego tendremos un Código Familiar Local, para cada Entidad Federativa y para el Distrito Federal, el que ya es un Proyecto, del que posteriormente hablaremos.

D).- TEORIA DE JOSE BARROSO.

José Barroso, profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, sostiene que existen además de los crite---rios enunciados por Guillermo Cabanellas, otros dos, que vienen a ser apoyos jurídicos a la autonomía del Derecho Familiar, estos dos criterios sostenidos por el cita do catedrático son el criterio de la autonomía institucional y la procesal. En este sentido, José Barroso "se refiere a la determinación de si la rama jurídica en cuestión, posee Instituciones propias, distintas en particular de aquellas pertenecientes a las disciplinas que pretende su autonomía. Conviene aclarar que no es preciso el que se trate de instituciones totalmente novedosas, sino que basta que a las ya conocidas se imprima un sentido y regulación tan especiales, que su nuevo es píritu y proyección resulten definitivamente incompatibles con los anteriores; por ejemplo, tratándose del derecho laboral, el actual contrato de trabajo — La Ley Federal del Trabajo en sus artículos 22 y 23 consagran prohibiciones en favor del traba jador, en una clara intención de tutelar a éste—, tiene un espíritu opuesto al contrato de derecho civil — donde conforme al artículo 1832 del citado Código Civil pa ra el D. F., las partes se obligan "en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse". Aquí la Ley no protege a ninguno de los contratantes, por el contrario, busca su igualdad—.

El criterio Institucional es el más importante porque mientras los demás se refieren a cuestiones externas o incidentales haciendo depender de su eventual a contecer la autonomía de una rama del conocimiento jurídico, áquel se refiere al as pecto sustantivo, al contenido mismo de la disciplina en juicio. Es decir, no se queda en el examen periférico, sino va a la médula misma del problema.

Ahora, ¿tiene el derecho de familia instituciones propias?

La perspectiva histórica del derecho familiar demuestra que desde hace mucho, tiene características especiales, que siempre han hecho de él un sector muy particular del derecho civil, donde se le ha enclavado tradicionalmente. Ello obedece a que, como han repetido prácticamente todos los autores que abordan la materia, las relaciones familiares antes que un contenido jurídico lo tienen ético y natural. Sin embargo — y esto no es ninguna novedad—, hasta principio de siglo las relaciones de índole familiar eran consideradas más bien de derecho privado, pues el Estado vacilaba en trasponer el umbral del hogar e intervenir francamente en su orga

nización; hoy esa inhibición estatal ha sido superada y es notable y creciente su ingerencia, que por otra parte, tanto jurídica como filosóficamente es justificada; todo ello ha originado un desplazamiento que empuja al derecho de familia del derecho privado, si no precisamente hacia el derecho público, al menos rumbo a la esfera cuyos límites y contenidos precisos no han sido suficientemente definidos. Encontramos pues un cambio profundo de espíritu entre el derecho familiar tradicional y el nuevo, donde el Estado se arroga cada vez mayores funciones, antiguamente encomendadas al grupo familiar; el Estado impone o vigila la educación de los hijos, a veces los alimenta y cuando menos, obliga a los padres a proporcionarles alimentos; en ocasiones los cuida aún durante todo el día - guarderías infantiles -; tratándose de menores carentes de ascendientes, vigila la designación de los tutores y el cumplimiento de las obligaciones a cargo de éstos; sanciona, aun con prisión - artículo 336 del Código Penal para el Distrito Federal -, al cónyuge que abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para subsistir.

Si bien esta razón de índole general bastaría por sí sola para justificar la autonomía institucional del derecho de familia, la dirección particular de cada una de sus instituciones llevará a fortalecer estas conclusiones:

Contemplemos el acto básico a partir del cual se sustenta la organización familiar: el matrimonio. Se trata de un acto "sui generis", que precisamente por su manera especial de ser, ha dado origen a numerosas tesis que pretenden explicar su naturaleza - esta controversia deriva precisamente de la moderna idea sobre lo que es, realmente, el matrimonio -. En nuestra legislación, la doctrina unánimemente estima que se trata de un acto jurídico solemne. El hecho de que se le considere solemne, lo aparta totalmente del consensualismo que anima nuestro Código; agreguemos a esto la forma tan especial como se constituye el consentimiento en el acto matrimonial, aquí no es el acuerdo de dos voluntades, sino de tres; las de los cónyuges y la del Estado, personificado por el Juez del Registro Civil.

Otro tanto puede decirse de la nulidad de matrimonio. Removeremos la polémica en torno a si es aplicable la teoría de las nulidades en tratándose de matrimonio, o si bien éste tiene su propio régimen en materia de nulidad. En fin, a lo mínimo puede asegurarse que el matrimonio tiene un régimen especial de nulidades que se aplica de manera preferencial y que sólo a falta de solución expresa en éste de-

be recurrirse al sistema general de nulidades. Estamos pues, en presencia de una institución con perfiles propios que se aparta sensiblemente, en su regulación, de toda otra.

Sería absurdo comparar el divorcio con la rescisión o la revocación, la tutela con el mandato, y así sucesivamente. Añadamos a esto que la patria potestad se ha convertido en una verdadera magistratura y tendremos un cuadro de instituciones de naturaleza muy particular, cuya evolución las ha transformado de raíz hasta otorgarles un matiz completamente especial al derecho privado.

De lo anterior puede apreciarse que poco a poco las Instituciones que integran el derecho de familia van cobrando una tendencia y originalidad propias, que se rigen por principios generales; pero exclusivos de ellas, que están animadas de un idéntico e inconfundible espíritu y que giran en torno de un objeto — el grupo familiar — que no es materia de otra disciplina — al menos no desde el mismo ángulo —. Tiene en síntesis: a) Principios; b) Espíritu común y definido, y c) Objeto de conocimiento exclusivo. Basta esto para consagrar la autonomía institucional del derecho de familia.

Y en cuanto al criterio Procesal, José Barroso se hace esta pregunta: ¿tiene la materia familiar procedimientos propios?. Y contesta: "No cabe duda que el derecho de familia tiene procedimientos particulares, si bien frecuentemente se tramitan entre tribunales que no conocen exclusivamente de cuestiones relativas al cuerpo familiar. Muchas veces, sin embargo, los procedimientos se manejan — e incluso suelen usarse los mismos — a los de otro género de negocios, pero esto es inconveniente, de ahí la tendencia doctrinal a crear ciertos principios en la reglamentación jurídica procesal familiar, que permiten dar un tratamiento al grupo familiar que se adapte a su naturaleza y que no lo coloque en la misma situación que la correspondiente a las relaciones de orden patrimonial. Gelsi Bidart aconseja, refiriéndose a la reglamentación procesal de la familia, que... habrá de ser relativamente limitada respetando al máximo el ser familiar y procurando, más que orientada artificialmente, defender sus modalidades espontáneas. Esto es justificado pues las relaciones resultantes de la familia tienen un contenido esencialmente ético y natural que el derecho no puede ignorar; por eso es preciso que los procedimientos que se empleen en esta materia se afinen al máximo, pues no están en juego intereses únicamente económicos sino otros más altos, de jerarquía espiritual.

En México existen procedimientos específicos tratándose de divorcio voluntario --Arts. 272, 273 y 275 del Código Civil y 674 y 682 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal--, tutela y curatela --Arts. 902 al 914 del Código de Procedimientos Civiles para el D. F.--, enajenación de bienes de menores o incapaces y transacción acerca de sus derechos --Arts. 915 al 922 y de Éste al 926 del Código de Procedimientos Civiles citado--, el divorcio necesario y la nulidad de matrimonio se tramitan en juicio ordinario; los juicios de alimentos, la calificación de impedimentos de matrimonio, la responsabilidad por incumplimiento de promesa matrimonial, la constitución del patrimonio de familia habiendo contienda, las diferencias que surjan entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposiciones de maridos, padres y tutores y, en general, todas las cuestiones familiares que reclaman la intervención judicial, deben tramitarse sumariamente --Art. 430, fracciones II, VI, VII y VIII<sup>(105)</sup>, éste ya derogado, pero el artículo 940 al 956 del Código de Procedimientos Civiles, nos hablan de estas controversias del Orden Familiar, considerando el Artículo 940 del citado Código procedimental que "Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad"--.

Respecto a lo establecido por José Barroso es pertinente hacer otras aclaraciones, pareciéndonos muy acertado su razonamiento y desde luego lo adoptamos para mejor fundar la autonomía del Derecho Familiar en nuestro país.

Debemos agregar en esta parte de nuestro estudio, la reforma realizada por Luis Echeverría Alvarez, en el sentido de la creación de los tribunales familiares, esto es, la Institución de los Jueces de Familia, elemento que no deja de ser un fundamento más para declarar y aceptar su autonomía del Derecho Civil.

Consideramos ciertas las apreciaciones hechas por José Barroso, en el sentido de considerar los criterios Institucional y Procesal dentro del análisis de la autonomía de una rama jurídica. El Derecho Familiar triunfa en esta prueba.

(105).- Barroso Figueroa, José. Artículo en la Revista de la Facultad de Derecho. Núm. 68 "Autonomía del Derecho de Familia". U.N.A.M. pp. 835 y siguientes.

## E).- TEORIA DE JULIAN GÜITRON FUENTEVILLA.

Uno de los principales defensores del Derecho Familiar en México, es el Dr. Julián Güitrón Fuentevilla, catedrático de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M. y de la División de Estudios de Posgrado de Derecho de la misma Institución, en la especialidad de "Derecho Privado", quien imparte la materia de "Derecho Familiar", tratándola en forma autónoma, independiente de la rama del Derecho Civil. Quien funge además como Secretario del Doctorado de la misma División. Es quien en México, ha defendido en varios foros la autonomía del Derecho Familiar y quien es autor de un Proyecto de Código Familiar para el Distrito Federal.

Sean pues, las propias palabras del Dr. Güitrón Fuentevilla, las que nos aclaren su posición respecto al Derecho Familiar: "Tratar de sostener la autonomía de una disciplina jurídica, implica el conocimiento completo de la rama, a la cual se le pretende desprender, la que se intenta separar.

Nosotros, modestamente, no estamos colocados en la hipótesis anterior, sin embargo, pretenderemos en la medida de nuestros conocimientos, sostener con criterios científicos, que el derecho familiar, se encuentra actualmente en el momento más apropiado para declarar su independencia del derecho civil.

Hemos analizado las corrientes más completas para lograr nuestro propósito, ahora, y con inspiración en esas corrientes, pretendemos elaborar nuestro personal punto de vista, para sostener que el derecho familiar es, doctrinalmente hablando, una disciplina autónoma, primero del derecho privado y después, del civil.

Encontramos coincidencia con el punto sostenido por Cicú, en cuanto a considerar al Derecho Familiar formando un tercer género, al lado del derecho público y del privado, de los cuales no hablaremos, por ser este trabajo, distinto a la naturaleza de los derechos antes mencionados. Sostenemos el principio de Cicú, fundados en razonamientos diferentes, esencialmente en lo que para nosotros significa la familia y su regulación.

El derecho familiar, debe agruparse bajo un género diferente al privado y al público, pues la familia, como generadora de todas las formas actuales de sociedad, y de gobierno, tiende a desaparecer, no tanto por la desmembración constante de ella, sino por la intervención, cada día más penetrante, del núcleo familiar por

el Estado. Esta es nuestra verdadera preocupación. Es la intervención estatal la que debemos evitar en el seno familiar; entiéndase bien, estamos de acuerdo en la protección estatal a la familia; pero no en su intervención, estamos conscientes que el Estado, a través de sus órganos, proteja los derechos familiares; y la mejor manera de hacerlo será elaborando un Código Familiar..., con Tribunales de Familia, con expertos en humanidades, psicólogos, trabajadoras sociales, psiquiatras, médicos, etc., todos ellos, agrupados alrededor del juez para asuntos familiares, con objeto de orientar y solucionar adecuadamente esos problemas, los cuales muchas veces se resolverían con un consejo, o una orientación bien intencionada. Estamos de acuerdo, en que el Estado propicie la protección familiar; considerando al Derecho Familiar, como rama independiente del derecho público y privado — y también del derecho social —, atendiendo fundamentalmente a la importancia de conservar e incrementar la unidad de la familia y sus consecuencias jurídicas, como el matrimonio, el divorcio, la patria potestad, la tutela, etc.

Las instituciones comprendidas en el Derecho Familiar, son tan ambíguas y complejas, que necesitan sus propias reglas y proyecciones; sin salirse del Derecho Familiar, es decir, para nosotros lo fundamental es proteger a la familia, con la intención de que la sociedad y el Estado, no se vean debilitados en su estructura, pues en última instancia, y según nos lo demuestra la Historia, la decadencia de todos los pueblos ha empezado, cuando se debilitan los núcleos familiares. Fundamos nuestra tesis, considerando al Derecho Familiar como autónomo del privado, primero, y del civil después, pues el interés a proteger, es tan fundamental a la misma organización social, que necesita darle su propia legislación, lo cual consecuentemente, evitará su inexorable desmembramiento, y permitirá su cohesión.

Debemos los juristas, hacernos una pregunta: ¿Es tan importante la familia y las instituciones derivadas de ella, que debemos procurarle sus propias leyes y tribunales, o por el contrario, continuar en la situación en que está, con las consecuencias naturales?.

Nuestra respuesta, sin vacilaciones, es en sentido afirmativo, pues debe darse un Código de Familia, debe protegersele, porque ella, en última instancia, ha sido la semilla generadora de todas las organizaciones estatales, de todas las épocas" (106).

(106).- Güitrón F., Julián. Ob. Cit. pp. 322, 323 y 324.

Completamente de acuerdo con el catedrático universitario, en el sentido de dar a la Familia el lugar que merece dentro de la legislación. Un lugar especial, el primer lugar, ¿Cómo? a través de su completa autonomía del Derecho Civil y de todas las demás ramas del Derecho.

Considero que este inciso "F" no debe suprimirse, porque contiene nuestra posición.

#### F).- OPINION PERSONAL.

Consideramos de gran validez científica y jurídica, los planteamientos de los Autores arriba citados, esto nos convence definitivamente de la autonomía del Derecho Familiar. Con la exposición hasta aquí realizada, consideramos haber demostrado dicha autonomía, y sobre todo, lo que consideramos ya nadie dudará, el interés superior del núcleo más importante de la sociedad: la Familia, reconocido por el propio Estado, el cual en el Artículo 940 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal cuando establece: "Todos los problemas inherentes a la familia se considerarán de orden público, por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad" -- el subrayado es nuestro-- . Y el Estado ha elevado los problemas familiares a la categoría de "orden público", seguramente porque no ha encontrado un lugar más alto donde colocarlos y tutelarlos, pero con la independencia legislativa del Derecho Familiar, estos problemas se resolverán. Asimismo considera a la Familia, y con toda la razón, como "...la base de la integración de la sociedad". Además el Artículo 3º y 4º Constitucionales otorgan a la Familia gran importancia, el primeramente citado en su Fracción I, inciso c), establece que "Contribuirá a la mejor convivencia humana, tanto por los elementos que aporte a fin de robustecer en el educando, junto con el aprecio para la dignidad de la persona y la integridad de la familia". El Artículo 4º, por su parte establece claramente que "...la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia...".

Creemos haber demostrado que los problemas de orden familiar no pueden ser tratados como los conflictos de Derecho Privado, y principalmente de Derecho Civil. Pues bien, nuestra posición personal sobre el Derecho Familiar es ésta: El Derecho Familiar es un nuevo género dentro del campo jurídico, la Familia constituye un interés superior, entendido éste como el interés primero dentro de la organización social y estatal, consiguientemente, debe ser regulada en forma especial, otorgando el Estado a esta máxima Institución el lugar que merece en la misma organización social y estatal. El Derecho Familiar es autónomo porque, el interés jurídica

mente tutelado en él es el interés del núcleo familiar, esto es, la tutela, protección de cada una de las familias entendidas como un núcleo, que debe ser tutelado, protegido a través de las Instituciones propias del Derecho Familiar, porque éste posee Instituciones propias, sus principales Instituciones son: el matrimonio, la tutela, la patria potestad, la curatela, el reconocimiento de hijos, la adopción, etc., etc. Todas concernientes al mismo fin: la Familia.

No podemos, personalmente, dejar que las ideas de dos o más siglos atrás, sean las que se traten de imponer en nuestro Derecho Positivo, no porque no hayan sido útiles a nuestro Derecho, de ninguna manera, sino porque muchas de esas ideas tradicionales no son aplicables a nuestro Derecho e Instituciones actuales, queridos maestros del Derecho es dinámico, y esto implica movimiento, cambios en la realidad social y el Derecho tiene como misión fundamental la de regular la vida en sociedad, esto es, regular la realidad social. Por lo que no podemos seguir aplicando las teorías individualistas del siglo XVIII a inicios del XIX. Vivimos un momento histórico muy importante, decisivo para la humanidad, y la Familia es la única que puede salvar este compromiso tan delicado para el ser humano. Aseveramos que un Estado que regule debidamente al núcleo Familiar, será un Estado próspero y alcanzará consiguientemente un desarrollo en todos los órdenes. Por tanto, la Familia debe ser tratada en forma muy especial, a todos los niveles educativos, deben realizarse estudios especializados sobre ella, se deben dar cátedras, hacer otras, tratados, etc., con el fin de proteger a la familia, debe, en fin, robustecerse a la Familia y el Estado debe ser el principal promotor de esto, pero siempre dejando a la misma la libertad de que goza.

No podemos menos que aceptar que las ideas de los autores aquí citados han hecho mella en nuestra conciencia, logrando un estudio más amplio acerca de Institución tan importante, hemos llegado a esta conclusión: El Derecho Familiar constituye un nuevo género dentro del campo jurídico y racionalmente debe dársele su independencia y autonomía del Derecho Privado y específicamente del Derecho Civil. Recordando, que éste, ha sido el que nos ha dado casi todas las ramas del Derecho Moderno, así el Derecho Mercantil, el Fiscal, el Laboral, etc., los cuales tuvieron sus bases en el Derecho Civil, entonces los civilistas no deben asustarse con nuestra tesis o proposición. ¿Por qué inquietarse ahora al conocer la intención de separarlo del Derecho Civil?. Buscamos una organización familiar sólida, queremos que la

Familia ocupe su lugar en nuestra conflictiva sociedad, esperamos la unificación de criterio de los juristas, maestros y compañeros estudiosos del Derecho Mexicano. Nuestra pretensión no es política, es convencimiento verdadero de que el Derecho Familiar constituye un nuevo género en el campo jurídico.

En la gran mayoría de los países socialistas, el Derecho Familiar, es tratado en forma particular, independiente del Derecho Privado. Así, tenemos por ejemplo los países de Polonia, Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas - U.R.S.S. -, Checoslovaquia, etc., lo que constituye un apoyo científico más a nuestra tesis, consistente en sostener la autonomía del Derecho Familiar. No incluimos el estudio de estas legislaciones, por no ser el objetivo específico de nuestra investigación<sup>(107)</sup>, pues nos interesa más determinar el estado que guarda nuestra Familia mexicana y el Derecho Familiar en nuestro Derecho Positivo y vigente. A los cuales dedicamos nuestra atención en el capítulo siguiente.

(107).- Existe suficiente material, sobre estas legislaciones en la Ob. Cit. en nota anterior. pp. de la 252 a la 322.

## C A P I T U L O I V

### "LA FAMILIA EN NUESTRA LEGISLACIÓN"

#### A).- CONSIDERACIONES PREVIAS DE LA FAMILIA MEXICANA.

Consideramos pertinente iniciar este capítulo con un estudio de la organización familiar mexicana, desde los tiempos antiguos, lo hacemos con el objeto de probar que la teoría de Lewis H. Morgan es aplicable a la Familia mexicana. Otro objetivo importante en el presente capítulo es el de determinar la evolución que ha experimentado el Derecho Familiar en México y la importancia que las distintas legislaciones mexicanas y extranjeras aplicadas en México han dado al núcleo más importante de nuestra sociedad: la familia. Hasta llegar a nuestro Derecho positivo vigente. Para determinar asimismo si hay lugar o no a separar el Derecho Familiar del Derecho Privado, y concretamente del Derecho Civil.

Por lo que en este apartado consideramos a los siguientes períodos del desarrollo de nuestra Familia Mexicana:

#### a).- LA FAMILIA EN EL MEXICO ANTIGUO.

Los vínculos familiares eran muy fuertes en la gran mayoría de los pueblos del México antiguo. Además de las relaciones entre abuelos, padres e hijos, había las vinculaciones del clan en el seno de la tribu, y el parentesco especial que engendra el compadrazgo — o sea el vínculo que se establece a través del apadrinamiento en el bautismo, la confirmación, el casamiento, etc. Compadrazgo, en el lenguaje familiar, equivale a protección cómplice o tolerancia indebida.—, apenas inferior al consanguíneo. Entre los aztecas regían leyes contra el incesto y se practicaba la exogamia — es decir, el casamiento entre individuos pertenecientes a distinta tribu o familia—; prevalecía la poligamia, pero sólo los hijos de la primera mujer se consideraban legítimos y tenían derecho a la herencia; el abandono del hogar por uno u otro cónyuge recibía la sanción social, pero se permitían las concubinas; y se autorizaba el divorcio: cuando la mujer era estéril o descuidaba sus deberes domésticos, o cuando el hombre no la mantenía, la maltrataba o rehúsa participar en la educación de sus hijos. La familia constituía asimismo una unidad económica.

El hombre casado recibía una parcela de tierra o tomaba posesión de la de su padre, si éste era demasiado viejo para trabajarla. Prevalecía el patriarcado. Esta era la base de la estructura del clan, de la tribu y aún de la nación, pues la familia indígena estuvo — y en cierto modo lo sigue estando — basada en la estrecha cooperación de todos sus miembros. Al igual que en todas las economías agrícolas, los hijos representaban una fuente de trabajo y de riqueza. Las alianzas militares de los aztecas a base de matrimonios de los reyes con las hijas de otros señores subyugados indicaba consideración a la mujer y la influencia de ésta en la familia y en las decisiones del marido. Era muy normal que gobernara en lugar de su hijo, cuando éste era menor o carecía de madurez para ser cacique. También desempeñaba ciertas funciones sacerdotales o auxiliares en los templos. Por todo ello el matrimonio se concertaba con cuidado y solemnidad. La virginidad premarital de la mujer era, por lo menos en teoría, requisito indispensable para el matrimonio en la mayoría de los pueblos indígenas.

Fray Diego de Landa dice que a los mayas les importaba mucho saber el origen de sus linajes, especialmente si procedían de alguna casa de Mayapán. Los nombres de los padres se perpetuaban en los hijos, pero no en las hijas. Las hijas no heredaban, si no era por vía de piedad o voluntad de los hermanos; si todas las descendientes eran mujeres, heredaban los hermanos del difunto, aquí observamos cómo las mujeres eran tratadas inferiormente al hombre, y si los hermanos del difunto eran menores, se entregaban los bienes a un tutor escogido entre los deudos más cercanos, el cual daba a la madre lo suficiente para criarlos.

Esta fue grosso modo el panorama que presentó esta fase en la organización familiar, considerándose a la mujer inferior al hombre, negándose a ésta derechos de sucesión.

#### b).- LA FAMILIA EN LA EPOCA COLONIAL MEXICANA.

Según los datos de los historiadores, los conquistadores españoles llegaron sin mujeres, y en épocas posteriores la inmigración femenina no pasó del 10%. La formación de uniones mixtas y la presencia de las costumbres familiares indígenas originaron diversos problemas. Las autoridades civiles y la Iglesia no podían transigir con las uniones polígamas, de tal suerte que tuvieron que legitimar a la

primera mujer con quien se hubiese consumado la unión sexual; sin embargo, los indígenas, con el propósito de quedarse con la favorita, fingían no recordar la primacía, en cuyo caso la decisión pasaba a los ancianos del pueblo. Este matrimonio se perfeccionaba y a las demás mujeres se las dotaba para que atendieran sus propias necesidades y la de sus hijos. Las uniones incestuosas antiguas, entre hermanos o parientes cercanos, llegaron a tolerarse y aún a ratificarse canónicamente. Las penas por bigamia o por falta de consentimiento de la mujer eran leves. El abandono del hogar, tratárase de españoles o indios, se remediaba con un mandato del virrey que obligaba al desertor a regresar al lado de su mujer y darle el sostén económico necesario. En apariencia, el sistema colonial contribuyó a cimentar una familia monógama y firme; pero, en realidad otros muchos factores la perturbaban. Uno de ellos era el servicio personal de los indios y los trabajos forzados lejos del hogar. Tales separaciones de cónyuges durante gran parte del año tenían efectos disolventes para la familia. Cuando, por queja de la mujer, había órdenes de que el marido volviese a su lado, los patronos se encargaban de ocultar a sus trabajadores. La ley colonial prescribía que los hijos de indias casadas debían tenerse por hijos de su marido, sin que se admitieran pruebas en contrario. Esto, por motivos obvios. Encontramos una Ley protectora del conquistador, sobre el conquistado, al cual tratan poco menos que cosas. Sin interesarle en realidad, salvo contadas excepciones, la familia mexicana, la cual fue producto de una explotación brutal por parte del conquistador español.

### c).- LA FAMILIA INDIGENA ACTUAL.

Esta, ha seguido siendo una unidad social y económica básica. Forma un núcleo fuertemente unido por la cooperación económica, la división del trabajo, el intercambio de afectos, lealtades, obligaciones y derechos, y también por la unión de las costumbres y por la participación ritual común. La familia indígena es monógama y patrilineal, es decir, la filiación se realiza vía paterna y a veces materna.

Más que en la satisfacción del impulso sexual, la familia indígena parece asentarse en el aprovechamiento completo del ciclo sexual. Trátase de compensar el alto coeficiente de mortalidad con: 1).- la anticipación del matrimonio, que se realiza apenas iniciada la pubertad; 2).- la obligatoriedad del matrimonio por pre-

sión social; y 3).- la desaprobación de la soltería, de los divorciados y de la viudez de una persona fértil.

Como unidad económica, se base en la cooperación de todos sus miembros. El hombre desempeña los trabajos que requieren mayor fuerza física: labores agrícolas, la caza, el cultivo de fibras textiles, la construcción de la vivienda y otros semejantes. La mujer se ocupa, ante todo, de la preparación de los alimentos y del cuidado de los niños y del ganado menor, pero también se ocupa a menudo a trabajos de artesanía y al comercio en pequeño. El esfuerzo de la mujer sobrepasa a veces al realizado por el hombre, pues, verbigracia, la molienda del maíz es un trabajo muy pesado, que la mujer tenía que hacer y aún hace en estos pueblos indígenas, donde la protección legislativa estatal no ha llegado como debiera llegar para protección del núcleo familiar indígena.

El niño indígena de doce años tiene, por regla general, habilidades y conocimientos suficientes para ganarse la vida, y se convierte en un campesino experto. Acompaña a su padre a la milpa ya desde la edad de ocho años o diez. Las niñas también cooperan, recogen leña, acarrean agua y cuidan a sus hermanos menores.

Con lo que la familia indígena constituye, pues, una unidad de notable cohesión y autosuficiencia, basada en la mutua asistencia y dependencia. La división del trabajo tiene en consideración no solamente el sexo sino también la edad. Generalmente, los abuelos demasiado viejos para desempeñar labores pesadas forman parte del hogar y gozan de respeto por parte de hijos y nietos.

En la mayoría de los casos la mujer no hereda la tierra, el capital por excelencia del indígena, pero sí queda en posesión de los bienes muebles que hubiere aportado al matrimonio y de los que hubiere adquirido posteriormente. También en caso de divorcio se le retornan los bienes con que ingresó al matrimonio. Las leyes de herencia indígenas sólo reconocen, sin embargo, una filiación del heredero, generalmente por parte de la familia paterna, a veces por la materna, pero no por ambas, como la ley mestiza.

La residencia es, generalmente, patrilocal. A veces se da el caso de que el joven esposo ingresa en la familia de la novia o mejor dicho cónyuge para trabajar durante algún tiempo con su suegro y sólo más tarde en forma independiente. El

padre goza de la autoridad suprema y es el encargado de dirigir los ritos mágico-religiosos, las ceremonias y los negocios de la familia en calidad de su representante, esto nos recuerda la figura del pater familias romano. El soltero es excluído de la vida social activa y no puede desempeñar ningún cargo honorífico, es decir, público. Una vez divorciado, el hombre puede casarse nuevamente, y debe hacerlo si pretende seguir ocupando una posición de consideración en la comunidad.

El matrimonio, es arreglado a veces por los padres de los presuntos contrayentes sin consultar a sus hijos. Es muy raro que esto provoque rebeldía, ya que según estudiosos de esto, el amor romántico interviene muy poco en el matrimonio indígena. Se exalta la virginidad premarital de la mujer y se reprueba y castiga el adulterio, pero es creencia general que cierta experiencia sexual premarital es aconsejable para el hombre, y para la mujer no es un impedimento serio. Sólo en pocos casos el adulterio de la mujer conduce a la disolución del matrimonio.

Entre los indígenas del norte, es decir, entre los tarahumaras "la mujer es en general considerada como de menor importancia humana que el varón, "siendo común el decir que un hombre vale por cinco mujeres" (108).

La estructura familiar entre los tzotziles y tzeltales en Chiapas, fue estudiada por Siverts, en 1960 y W. R. Holland. Este último dice en su libro "Medicina Maya en los Altos de Chiapas", en 1963; pág. 51 que: "El nacimiento, la adopción, el matrimonio y la muerte son acontecimientos que producen los cambios estructurales en cada familia. Estos cambios pueden tomarse como fases de un ciclo de desarrollo; en esta forma pueden distinguirse cuatro fases:

1).- Crecimiento natural de la familia nuclear hasta que la madre llega a la menopausia. Durante esta etapa, se pueden adoptar niños huérfanos y hermanas alejadas —verdaderas o clasificatorias— con sus hijos. También puede llegar a introducirse en el grupo una segunda esposa. El trabajo de la milpa y el de la cocina se distribuyen de acuerdo con la edad y con el sexo. Para subsistir, este grupo, de crecimiento constante, tiene que aumentar su área de cultivo.

2).- Hijos e hijas adultos se casan y aumentan así el número de miembros de la familia. las hijas casadas permanecen en la casa por un tiempo, durante el año

(108).- Director. José Rogelio Alvarez. "Enciclopedia de México" Tomos III y IV. Editora Mexicana, S. A. de C. V. México, 1977. Tomo III pp. de la 629 a 630 y del Tomo IV, pág. I.

de noviazgo. Los hijos viven en la casa del padre, con sus descendientes, hasta que están en condiciones de construir nuevas casas. En este período la extensión de tierra de cultivo tiene que ser aumentada al doble.

3).- El hijo mayor establece, con su familia, una casa vecina independiente. Sigue ayudando al padre a pesar de que su propia familia ya es una completa unidad de consumo. La extensión de la familia casi no sufre alteración a pesar de que las hijas y los hijos casados se trasladan; la familia ha alcanzado su número mayor de miembros, de ahí que pueda tener lugar una limitación progresiva de la tierra de cultivo.

4).- El hijo menor no abandona la casa mientras ambos padres viven y necesitan su ayuda. Algunas veces hereda la casa y la tierra y el ciclo regresa a su fase I".

A. Villa Rojas, en su obra "The Maya Of East Central Quintana Roo", escrita en 1945, establece respecto de la familia indígena de Quintana Roo, que: "El marido es reconocido como el cabeza de familia, en quien encarnan la autoridad y el gobierno. La esposa, sin embargo, es tratada con mucha consideración y se la consulta en casi todos los asuntos domésticos. En gran parte, el respeto y la influencia de que goza la mujer son debidos a la costumbre de la residencia matrilocal temporal — es decir, el lapso en que el marido va a vivir con su esposa a la casa paterna de ésta— y al hecho de que la mujer puede siempre ocurrir a su familia en busca de auxilio.

Durante el tiempo en que la pareja vive con los padres de la esposa, se inician los ajustes y las normas de conductas definitivos entre los consortes. Después de que la mujer pasa a vivir entre el grupo al que pertenece el marido, continúa en la posibilidad de ser socorrida por su familia, con la cual cambia frecuentes visitas y presentes. En caso de parto o enfermedad, no vacila en llamar en su ayuda a su madre o hermana mayor, y uno o más de sus parientes más cercanos se hacen cargo de los deberes domésticos de la imposibilitada, cuidándola hasta que recobra la salud. Si el marido abandona el hogar o se comporta mal, la esposa puede siempre regresar con sus padres, acogiéndose a su amparo y contando con su ayuda para lograr el castigo o la reforma del esposo. En general, la autoridad que el hombre ejerce

sobre su esposa es moderada o benévola. No se ve restringida en su libertad y, cuando el marido está fuera de casa, puede visitar a cualquier vecina. Puede asimismo, disponer del producto de la venta de huevos y gallinas que logra, aunque en las grandes transacciones debe contar con la autorización y supervisión de su marido. De hecho la mujer casada --sin embargo-- goza de más libertades que la soltera". Pero estas libertades son imperceptibles, puesto que consisten en que las casadas pueden tomar parte en los bailes de las fiestas y platicar y bromear mucho más libremente con los hombres durante esas reuniones públicas de lo que les estaba permitido antes del matrimonio". Como podemos observar dicha libertad en realidad no existe. Y la mujer está sometida al padre en forma total. En estos grupos indígenas, a los cuales el Estado debe incorporar a la vida social mexicana, de las ciudades.

Ya que encontramos que entre los lacandones, también mayas, se practica la poligamia. Dos o tres esposas se distribuyen los quehaceres del hogar, pero siempre hay una favorita oficialmente reconocida, que lleva al marido alimentos y bebidas en los actos ceremoniales. Cada una de las esposas figura como tía (oena) de los hijos de las demás.

En el centro del país, entre los otomíes, la mujer tiene posición social superior a la que prevalece en los pueblos donde imperan las costumbres españolas. En cambio, en Veracruz, entre los popolucas, donde también prevalece la poligamia, las mujeres realizan la mayor parte de las tareas del hombre, incluyendo la labranza de la tierra. Entre los aztecas de Tuxpan, Jalisco, es también la mujer la que realiza las tareas más duras y se ve obligada a sostener económicamente a su hogar, y a veces hasta a su marido. Los hijos varones se niegan a compartir su herencia con las hermanas.

Así pues, la familia indígena mexicana, ha sido motivo de interés para la antropología en la medida en que algunas de sus características se consideran sobre vivientes del mundo prehispánico. Pero como hemos visto; la familia mexicana en general, en tiempos de la colonia, del imperio y aún del porfirismo, reprodujo en muchos de sus aspectos las relaciones jurídicas de la antigua organización romana<sup>(109)</sup>. Ya que, como hemos visto, la mujer casada era una hija más: loco filae; cuya situación de incapacidad, de dependencia y confinamiento acentuaron el derecho canónico

(109).- Ob. Cit. pp. 2 y siguientes.

y las costumbres al postular su franco sometimiento a la potestad del marido: *in manu viri*.

Esta es, en términos generales, la organización que progresivamente encontramos entre los pueblos indígenas mexicanos. Ciertamente, como se ve, son los menos protegidos por nuestra actual civilización y Derecho. Hemos querido dejar asentado este panorama general, producto de nuestra inquietud por el núcleo más alto de nuestra sociedad, y el cual debe ser protegido, por lo menos, en todos los rincones de la República Mexicana, para asimismo no dejar una carga de amargura y culpabilidad en nuestras conciencias.

Entramos ahora, al estudio evolutivo de la Familia en las principales Legislaciones Civiles, fundamentalmente en las nuestras, positivas y vigentes. En las que trataremos de ahondar en la materia de nuestro estudio.

## B).- EVOLUCION JURIDICA EN MATERIA FAMILIAR.

### I.- LA FAMILIA EN EL CODIGO NAPOLEONICO.

El producto inmediato de la Revolución Francesa de 1789, fue el Código Civil Francés o Código de Napoleón de 1804. Este fue una mezcla de 36 leyes, en las cuales se subsumieron principios del derecho antiguo, derecho revolucionario, consuetudinario, el escrito, el romano y el derecho canónico o derecho de la Iglesia. Este Código, considerado por Napoleón Bonaparte "como su verdadera gloria"<sup>(110)</sup>. De corte eminentemente individualista. En materia familiar no fue muy próspero.

Para enterarnos cómo estructuraba a la familia este Código Francés, bástenos la lectura y transcripción del artículo 138 del mismo:

Art. 138 "Los esposos no pueden derogar los derechos derivados de la potestad marital sobre la persona de la mujer y de los hijos, y que pertenecen al marido como jefe, ni los derechos conferidos al esposo superviviente por el título de la patria potestad o por el de minoridad, tutela o emancipación, ni las disposiciones

(110).- Pirenne Jacques. "Historia Universal" las grandes corrientes de la Historia. Volumen V. "La Revolución Francesa". Edit. Exito, S. A. Barcelona, España, 1973. Pág. 129.

prohibitivas del presente Código". Como podemos observar, estableció este documento jurídico una autoridad marital casi absoluta, confirmando la incapacidad de la mujer, para realizar los actos jurídicos por sí misma, sobre todo respecto al manejo de sus bienes. Ya que por el hecho del matrimonio, la mujer pasaba a ser representada por su marido. Además, se le negó el derecho a la sucesión intestamentaria o ab intestato.

Así, este Código faculta al marido para administrar los bienes de su esposa.

La patria potestad, fue ejercida por el marido sobre los hijos y sobre la mujer. Ejerciéndose sin control alguno, terminándose con la mayoría de edad, la emancipación, o el matrimonio.

Ratifica este Código Civil, en menor grado, en relación con las leyes de la Revolución Francesa, la disolución del matrimonio, a través del divorcio, basado en la secularización que se hizo del matrimonio. Se debe, pues, a Napoleón la amplia reglamentación de la Familia, sin embargo, consideramos que la reglamentó mal, ya que, ideologías como la de Napoleón Bonaparte y su Código: "El Estado no tiene necesidad de bastardos", esto lo establece respecto de los hijos naturales<sup>(III)</sup>. Denotan desconocimiento de la realidad social o desprecio clasista.

Además, tomó del Derecho Canónico las obligaciones de fidelidad, protección, ayuda mutua, etc., que se debían los cónyuges.

No es sino hasta el año de 1816 cuando el divorcio en Francia continuó conforme lo establecía el Código Napoleón, pero con motivo de una Carta Constitucional de 1814 que le dio al catolicismo el valor de religión de Estado, quedando, por lo mismo, condenado el divorcio. Considerándose, por tanto el vínculo matrimonial indisoluble. Únicamente se aceptó de acuerdo con el Derecho Canónico la separación de cuerpos. En virtud de la cual no se rompe el vínculo matrimonial, sino sólo se separan los cuerpos. Así, De Bonald depositó una ley relativa a la abolición del divorcio, que fue la del 8 de mayo de 1816. "Siempre se ha considerado que esta ley

(III).- Mazeaud Henri, León y Jean. "Lecciones de Derecho Civil". Primera Parte. Volumen III. Edit. Ejea. 1959. Pág. 32.

es la satisfacción dada a la Iglesia contra el régimen derivado de la revolución"

" La Revolución Francesa de 1830, privó al catolicismo de su carácter de religión exclusiva. La consecuencia lógica de esto debió haber sido el restablecimiento del divorcio, pero aunque la Cámara de Diputados en los primeros años del reinado de Luis Felipe, la votó cuatro o cinco veces, siempre fue rechazada por la de los Pares. En 1848, la Constituyente la rechazó a su vez y solamente sesenta y ocho años después de su supresión fue restablecida por la ley del 19 de julio de 1884...Una segunda ley de 1886, modificó el procedimiento del divorcio..." (II2)

Así, "a partir de 1816 y hasta 1884, no hubo divorcio en Francia, no obstante que a mediados del siglo pasado se volvió a negar al catolicismo el carácter de religión de Estado. Era lógico entonces que al desaparecer la causa que impedía el divorcio, se promulgara una ley que volviera a admitirlo, pero sólo hubo iniciativas de las Cámaras de Diputados en diferentes ocasiones que presentaron proyectos que fueron siempre rechazados. No fue sino hasta 1884 cuando se reimplanta el divorcio, pero no ya en los términos de la ley de 1792, sino más bien en la forma que estableció el Código Napoleón. Es decir, restringiendo el divorcio en los casos de adulterio, de injurias graves, de sevicia, y de condenas criminales". (II3)

Así, pues, la revolución francesa de 1830, fue el inicio o continuación de más de un largo siglo de decadencia en la organización familiar.

Al evolucionar las ideas y las costumbres junto al desenvolvimiento de la gran industria, trajeron como consecuencia que los hijos abandonen a sus padres para ganar un salario negado por ellos. Estas mismas condiciones obligan a la mujer a luchar por su supervivencia, por lo que el hogar deja de existir. (II4) Si no a tal grado, sí sufrió cambios perjudiciales a la organización familiar. Además de que la vida espiritual se ve destruida por la excesiva jornada impuesta, incluso a los infantes. (II5)

(II2).- Planíol y Ripert. Op. Cit. Pág. 15.

(II3).- Rojina Villegas, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". T. II. "Derecho de Familia". Edit. Porrúa . S.A. Cuarta Edic. Méx. 1975. Pág. 421.

(II4).- Mazeaud Henri, León y Jean. Ob. Cit. Pág. 36.

(II5).- Díaz de Guíjarro, E. "Der. de Familia". Edit. Tea. 1953. Pág. 17.

Asimismo consideró al matrimonio como un contrato civil, sabemos el origen histórico de esto: separar a la Iglesia y al Estado. Sin embargo, también aquí falló, pues, entendemos al matrimonio como una Institución única, solemne, de carácter mixto y social. En donde el carácter contractual sólo se presenta secundariamente, y sólo en relación a los bienes, para efectos de las capitulaciones matrimoniales.

Finalmente, este Código distinguió a los hijos, discriminando a los naturales, y hablo de hijos legítimos y naturales. Respecto a éstos Napoleón se expresó así: "el Estado no tiene necesidad de bastardos", pensamientos como este, implican desconocimiento de la realidad social, discriminación y clasismo, ignorancia completa sobre los hijos, pues no se dio cuenta que una vez que los hijos nacen, y aún antes, llegan a la sociedad y ésta tiene el deber de preocuparse por tutelarlos, protegerlos y educarlos, para hacer así un Estado más fuerte y poderoso, y consecuentemente un Estado sano. En fin, consideramos que el Código de Napoleón determinó los lineamientos de desarticulación familiar. Siendo un gran atraso en la legislación familiar mexicana, la que lo adoptó y propició un estancamiento prolongado hasta el año de 1917, en el que Don Venustiano Carranza promulgara la Ley Sobre Relaciones Familiares. Y antes, en 1914 con la Ley del Divorcio Vincular en México.

## 2.- CODIGO CIVIL DE OAXACA DE 1827.

El catedrático de la U.N.A.M. en la facultad, de Derecho y en la de Estudios Superiores, de la misma Institución y Facultad, Julián Guitrón Fuentesvilla, asevera, que este fue el primer Código Civil que se dio entre nosotros, y el mismo es un copia del Código Civil Francés o Código Napoleón de 1804. Este Código Oaxaqueño, es de corte eminentemente religioso por la gran influencia que ejercía la Iglesia.

Como reglas relativas al Derecho Familiar, en él se señalaban principalmente los siguientes aspectos: a).- La edad de 14 años en el hombre, y 12 años en la mujer eran indispensables para poder contraer matrimonio, con el consentimiento de sus padres; pudiendo contraer nupcias, sin el consentimiento de los padres, el hombre a los 25 años y la mujer a los 23 años de edad, ya que se consideraba que hasta esta edad eran capaces para decidir por sí solos; b).- Se ejercía una potestad marital absoluta en cuanto a la mujer e hijos; c).- En cuanto a los impedimentos para casarse, se regulaban los mismos que fueron impuestos por el Derecho Canónico. Mismos que aún existen en nuestro Código Civil vigente; y d).- También se reguló en este Código el matrimonio putativo, que es aquel en el cual alguno de los contrayentes, en el momento de la celebración del matrimonio oculta su verdadero estado civil, lo que traería la imposibilidad del matrimonio si dicha declaración se efectuara, anulando así, o dejando inexistente posteriormente

el matrimonio<sup>(II6)</sup>.

Creemos firmemente en la existencia de este Código Civil Oaxaqueño, pero desgraciadamente nosotros no lo hemos localizado.

Las leyes anteriores a la Constitución de 1857, en realidad no se preocuparon por la familia; por lo que no hacemos mención a tales documentos jurídicos.

### 3.- CONSTITUCION DE 1857.

Esta Constitución, en su articulado no se ocupó de la familia. Sólo vislumbró al matrimonio, dándole un carácter eminentemente religioso cuando el Presidente sustituto de la República Mexicana, Ignacio Comonfort declaró que: "El Congreso Extraordinario Constituyente ha decretado lo que sigue: En el nombre de Dios...". Continuándose, pues, con la misma situación imperante en cuanto a la familia.

No es, pues, sino hasta el año de 1859, en el que el Derecho Familiar va a sufrir grandiosos cambios con Don Benito Juárez.

### 4.- LEYES DE REFORMA DE 1859.

El movimiento de Reforma en México encabezado por Benito Juárez, fue la culminación de un conflicto permanente que trajo consigo reformas en lo económico, político, social y religioso, que se venían gestando en la sociedad mexicana, desde los tiempos mismos del coloniaje español.

Siendo Presidente de la Suprema Corte de Justicia Don Benito Juárez, y habiendo dejado la presidencia Ignacio Comonfort, Don Benito Juárez asumió la presidencia de la República Mexicana en su carácter de presidente sustituto, de acuerdo con el artículo 79 de la Constitución de 1857, que así lo establecía.

Así, cumpliendo con el manifiesto que lanzó a la nación el 7 de julio de 1859, en que sostenía los principios de la Constitución de 1857, fueron expidiéndose las que se conocen con el nombre de "Leyes de Reforma", y que fueron:

(II6).- Sostenido por el distinguido maestro, en las aulas universitarias de la U.N.A.M., en la materia "Derecho Familiar", en 1981.

a).- Ley de 12 de julio de 1859, de nacionalización de bienes eclesiásticos, separación de la iglesia y el Estado, libre contratación de los servicios religiosos, supresión de comunidades religiosas de hombres, así como de toda clase de cofradías y congregaciones.

La que en su artículo primero establece:

"Entran al dominio de la nación todos los bienes que el clero secular y regular ha estado administrando con diversos títulos, sea cual fuere la clase de predios, derechos y acciones en que consistan, el nombre y aplicación que hayan tenido... etc."

Con esta Ley Juárez pretendió separar definitivamente a la iglesia del Estado por la sencilla razón de que constituyen entidades con fines diversos.

Asimismo, consideramos que el Derecho de Familiar y el Derecho Civil, son instituciones con fines diversos, es por esta sencilla razón por la que pretendemos separar a dichas instituciones.

b).- La Ley sobre matrimonio civil indisoluble, dada el 23 de julio de 1859. En la que en su exposición de motivos establecía "que por la independencia, de clarada de los negocios civiles del Estado, respecto de los eclesiásticos, ha cesado la delegación que el soberano había hecho al clero para que con sólo su intervención en el matrimonio, este contrato surtiera todos sus efectos civiles:

"Que reasumiendo todo el ejercicio del poder en el soberano, éste debe cuidar de que un contrato tan importante como el matrimonio, se celebre con todas las solemnidades que juzgue convenientes a su validez y firmeza, y que el cumplimiento de éstas le conste de un modo directo y auténtico:

He tenido a bien decretar lo siguiente:

1º El matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil. Para su validez bastará que los contrayentes previas las formalidades que establece esta ley, se presenten ante aquélla y expresen libremente

la voluntad que tienen de unirse en matrimonio, etc." (117).

Es en esta ley tan importante, donde encontramos la razón histórica de considerar al matrimonio como un contrato civil, ya que lo que pretendió Juárez, fue precisamente quitar la tutela de la familia a la Iglesia y concretamente a través del control de los matrimonios que la misma tenía.

Indicando que la celebración del matrimonio, así como los demás actos del estado civil de las personas: "Son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prescritos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan".

Por lo que los referidos actos sólo pueden celebrarse ante los órganos estatales competentes y certificarse por ellos para que tengan efectos jurídicos en la República Mexicana. Así el Estado recupera la tutela de un interés tan alto, como es la familia. El 28 del mismo mes, y año, se establecieron los funcionarios conocidos con el nombre de "jueces del estado civil", habiéndose creado antes por Ignacio Comonfort en 1857 el Registro Civil. Pero fue hasta noviembre de 1865 cuando se promulgó la \*Ley del Registro del Estado Civil que obligó a registrar, el matrimonio, habiendo prohibido a los eclesiásticos celebrar matrimonios religiosos sin que antes se les presentasen los certificados del Registro Civil.

Con esta ley, se cortó definitivamente el control de los matrimonios llevado por la Iglesia, pasando el Estado a encargarse del Registro de los matrimonios, de esta manera se señalaron a los funcionarios competentes del Gobierno, encargados de tales asuntos. Desligándose completamente a la Iglesia del Estado, pues los jueces del registro civil, se ocuparían del Registro del matrimonio. Probándose además, el estado civil de las personas a través de las actas expedidas por el Registro Civil.

Después de la Ley Orgánica del Registro Civil del 28 de julio, se expidió el Decreto de secularización de los cementerios, el 31 de julio de 1859. El 11 de agosto de ese mismo año, se expidió el Decreto que declara qué días deben tenerse como festivos, cuáles dejaban de serlo y para qué efectos, y se hacía una declaración

(117).- Director Riva Palacio Vicente. Gnal. "México a través de los siglos" Tomo V. "La Reforma". 7a. Edición por M. Vigil José. Edit. Cumbre, S. A. Méx. 1970 Págs. 381. (Art. 130 Fracción III Constitucional).

\* Enciclopedia de México. Tomo VIII, Pág. 691

acerca de las funciones públicas en las Iglesias, prohibiéndose la asistencia de funcionarios del Gobierno a dichas Iglesias con carácter oficial. Finalmente dicta la Ley sobre libertad de cultos el 4 de diciembre de 1860, disposiciones que a su triunfo adicionó con la que ordenaba la secularización de los hospitales y establecimientos de beneficencia — 2 de febrero de 1861— y la relativa a la extinción de las comunidades religiosas — 26 de febrero de 1863—. Con la Ley de cultos, se pretendía: la abrogación de los recursos de fuerza, extinción del derecho de asilo, extinción del juramento, el sacrilegio no es ya circunstancia agravante en los delitos, prohibición de solemnidades religiosas fuera de los templos, el confesor de uno que testa no puede ser su heredero o legatario, los limosneros para fines religiosos no pueden ser nombrados sin aprobación de los gobernadores, cesa para los clérigos el derecho de competencia, se deroga el tratamiento oficial a personas y corporaciones religiosas, uso de las campanas, ni los funcionarios públicos ni la tropa formada asistirán con carácter oficial a los actos religiosos. Esto es, se daba a la sociedad una marcha nueva, sin ostentación perjudicial y vana, sin rangos aparatosos ni trabas de ceremonias inútiles, y esto, provocó, naturalmente desquebrajamiento del cruel sistema levantado por virreyes y sostenido por los partidarios parásitos del absolutismo religioso y político.

Finalmente, el 11 de enero de 1861, el triunfo de la Reforma se había dado.

Las Leyes de Reforma se incorporaron, es decir, se adicionaron como reformas a la Constitución de 1857, en el año de 1873. Durante el gobierno del General Porfirio Díaz (1884 - 1911) no fueron derogadas, pero de hecho la Iglesia poco a poco volvió a alcanzar influencia decisiva, impidiendo la disolución del matrimonio, hasta el año de 1914, con Don Venustiano Carranza, cuando éste promulga la Ley del Divorcio Vincular.

Así, pues, como hemos visto, la Constitución de 1857 no se ocupó de reglamentar a la Familia, hasta que Don Benito Juárez, dictara las Leyes de Reforma, en la cual se preocupó por darle a la familia, y concretamente al matrimonio, un mejor tratamiento, estas leyes se adicionaron a la Ley fundamental de 1857, en el año de 1873.

## 5.- PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL MEXICANO DEL DR. JUSTO SIERRA.

Si observamos el ambiente cultural mexicano de los años de 1840 a 1860, encontramos una gran dispersión de disposiciones jurídicas que no se encuentran en un solo cuerpo de leyes. Ante esto, Don Benito Juárez, señaló al Dr. Justo Sierra la necesidad de un Código Civil sistematizado, para que pudiese ser aplicado a toda la República Mexicana, encargándole a Don Justo Sierra tal labor. Este elabora un Proyecto de Código Civil de 2034 Artículos, en el que entre otras cosas, se encuentra regulada la materia familiar. En la exposición de motivos de este Código, Don Justo Sierra señala que tuvo como modelo el Código Napoleón, así como otras legislaciones europeas, pero fundamentalmente las leyes francesas, y señala que su único mérito, si es que lo tuvo, fue el pretender adaptar a la realidad mexicana la legislación francesa. Justo Sierra terminó su Proyecto de Código Civil, en 1861. No llegó a convertirse en Código, ya que las circunstancias políticas y sociales del país no lo permitieron, pero constituye un paso decisivo en el camino de la codificación civil mexicana, que facilitó esta labor a quienes posteriormente la realizaron.

Cuando Juárez salió por cuestiones políticas, de la ciudad y se implantó Don Maximiliano, éste ratifica todas o casi todas las ideas liberales y publica en 1866 los libros I y II del Proyecto de Don Justo Sierra, el cual sin haber sido objeto de reformas, habían sido sometidos a revisión a una Comisión que comenzó a funcionar en el año de 1861, bajo el nombre de "Código Civil del Imperio Mexicano".

## 6.- CÓDIGO CIVIL DE 1870, PARA EL DISTRITO

y

## TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA.

En 1870, Juárez se encuentra en el poder, y reúne una comisión a la que encarga la elaboración de un nuevo Código Civil. El cual entrará en vigor ese mismo año. Este Código, tiene su origen en los trabajos realizados por la Comisión que bajo la presidencia del Ministro de Justicia, don Jesús Terán, se constituyó en el año de 1862, para revisar el proyecto de Código Civil de Don Justo Sierra y formular otro que respondiera a las necesidades y circunstancias de esa época.

Las tareas de esta Comisión no llegaron a prosperar en forma definitiva, pero fueron reanudadas por una nueva Comisión constituida inmediatamente de restablecido el régimen legal republicano, la que redactó el proyecto que como Código entró en vigor por Decreto de 1º de marzo de 1870.

Los redactores de este Código tuvieron presente para su elaboración el de recho romano, la antigua legislación española, el Código albertino de Cerdeña, los de Austria, Holanda y Portugal, y los proyectos de Don Justo Sierra y del jurisconsulto español Florencio García Goyena, siendo sin embargo, su principal fuente de inspiración el Código Napoleón<sup>(118)</sup>.

Además se tomó como antecedente las Leyes de Reforma de 1859 y los ordenamientos civiles franceses y españoles de la época, como queda asentado. Este Código Civil, fue de corte individualista y liberal.

El Código Civil de 1870, en cuanto a la familia, reglamenta el matrimonio, el parentesco, la paternidad, la filiación y la separación de cuerpos, que fue lo que existió en vez del divorcio, es decir, gracias a la influencia de la Iglesia, el divorcio vincular, no fue aceptado en este Código, lo único que se premitió de acuerdo con el Derecho Canónico, fue la separación de cuerpos, que como ya hemos indicado no rompía el vínculo matrimonial, sino sólo se permitía a los cónyuges separar los cuerpos, es decir, vivir separados. Pero, reptimos no se permitió el divorcio vincular en virtud del cual los cónyuges quedan en aptitud de contraer uno nuevo.

Este fue el primer Código Civil de la República, en realidad, es decir, el que tuvo aplicación. Este ha venido influyendo además en las leyes posteriores a él. Por lo que comentamos ahora algunas de sus disposiciones en cuanto a materia familiar.

Respecto al matrimonio, este Código en su artículo 159 manda:

"El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y de una sola mujer que se unen con el vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

(118).- De Pina Vara, Rafael. Ibidem. Pág. 82

Repite, como podemos observar, el espíritu de la Ley de Reforma del año de 1859, al aseverar que el matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios señalados por la Ley, además de considerar al matrimonio como contrato indisoluble. Al señalar que debe celebrarse ante los funcionarios civiles, también se impone la obligación de cumplir con todos los requisitos exigidos por esa ley civil, así, se deja en manos del gobierno la reglamentación familiar, pero la Iglesia impide la disolución del matrimonio.

En su artículo 163, se refiere este Código a los impedimentos para contraer matrimonio, establece:

"Son impedimentos para celebrar el matrimonio los siguientes:

- I.- Falta de edad requerida por la Ley;
- II.- La falta de consentimiento del que conforme a la ley tiene la patria potestad;
- III.- El error cuando es esencialmente sobre la persona;
- IV.- El parentesco consanguíneo legítimo o natural sin limitación de grados en la vía recta, ascendente o descendente, en línea colateral, igual el impedimento se extiende solamente a tíos y sobrinas y al contrario; siempre que estén en el tercer grado; y que no hayan obtenido dispensa, la computación de estos grados se hará en los términos prevenidos en el capítulo II de este título;
- V.- La relación de afinidad en la línea recta sin limitación de grados;
- VI.- El atentado contra la vida de uno de los casados para casarse con el que quede libre;
- VII.- La fuerza o miedo graves, en caso de rapto, subsisten los impedimentos sobre el raptor y la robada, mientras ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente manifieste su voluntad;

VIII.- La locura constante e incurable;

IX.- El matrimonio celebrado con persona distinta de aquella con quien se pretende contraer".

De esta manera este Código reglamentó dichos impedimentos. A pesar de ser poco técnica, sí enumeró sustancialmente las causas que impiden celebrar el matrimonio. Error grave, verbigracia, cuando habla de "robada", las personas no son bienes muebles, ajenos, etc., para recibir tal calificativo.

En cuanto a la edad para celebrar el matrimonio, este Código la señala para el hombre en catorce años y doce para la mujer, con el consentimiento de los padres, este dato es muestra fehaciente de que nuestro legislador de aquel entonces, permitió el matrimonio a edad muy temprana, lo que trae inmadurez en esos niños que lo contraen, además de que esa inmadurez se hace sentir también en el hecho de la dependencia de éstos para con los padres, asimismo, consideramos que los sujetos a esta edad no están ni mental, ni físicamente aptos para tales relaciones. Esta situación afortunadamente, se corrigió posteriormente, aumentando la edad para celebrar dicho matrimonio a la edad de catorce años para la mujer y de 16 para el hombre, con el consentimiento de sus padres o de quien ejerza la patria potestad. Para poder celebrar el matrimonio sin el consentimiento de los padres era menester tener 21 años cumplidos. Esto es, para hacerlo por mutuo propio.

En la actualidad, sabemos que la edad para contraerlo sin el consentimiento de los padres o de las personas autorizadas a darlo, es de 18 años, esta edad, fue la que se estableció bajo la presidencia de Díaz Ordaz.

El legislador de 1870, que no siguiendo un orden técnico o sistemático, consagró, en el artículo 174, otro impedimento para contraer matrimonio mandado: "el tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado bajo su guarda, a no ser que obtenga la dispensa. Esta no se concederá, sino cuando hayan sido aprobadas legalmente las cuentas de la tutela".

Respecto al matrimonio de extranjeros, fuera del territorio nacional el Código en estudio, prevee: "El matrimonio celebrado entre extranjeros, fuera del territorio nacional si es válido con arreglo a las leyes del País, donde se celebró,

surtirá todos los efectos civiles en el Distrito y en el Territorio de la Baja California".

No siguiendo un orden sistemático nuestro legislador de entonces, colocó al parentesco después del matrimonio y creemos que esto lo debió colocar mejor al final de la reglamentación familiar y como resultado de las relaciones familiares consanguíneas, afines, etc.

Lo más sobresaliente de la legislación sobre parentesco es el artículo 192 cuando asevera:

"Afinidad es el parentesco que se contrae por el matrimonio consumado o por cópula ilícita, entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón" ¿Qué quería decir el legislador con la frase "cópula ilícita"?, suponemos que debió haber contemplado ya el concubinato, sin decirlo. Puesto que al no ser matrimonio consumado, el parentesco lo hizo surgir de una relación sexual, entre individuos no casados. En otros artículos, hace referencia a los grados y líneas de parentesco, lo que no tiene trascendencia en este trabajo.

Si siguiendo la trayectoria del Código de Napoleón y la del Código Español que influyeron entre otros, en el nuestro, el divorcio en realidad no se reguló, es decir, se dice que sólo permitió este Código, la separación de cuerpos, que fue una especie sin serlo de divorcio, puesto que con la separación de cuerpos, sólo se separan a los cónyuges, pero sin disolverse el vínculo matrimonial, y consiguientemente sin dejar en aptitud de contraer otro a los cónyuges. Se suspendieron asimismo provisionalmente algunas de las obligaciones consignadas en el código, respecto al matrimonio. Pero quede claro, no se permitió el divorcio vincular, es decir, el que disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer uno nuevo. Este no se permitió.

Así, el legislador quiso dar una serie de causas para separar los cuerpos y así, el artículo 240 estableció:

Son causas de divorcio:

I.- El adulterio de alguno de los cónyuges;

- II.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer no sólo cuando el mismo marido lo haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer;
- III.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer un delito, aunque no sea de incontinencia carnal;
- IV.- El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la convivencia en su corrupción;
- V.- El abandono sin causa justificada del domicilio conyugal prolongado por más de dos años".

Estas, pues, eran causales para separar los cuerpos de los cónyuges.

De lo establecido, podemos concluir, que:

- 1º Se seculariza el matrimonio, asegurando su preponderancia como Institución regulada por el Estado, dándole un carácter contractual. Sin embargo, la Iglesia siguió influyendo, en cuanto a no permitir el divorcio vincular, es decir, la disolución del vínculo matrimonial.
- 2º Se dio un papel preponderante a la potestad marital, otorgando a la mujer un lugar de objeto, en función de que, por el solo hecho de contraer matrimonio, quedaba aquella representada legítimamente por su marido, privándola de ejercitar, ciertos derechos, los cuales sólo podía realizar con la autorización por escrito de su marido.
- 3º Respecto al divorcio, sólo se permitía la separación de cuerpos, no quedando los cónyuges en aptitud de contraer uno nuevo, como se estableció, en la Ley dada en Veracruz del divorcio vincular, por Don Venustiano Carranza, en 1914.

- 4º También en mencionado ordenamiento jurídico, estableció, la diferencia entre hijos legítimos e hijos naturales, y se limitó la legitimación de los hijos a los llamados naturales, o sean los nacidos de una pareja que en el momento de la concepción no hubieran tenido impedimento alguno para contraer matrimonio.
- 5º La patria potestad se limita a su ejercicio por el padre, a falta de éste y sólo entonces, la madre, el abuelo paterno, etc., entrarán a ejercerla, situación que nos permite contemplar la poca significación que la mujer tuvo para los legisladores de este Código Civil de 1870.

Quizás, las principales fallas del legislador de 1870, hayan sido el no legislar en torno a la adopción y al concubinato. En cuanto al régimen de bienes en el matrimonio, Néstor de Buen, dice: "Siguiendo el modelo francés queda incluido en la regulación de los contratos, aceptándose las formas de sociedad conyugal, legal y convencional y la separación de bienes. Finalmente, vale la pena destacar que el Código de 1870 contempla la prodigalidad como causa de incapacidad, sujetándose a tutela a quien se encuentre en esta situación, ejemplo que no sigue el de 1884" (II9).

Es indiscutible, que el Código Civil, de 1870, fue eminentemente liberalista y tradicionalmente individualista, fue uno más de los resultados del movimiento liberal del siglo XIX, del cual fueron buenos expositores los franceses. Sin embargo, nuestro legislador del 70, no le dio la importancia que merecía a la familia, pues se preocupó más por proteger al individuo y no tomó en consideración el interés social, el que siempre debe ser el preponderante en cualquier ordenamiento jurídico.

## 7.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

y

### TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1884.

La revisión del Código Civil de 1870, se hizo pronto indispensable, a sólo 14 años de vigencia. Así, por Decreto de 14 de diciembre de 1883 se autorizó al Ejecutivo de la Unión para promover tal reforma, la que se realizó con notable rapidez, a tal grado que entró en vigor el "nuevo" Código el 1º de junio de 1884. Desgraciadamente, a este Código sólo le podemos reconocer como una auténtica copia del Código de 1870, a tal grado que sólo instituyó la libre testamentificación, fue su única aportación.

(II9).- De Buen Nestor "Las tendencias modernas en el Derecho de Familia". Conferencia en la Facultad de Derecho en Prensa Pág. 4.

Ciertamente, el pensamiento dominante de esa época, era el liberal e individualista, por lo que no es posible pensar en la superación de una etapa que durante el transcurso del siglo XIX, fue el camino a seguir en los aspectos religiosos, jurídicos, morales, espirituales, económicos, etc.

Así, este Código Civil de 1884 mantuvo la prescripción de que el matrimonio es un contrato civil de la sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar la especie, para ayudarse mutuamente a llevar el peso de la vida y para compartir su común destino. La fracción IX del artículo 23 de la Ley del 24 de diciembre de 1874, que mantuvo la tradición del Código Civil del Distrito Federal de 1870, establecía que el divorcio no disolvía el vínculo matrimonial, sino únicamente suspendía algunas de las obligaciones civiles; no es sino hasta el decreto de 29 de diciembre de 1914, en el sentido de que el matrimonio puede disolverse durante la vida de los cónyuges, por mutuo y libre consentimiento o por causas graves fijadas por la ley, dejándolos hábiles para una nueva unión legítima<sup>(120)</sup>. Pero esto hasta 1914, cuando Carranza se dio cuenta de tan grave necesidad.

El Código Civil de 1884, cayó, incluso en los mismos errores que el anterior, verbigracia, el artículo 159, del mismo, se refiere a impedimentos para contraer matrimonio, y en la fracción VII manda:

"VII. La fuerza o miedo graves. En caso de rapto subsiste el impedimento entre el raptor y la robada, mientras ésta no sea restituida a lugar seguro donde libremente manifieste su voluntad". Sigue el legislador tratando, inconscientemente tal vez, a la mujer como cosa mueble. Debía, pues referirse a la "raptada", pues en todo caso se trata del delito de rapto no de robo.

Otro error, repetido en este Código de 1884, es el que consagró el artículo 183, al indicar el parentesco de afinidad por el hecho de una relación sexual, al margen del matrimonio, al efecto manda este artículo: "Afinidad es el parentesco que se contrae por el matrimonio consumado o no, o cópula ilícita, entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón". Esta disposición, nos parece absurda, pues ¿cómo crear un parentesco por "cópula ilícita"?

(120).- Enciclopedia de México. Tomo VIII. Pág. 691.

En materia de divorcio, ya hemos asentado, que siguió los lineamientos del Código Civil de 1870, con la modificación de prohibir el divorcio, en su separación de cuerpos, que es el que aceptaba, en el matrimonio que tuviera veinte años de celebrado, o cuando la mujer ya hubiera cumplido 45 años, esto último lo copiaron del artículo 277 del Código Napoleón<sup>(121)</sup>.

Así, pues, este Código fue una copia del Código Civil de 1870, su única aportación fue la libertad de testar.

Por lo que tanto el Código Civil de 1870, como el de 1884 atribuían sólo al hombre el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos, presumían la existencia de la sociedad respecto de los bienes en el matrimonio, la mujer por el sólo hecho del matrimonio, pasaba a ser representada por su marido, no se aceptaba la disolución del matrimonio, sólo la separación de cuerpos de acuerdo con el Derecho Canónico, la cual no rompía el vínculo matrimonial, sino sólo suspendía algunas obligaciones civiles de los cónyuges. No reconocieron estos Códigos la adopción; y usaban, además, el término infamante de espurios para los hijos nacidos fuera de matrimonio, los cuales no podían ser legitimados.<sup>(122)</sup>

Tampoco reguló el Código de 1884, siguiendo en esto también al de 1870, el concubinato.

Posteriormente a estos ordenamientos civiles, la situación jurídica y social en nuestro país, no permitió el desarrollo de instituciones familiares ni mucho menos leyes protectoras de la familia, siguió nuestro país en su lento desarrollo, hasta que las grandes diferencias de clases sociales, dio por resultado un gran cambio social, brusco, pero necesario, cimentado en principios socialistas, que llevaron a nuestro país al gran movimiento de 1910, dándose la Revolución Mexicana, la cual estaba ávida de instituciones protectoras de las clases débiles y productoras del país, que tan mal tratadas habían sido por los gobiernos del país, en su generalidad, producto de instituciones individualistas, liberales, que lo único que habían ocasionado era haber hecho más ricos a los ricos y al pobre más pobre, por lo que la bandera de esta Revolución exigía Instituciones sociales protectoras de la gran mayoría. Y no de una minoría privilegiada.

(121).- Gutiérrez... Ob. Cit. Pág. 108.

(122).- Enciclopedia de México. Tomo IV. Pág. 4

Así, poniendo estas sólidas exigencias este movimiento, y a diferencia del siglo XIX, que se había preocupado por el proteccionismo individual, el siglo XX, se preocupó por el proteccionismo social, es decir, por proteger intereses del conglomerado social, así, hoy día, que culmina dicho siglo, la humanidad y los Estados libres, saben que es el camino, saben que la riqueza debe distribuirse equitativamente, saben que el mundo atraviesa por su prueba más difícil, y saben finalmente, que la familia debe ser debidamente reglamentada, por la sencilla razón de que es la base del Estado contemporáneo y de todos los tiempos.

Ahora entramos al estudio de las aportaciones del presente siglo, en el campo familiar.

#### 8.- LEY DEL DIVORCIO VINCULAR DE 1914.

Como lo hemos expresado ya, los Códigos Civiles de 1870 y 1884, no permitieron el divorcio vincular, esto es, no permitieron la disolución del matrimonio, o del vínculo matrimonial, dejando en aptitud a los cónyuges de contraer uno nuevo, esto repetimos no lo permitieron dichos Códigos, ya que la misma Ley de 24 de diciembre de 1874, mantuvo la tradición del Código Civil para el Distrito y Territorio de la Baja California, de 1870, estableciendo que el divorcio no disolvía el vínculo matrimonial, sino sólo suspendía algunas de las obligaciones civiles, esto es, sólo permitieron la separación de cuerpos, a lo que estos legisladores llamaban divorcio, de acuerdo con el Derecho Canónico, que es el que lo aceptaba.

Pues bien, esta disposición de 24 de diciembre de 1874 fue modificada por decreto del 29 de diciembre de 1914, en el sentido de que el matrimonio puede disolverse durante la vida de los cónyuges, por mutuo y libre consentimiento o por causas graves fijadas por la ley, dejándolos — a los cónyuges — hábiles para una nueva unión legítima. Esta Ley del Divorcio Vincular de 1914, fue dada por Don Venustiano Carranza, Jefe del Ejército Constitucionalista, dada en Veracruz, teniendo como fundamento la lastimosa realidad mexicana, donde los Códigos Civiles anteriores eran inoperantes, para regular esta delicada Institución en forma más adecuada.

Don Venustiano Carranza, era Gobernador de su Estado de Coahuila, cuando, decidió rebelarse contra el gobierno usurpador de Victoriano Huerta, quien había quitado la Presidencia de la República a Don Francisco I. Madero. Así, el 26 de

marzo de 1913, creó el Plan de Guadalupe, cuyos puntos más importantes fueron:

- 1º Se desconoce al General Victoriano Huerta como Presidente de la República.
- 2º Se desconoce también a los Poderes Legislativo y Judicial de la Federación.
- 3º Para la organización del Ejército encargado de hacer cumplir nuestros propósitos, nombramos como Primer Jefe del Ejército, que se denominará "Constitucionalista", al Ciudadano Venustiano Carranza, Gobernador del Estado de Coahuila.
- 4º Al ocupar el Ejército Constitucionalista la Ciudad de México, se encargará interinamente del Poder Ejecutivo el Ciudadano Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejército o quien lo hubiere substituido en el mando.
- 5º El Presidente Interino de la República convocará a elecciones generales tan luego como se haya consolidado la paz, entregando el Poder al Ciudadano que hubiere sido electo.

...Etc. Etc. Firmado en la Hacienda de Guadalupe, Coahuila, a los 26 días del mes de marzo de 1913. Firmado por 70 Jefes Militares<sup>(123)</sup>.

En cumplimiento de este Plan Don Venustiano Carranza, guió su conducta, cumpliendo hasta donde le fue posible su posición inicial, con gran valor cívico.

Así, en Hermosillo, Sonora, aseveró: "Que sepa el pueblo de México que terminada la lucha armada, tendrá que principiar, formidable y majestuosa, la lucha social"<sup>(124)</sup>. Y cumplió en el aspecto social, dictando comisiones específicas para tales efectos y ocupándose personalmente de tales reformas sociales. Así, dicta la Ley del Divorcio de 29 de diciembre de 1914, desde Veracruz, la que consideramos ha

(123).- "Vargas Ruiz Francisco". "Yo soy mexicano por ello esto debo saber" Const. Política de los Estados Unidos Mexicanos. Octava Edición. México 1973. Enrique Sainz Editores. Pág. 92.

(124).- Enciclopedia de México. Tomo II. Pág. 384.

sido la Ley que más se adapta a la realidad mexicana de esa época, la más acorde al marco social de aquel entonces.

Consideramos que es más sistemático y provechoso, para nuestro estudio observar la reglamentación que se ha realizado en torno al divorcio en nuestro país, para darnos cuenta de la trascendencia de la Ley que comentamos.

Así, tenemos, que antes de esta Ley de 1914, sólo se permitió el llamado divorcio o separación de cuerpos, cuyos efectos, era precisamente éso, separar los cuerpos, sin dejar a los cónyuges o "divorciados" en aptitud de contraer un nuevo matrimonio. Por tanto tal "divorcio" sólo existía en cuanto a los cuerpos y algunas otras obligaciones civiles de los cónyuges.

En el Código Civil de 1870, para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, la reglamentación del divorcio, comprendía las causales siguientes:

Antes de enunciarlas, recordemos: se refieren sólo para separar los cuerpos, pues, el divorcio vincular no existía.

Las causales eran:

- I.- Por el adulterio de uno de los cónyuges;
- II.- La proposición del marido de prostituir a su mujer, ya sea directamente, o en la prueba de que recibió dinero para realizarla;
- III.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge a otro, para la comisión de un delito, aunque no sea de incontinencia carnal;
- IV.- El connato de cualquiera de los cónyuges para corromper a los hijos o su anuencia para ello;
- V.- El abandono injustificado del hogar conyugal, por más de dos años;
- VI.- La sevicia del marido con su mujer, o de ésta para con él;
- VII.- Acusación falsa de un cónyuge al otro.

Por su parte el Código Civil de 1884, agregó las siguientes causales:

- I.- El hecho de que la mujer de a luz en el matrimonio, a un hijo concebido, antes de celebrarse el contrato y que judicialmente sea declarado ilegítimo;
- II.- La negativa de uno de los cónyuges de suministrar alimentos conforme a la Ley;
- III.- Los vicios incorregibles del juego o embriaguez;
- IV.- Una enfermedad crónica e incurable, que sea también contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio, y de la cual no haya tenido conocimiento el cónyuge;
- V.- La infracción de las capitulaciones matrimoniales.

Como podemos apreciar, en el inciso IV, de las causales del Código Civil de 1884, se especifica claramente que, sólo surtirá efectos cuando el cónyuge sano lo haya ignorado, y que la misma enfermedad haya sido anterior al matrimonio. Esto es indebido, ya que no soluciona el problema, cuando dicha enfermedad sobrevenga durante el matrimonio.

Con la Ley del Divorcio de 29 de diciembre de 1914, se reformó la fracción IX del Artículo 23 de la Ley del 24 de diciembre de 1874, quedando dicha reforma en los términos siguientes: Art. 1º Se reforma la fracción IX del Artículo 23 de la Ley del 24 de diciembre de 1874.

"Fracción IX. El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de 3 años de celebrado, o en cualquier tiempo, por causas que hagan imposible o indebido la realización de los fines del matrimonio o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima".

Artículo 2º Entre tanto se establece el orden Constitucional en la República, los Gobernadores de los Estados quedan autorizados para hacer en los respectivos Códigos Civiles, las modificaciones necesarias, a fin de que esta Ley pueda tener aplicación. "Constitución y Reformas". Veracruz, 29 de diciembre de 1914.

Las causas graves, que originaban el divorcio se contemplaban:

- I.- La impotencia incurable para la cópula, por impedir la perpetuación de la especie;
- II.- Las enfermedades crónicas e incurables que fueren contagiosas o hereditarias;
- III.- El abandono de la casa conyugal o por ausencia, pues al no realizarse la vida en común, ya no se podían cumplir los fines matrimoniales;
- IV.- Las faltas graves de uno de los cónyuges para con el otro;
- V.- Los delitos de un cónyuge contra un tercero que arrojase una mancha irreparable;
- VI.- La prostitución de la mujer, en actos directos o en tolerancia;
- VII.- La corrupción de los hijos por uno de los cónyuges;
- VIII.- El incumplimiento en alimentos para con los hijos, o cónyuge y abandono en condiciones aflictivas de un cónyuge o de los hijos <sup>(125)</sup>.

Realizando una visión comparativa de las dos legislaciones anteriores y la de Carranza, con el Divorcio Vincular, podemos fácilmente entender, cual de ellas brilla por sí misma, en cuanto a preocupación social, es la Ley del Divorcio, la que fácilmente obtiene ese brillo, en tanto la comparamos con las legislaciones anteriores. Consideramos que los grandes hombres de la Reforma, no llegaron a plasmar el divorcio vincular, por las grandes preocupaciones que los aquejaban, admi---

(125).- Gutiérrez F... Opus Cit. pp. 113 y 114.

tiendo sólo la separación de cuerpos, cuando ellos fueron los que instituyeron que el matrimonio es un contrato civil, criterio, que desde luego no aceptamos, pero conocemos la razón histórica de esta concepción, y apegándose a sus elementos esenciales como son la voluntad y el objeto del matrimonio.

Fue, consideramos, acertada esta Ley del Divorcio Vincular, ya que era preciso, instituir un "remedio", a la gran proliferación de hijos "ilegítimos". Dejando las viejas legislaciones el recuerdo de un camino que había sido bloqueado por ellas en el sentido de impedir la formación de nuevos hogares, protegidos por la Ley, en concordancia con la dignidad humana.

Esta Ley, fue el gran paso en una nueva etapa en materia familiar, ya que trozó los tradicionales lazos de la indisolubilidad del matrimonio, para dar un paso necesario con la ruptura del vínculo matrimonial. ¿Pero, nosotros aplaudimos al divorcio?. No exactamente, pero sí consideramos que, es mil veces preferible un divorcio, a una vida conyugal tormentosa, tanto para los cónyuges como para quienes nada tienen de culpa: los hijos, sí, aseveramos que el divorcio, a veces es la mejor salida, para quienes han perdido los sentimientos más profundos que dentro del ho--gar deben imperar, pero, ciertamente, también aseveramos, que siendo un mal el divorcio, es preferible, en ciertas circunstancias, siendo un mal menor, para la família, principalmente para los hijos. Pero el divorcio debe ser aceptado, pues, y gde más reglamentado como Divorcio - Remedio, no como Divorcio - Sanción. Es decir, el divorcio debe estar fundado sobre la idea del "divorcio - remedio" y no sobre la idea del "divorcio - sanción", o sea, debe aplicarse el divorcio cuando ya no es posible mantener la relación entre los cónyuges y atendiendo siempre a que con un divorcio remedio, se evitaran males mayores, aún pensando que el divorcio es un mal, la situación conyugal puede llegar al extremo de ser más aconsejable la disolución del vínculo matrimonial, que permitir el desarrollo del desequilibrio moral, emocional, físico y material de la familia. En cambio la idea de divorcio sanción sería verbigracia - la condena a alguno de los cónyuges de la pérdida de la patria potestad dañando con ésto únicamente a los hijos-, u otras resoluciones judiciales parecidas a la anterior, como el negar ver a los hijos, etc.

Siendo -- y ésto está probado-- de mayores beneficios al permitir a los cónyuges el separarse, que tenerlos "atados" para toda la vida, haciéndola mutuamente imposible, tormentosa, por un capricho religioso, o por capricho legislativo del año de 1870, 1804, 1884, etc., etc.

Debemos reconocer que el Presidente Don Venustiano Carranza, se preocupó hondamente, por reglamentar debidamente a la familia, dotándola de una legislación propia, como lo veremos enseguida.

#### 9.- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 9 DE ABRIL DE 1917.

Don Venustiano Carranza, había anunciado al Congreso Constituyente, en 1916, que iniciaría leyes para establecer la familia "sobre bases más racionales y justas, que eleven a los consortes a la alta misión que la sociedad y la naturaleza ponen a su cargo, de propagar la especie y fundar la familia". Este pensamiento, se plasmó en el Primer párrafo de los "Considerando", de la Ley Sobre Relaciones Familiares, publicada en el "Diario Oficial" de los días 14 de abril al 11 de mayo de 1917, en que entró en vigor. Esta Ley es del 9 de Abril de 1917.

Además, en el mismo "Considerando"; estableció, "Que la promulgación de la ley del divorcio y las naturales consecuencias de éste hacen necesario adaptar al nuevo estado de cosas los derechos y obligaciones entre los consortes, así como las relaciones concernientes a la paternidad y filiación, reconocimiento de hijos, patria potestad, emancipación y tutela, tanto por causa de minoridad, como por otras incapacidades;

Que las ideas modernas sobre igualdad, ampliamente difundidas y aceptadas en casi todas las instituciones sociales, no han llegado a influir convenientemente en las instituciones familiares, que, salvo los temperamentos naturales aportados por la civilización, continúan basándose en el rigorismo de las viejas ideas romanas conservadas por el derecho canónico;

Que, siendo la familia entre los romanos, no sólo fuente de derechos civiles, sino también, desde muchos puntos de vista, una institución política, era natural que estuviera, como estuvo, constituida sobre la base de la autoridad absoluta del "pater familias", quien tenía sobre los hijos un poder omnímoto que lo hacía dueño de sus personas y de sus bienes, por un tiempo ilimitado, y sobre la mujer un poder semejante, pues al caer ésta bajo la potestad del marido, "in manu viri", que daba en la familia en la situación de una hija, "loco filiae";

Que el cristianismo no influyó directamente sobre la organización de la familia, pues el derecho canónico aceptó las relaciones familiares establecidas por el derecho romano, en todo aquello que no fue (sic) influido por el carácter de sacramento que se dio al matrimonio; carácter que, lejos de disminuir la autoridad del marido sobre la mujer, la robusteció, cuando menos desde el punto de vista moral, pues al comparar al marido con Cristo y a la mujer con la Iglesia, dio tanto poder a aquél, que los mismos teólogos llegaron a sostener que, al celebrarse el matrimonio, el sacerdote oficiaba como testigo y no como ministro, pues el verdadero ministro era el contrayente;

Que las legislaciones posteriores, aunque reconocieron al matrimonio como contrato, no llegaron a modificar las antiguas relaciones que producía por los aspectos político y religioso con que fue (sic) considerado, sino antes bien, al aceptar la idea canónica de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, llegaron a darle, con relación a los bienes de los cónyuges, el carácter de una sociedad universal, duradera por tiempo ilimitado, que sólo dejaba de subsistir por voluntad expresa de los cónyuges y previa autorización judicial que no debía otorgarse sino por causa grave, idea que no se compeadece con el objeto actual del matrimonio, ya que, siendo sus objetos esenciales la perpetuación de la especie y la ayuda mutua, no es de ninguna manera indispensable una indisolubilidad que, en muchos casos, puede ser contraria a los fines de las nupcias, ni mucho menos una autoridad absoluta de uno solo de los consortes, con perjuicio de los derechos del otro, cuando en realidad lo que se necesita es una cooperación libre y espontánea de ambos, ya que los dos contribuyen en esferas insustituibles a los fines del matrimonio; y produciéndose, además, el absurdo de que, mientras la Constitución de 57 establecía en su artículo 5º la ineficacia de cualquier pacto que tuviera por objeto la pérdida, menoscabo e irrevocable sacrificio de la libertad del hombre, el Código Civil, por el solo hecho de que la mujer celebrara un contrato de matrimonio, la incapacitaba por completo, privándola de su libertad hasta el grado de dejarla impedida para celebrar el convenio más insignificante, pasando por alto el precepto categórico del artículo constitucional citado;

Que no sólo por las razones expuestas, sino también por el hecho de que las trascendentales reformas políticas llevadas a cabo por la Revolución no pueden implantarse debidamente sin las consiguientes reformas a todas las demás instituciones sociales, y muy especialmente a las familiares, pues, como se ha dicho muchas veces, la familia es la base de la sociedad, se hace indispensable realizar cuanto

antes la promesa hecha en el mencionado informe, reglamentando el matrimonio de tal manera, que se aseguren los intereses de la especie y los de los mismos cónyuges, sobre todo de aquel que, por razones de educación u otras análogas, está expuesto a ser una víctima, más bien que un colaborador de tan importante función social;

Que, de la misma manera, no siendo ya la patria potestad una institución que tiene por objeto conservar la unidad de la familia, para funciones políticas, sino la reglamentación de los deberes que la naturaleza impone en beneficio de la prole, es necesario reformar las reglas establecidas para el ejercicio de ese derecho, así como las que rigen respecto a la legitimación, cuyos beneficios deben ampliarse al reconocimiento de los hijos naturales, cuya filiación debe ser protegida contra la mancha infamante que las leyes actuales conservan con el nombre de designación de hijos espurios; a las pruebas de paternidad y otras disposiciones análogas, entre las cuales debe considerarse muy especialmente la adopción, cuyo establecimiento, novedad entre nosotros, no hace más que reconocer la libertad de afectos y consagrar la libertad de contratación que, para este fin, no sólo tiene un objeto lícito, sino con frecuencia muy noble;

Que por idénticas razones se hace también necesario reformar las leyes sobre tutela, a fin de que se imparta una protección eficaz a los sujetos a ella, remediando los innumerables abusos que constantemente se cometen;

...; y sin que la facilidad que se quiere dar para contraer matrimonio impida que se exija al pretendiente menor de edad, no sólo el consentimiento del padre, sino también de la madre, pues ambos progenitores están igualmente interesados en el porvenir de su hijo y ambos tienen sobre él los derechos y obligaciones que la naturaleza les otorga...;

Que asimismo, es necesario, en interés de la especie, aumentar la edad requerida para contraer matrimonio, a fin de que los cónyuges sean lo suficientemente aptos para llenar las funciones fisiológicas y morales que les están encomendadas y por la misma causa, conviene también incapacitar legalmente a los incapacitados ya por la naturaleza para las funciones matrimoniales, es decir, a los que padezcan de impotencia física incurable, a los enfermos de sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica e incurable, que sea además contagiosa o hereditaria, así co

mo a los ebrios habituales, pues todos los que se encuentran en los casos mencionados dejan a sus descendientes herencias patológicas que los hacen débiles e incapaces de un trabajo eficiente tanto en el orden físico como en el intelectual y transmiten a su vez a las generaciones posteriores su misma debilidad, redundando todo ello en perjuicio de la patria, cuyo vigor depende de la fuerza de sus hijos y en perjuicio también de la misma especie, que, para perfeccionarse, necesita que a la selección natural se añada una cuerda y prudente selección artificial encaminada a orientar y mitigar los rigores de aquélla;

Que siendo de alta trascendencia para los fines de la unión conyugal que ésta se contraiga de una manera espontánea, no sería conveniente obligar a cumplir la promesa de matrimonio; pero tampoco sería justo dejar, como hasta ahora, sin responsabilidad al que elude el cumplimiento de ella, toda vez que ese género de proposiciones, si no se hacen con fines inmorales cuando menos originan para el que las acepta la pérdida de un tiempo precioso para él y la sociedad, y en muchas ocasiones perjuicios pecuniarios, se ha juzgado conveniente establecer, en caso de falta de cumplimiento de tal promesa, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se causen al burlado, aunque exigiendo, a fin de evitar los abusos que pudieran sobrevenir, un principio de prueba por escrito;

Que los derechos y obligaciones personales de los consortes deben establecerse sobre una base de igualdad entre éstos y no en el imperio que, como resto de la "manus" romana, se ha otorgado al marido, y deben, además, consignarse en los preceptos legales las prácticas que emanan de la costumbre, a fin de hacer que la ley sea suficientemente respetable y debidamente respetada; por todo lo cual se ha creído conveniente determinar de un modo expreso que ambos cónyuges tienen derecho a consideraciones iguales en el seno del hogar; que la mujer está dispensada de vivir con su marido, cuando éste se establezca en lugar insalubre o inadecuado a la posición social de la mujer; que el marido está obligado a sostener el hogar, sin perjuicio de que la mujer coadyuve, si tiene bienes o trabaja; que la falta de cumplimiento de esas obligaciones por parte del marido, constituye un delito; que el cuidado directo del hogar y de la prole corresponde a la mujer, y como consecuencia de esto último, que ella no puede obligarse a prestar servicios personales a extraños, sin el previo consentimiento del marido;

Que en las relaciones pecuniarias de los esposos es en donde más se deja sentir la influencia de las antiguas ideas, pues mientras el marido sea administrador de los bienes comunes y representante legítimo de la mujer, quien no puede celebrar ningún acto ni contrato sin la autorización de él, se conserva prácticamente el sistema romano que coloca por completo a la mujer bajo la potestad del marido; y como por otra parte la indisolubilidad del vínculo matrimonial estableciendo la comunidad perpetua de vida, dio origen a la de intereses, creando así la sociedad legal, salvo el caso de que previamente se estableciera una voluntaria o se pactara la separación de bienes, la mujer, y muy especialmente la mexicana que es toda abnegación y ternura, ha sido frecuentemente víctima de explotaciones inicuas que el Estado debe impedir, y mucho más ahora que, estableció el divorcio, se hace necesario que evitar que, satisfecha la codicia de los aventureros o arruinada la mujer, sea ésta abandonada, después de haber perdido su belleza y su fortuna, sin que el marido conserve para con ella más que obligaciones insignificantes y con frecuencia poco garantizadas; y así, pues, no habiendo ya necesidad de presumir la sociedad legal, se dispone expresamente que los bienes comunes, mientras permanezcan indivisos, sean administrados de común acuerdo; que cada uno de los cónyuges conserve la administración y propiedad de sus bienes personales, así como de los frutos de éstos, y la completa capacidad para contratar y obligarse; pero sin perjuicio de la unidad de la familia y sin excluir la ayuda mutua, pues se deja en libertad a ambos consortes para conferirse mandato y para comunicarse los frutos de sus bienes, aunque aceptándose como medida de protección en favor de la mujer, que ésta no reciba del marido menos de lo que ella le da, que no puede otorgar fianza en favor de él y que no se obligue jamás solidariamente con el marido, en negocio de éste;

Que, establecía la separación de bienes entre los esposos, la tranquilidad del hogar no quedaría debidamente asegurada si la impericia de uno u otro, su prodigalidad, o simplemente la falta de éxito en los negocios, trajera como resultado la enajenación, gravamen -- sic -- o embargo de la casa y muebles destinados al hogar, ya pertenezcan a ambos cónyuges o a uno sólo de ellos, pues el interés de los hijos y de la misma sociedad exige que la culpa, impericia o negligencia de uno de los consortes, separado por completo del otro en materia de intereses, no recaiga sobre extraños, causándoles perjuicios, ha sido necesario establecer que la casa en que reside el matrimonio y los muebles de ella, ya sean comunes o ya sean de uno solo de los esposos, no se puedan enajenar, ni gravar, sin el consentimiento de ambos, ni estén sujetos a embargo; pero como esta disposición podría prestarse a abusos, se ha limitado el susodicho privilegio al caso de que los mencionados bienes valgan menos

de diez mil pesos, y de la misma manera se establece qué debe hacerse cuando el matrimonio tenga varias casas para su residencia y cómo deben entenderse estas disposiciones, cuando los esposos vivan en el campo, en casa que tenga terrenos anexos;

...;

Que en materia de paternidad y filiación, ha parecido conveniente suprimir la clasificación de hijos espurios pues no es justo que la sociedad los estigmatice a consecuencia de faltas que no les son imputables y menos ahora que considerado el matrimonio como contrato, la infracción a los preceptos que lo rigen sólo debe perjudicar a los infractores y no a los hijos, terceros en el contrato, que antes se perjudicaban solamente porque, reputado el matrimonio un sacramento, se veían privados de los efectos de la gracia, razón que no puede subsistir hoy que nuestra sociedad liberal no debe estigmatizar con designaciones infamantes a los inocentes a quienes la ley era la primera en desprestigiar, tanto más cuanto que, dada la disolubilidad del vínculo matrimonial, es fácil ya, no sólo reconocer, sino aun legitimar a algunos de los hijos que antes sólo se podían designar, y por idénticas razones, se ha facilitado el reconocimiento de los hijos y aumentado los casos especiales en que puede promoverse la investigación de la paternidad o maternidad, aunque restringiendo los derechos de los hijos naturales a la sola facultad de llevar el apellido de su progenitor, a fin de darles una posición definida en la sociedad, evitando, a la vez que fomentar las uniones ilícitas, los abusos que la concesión de otros derechos pudiera originar; y teniendo presentes los derechos y obligaciones de la mujer, en caso de matrimonio, se previene que ella no pueda reconocer a sus hijos naturales, sin consentimiento del marido y que éste, pudiendo reconocer a los suyos, no tenga facultad de llevarlos a vivir al domicilio conyugal, sin permiso de la esposa;

Que, en cuanto a la patria potestad, no teniendo ya por objeto beneficiar al que la ejerce y teniendo en cuenta la igualdad de derechos entre hombre y mujer, se ha creído conveniente establecer que se ejerza conjuntamente con el padre y la madre y en defecto de éstos por abuelo y abuela, pues ningún motivo hay para excluir de ella a la mujer que, por razones naturales, se ha sacrificado por el hijo más que el mismo padre y ordinariamente le tiene más cariño, y que asimismo por lo que respecta a los bienes del hijo, se ha creído oportuno suprimir la clasificación estable

cida por el Código Civil, la cual no es sino reminiscencia de los peculios que establecía el derecho romano y no tenía más objeto que beneficiar al padre, por todo lo cual se ha creído conveniente establecer que los bienes del hijo sean administrados de acuerdo por los ascendientes que ejerzan la patria potestad, quienes en cualquier caso disfrutarán como remuneración por sus trabajos, la mitad del usufructo de dichos bienes, mitad que será divisible entre ambos ascendientes;

...;

Que los razonamientos anteriores demuestran la conveniencia, necesidad y urgencia de las reformas susodichas, y que, por tanto, no debe esperarse para su implantación la completa reforma del Código Civil, tarea que sería muy laboriosa y dilatada, sino legislarse cuanto antes sobre las relaciones de familia y demás similares, a fin de ponerlas a la altura que les corresponde".

Hemos querido dejar plasmado los razonamientos que movieron al jurista Don Venustiano Carranza, para otorgar a la familia, instituciones más justas y acordes a la realidad mexicana. Esto representó un gran avance en materia familiar, pues además esta ley fue expedida con independencia al Código Civil de 1884, que era el que estaba en vigor, ya que el artículo 9º transitorio de la Ley Sobre Relaciones Familiares, dispone que: "Quedan derogados el capítulo VI del título IV; los capítulos I, II, III, IV, V y VI, del título V; los capítulos I, II, III, IV, del título VI; el título VII; los capítulos I, II, y III del título VIII; los capítulos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII y XIV del título IX; el título X; los capítulos I y II del título XI; los capítulos I, II, III, IV, V, VI y VII del título XII, del libro primero y los capítulos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII y XIII del título décimo del libro tercero del Código Civil publicado por el decreto de 15 de mayo de 1884".

Siendo así, como Venustiano Carranza, otorga lugar independiente a la familia, dotándola de una legislación propia, independiente del Código Civil.

Ciertamente, consideramos que en materia familiar, había y hay mucho que decir y legislar, pues esta Ley, no otorgó todos los derechos y obligaciones de los miembros de la familia, como por ejemplo, lo relativo a los hijos naturales a los que

no les dio más que el derecho de llevar el apellido de su progenitor, el concubinato, etc.

Así pues, Carranza, trató de otorgar Instituciones sólidas para el Derecho Familiar, como son verbigracia, el matrimonio, la tutela, el reconocimiento de hijos, la adopción, etc.

Siguiendo el sistema que hemos aplicado en el desarrollo de nuestra investigación, comentamos ahora, algunas de las más importantes instituciones reguladas de acuerdo con la Ley en estudio.

Así, tenemos, que respecto de las formalidades para celebrar el contrato de matrimonio dispuso, en su artículo 1º lo siguiente: "Las personas que pretendan contraer matrimonio, presentarán personalmente o por medio de apoderado legítimamente constituido, ante el Juez del Estado Civil a que esté sujeto el domicilio de cualquiera de los pretendientes, un escrito en que conste:

- I.- El nombre y apellido completos de cada uno de los solicitantes, el lugar de su nacimiento, el de su residencia, su edad, ocupación y si alguno de ellos o los dos han sido casados, expresando, en caso afirmativo, el nombre de la persona con quien se celebró el anterior matrimonio, la causa de su disolución y la fecha en que éste se verificó;
- II.- El nombre y apellido completo del padre y la madre de cada uno de los pretendientes, si viven o son ya difuntos, el lugar de su nacimiento, el de su última residencia, su edad y ocupación;
- III.- Que no tienen impedimento legal para celebrar el contrato de matrimonio,
- IV.- Que es su voluntad unirse en matrimonio legítimo.

Esta solicitud deberá ir firmada por los pretendientes, y si no pudieren o no supieren escribir, firmará, por el que no pudiere o supiere hacerlo, un testigo conocido, mayor de edad y vecino del lugar.

Firmarán también la solicitud, en caso de que los pretendientes o alguno de ellos sea menor de edad, sus padres o tutores.

Si alguno de los pretendientes fuere menor de edad y no tuviere padre o tutor, se acompañará a la solicitud autorización del juez de primera instancia del lugar de su domicilio, que lo faculte para contraer matrimonio con la persona que en unión de él firma dicha solicitud.

Si alguno de los pretendientes hubiere estado en tutela por causa de demencia o idiotismo, se acompañará igualmente a la solicitud la resolución del juez que haya declarado la cesación de la tutela por haber desaparecido la causa que la motivó.

Los pretendientes pueden acompañar a la misma solicitud las constancias expedidas por dos o más médicos titulados, en las que, bajo la protesta de decir verdad, se asegure que dichos pretendientes no tienen impedimento para celebrar el matrimonio que desean contraer, por estar en el uso expedito de sus facultades mentales, no tener alguna de las enfermedades que menciona la Ley, ni defecto físico que les impida entrar en el estado matrimonial.

La solicitud deberá ser autorizada también por dos testigos mayores de edad, vecinos del lugar, que conozcan a los pretendientes cuando menos tres años antes de la fecha de ella, los que lo declararán así bajo la protestad de decir verdad, asegurando, además, que saben y les consta de ciencia cierta que aquéllos tienen la edad requerida por la Ley para poder contraer matrimonio, y que carecen de impedimento legal para celebrarlo.

Si no hubiere dos testigos que conozcan a la vez a los dos pretendientes, deberán presentarse dos testigos por cada uno de ellos, que llenen el requisito indicado.

El inciso IV, de este artículo, es un tanto confuso, ya que, consideramos que la Ley sólo puede reglamentar el matrimonio legítimo, hizo alusión, creemos al matrimonio religioso, al cual cierra toda posibilidad jurídica, permitiendo pensar que existe ese matrimonio "ilegítimo".

El artículo 3º de la misma Ley, permite la celebración del matrimonio por apoderado especial legítimamente constituido.

El artículo 12º de la misma, habla también del matrimonio "legítimo", cuando manda: "Una copia certificada del acta a que se refiere el artículo 3º, hará prueba plena de que se ha celebrado el matrimonio legítimo, el que surtirá todos sus efectos legales entretanto no se disuelva por muerte de uno de los contrayentes, o se declare por sentencia ejecutoriada que el acto a que se refiere dicha acta es nulo o ha quedado sin efecto por causa de divorcio".

El matrimonio, es definido por la misma Ley, en su artículo 13, cuando ordena: "El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

El artículo 15º de la misma, preceptúa: "El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con todas las formalidades que ella exige".

Por su parte el artículo 16º, asevera: "Cualquiera condición contraria a los fines esenciales del matrimonio, se tendrá por no puesta".

En cuanto a los impedimentos para celebrar el matrimonio establecido, en su artículo 17, los siguientes:

"Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:

- I.- La falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada;
- II.- La falta de consentimiento del que o los que ejercen la patria potestad, del tutor o del juez en sus respectivos casos;
- III.- El error, cuando sea esencialmente sobre la persona;
- IV.- El parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en la línea recta ascendente y descendente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, y al contrario, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa. La computación de estos grados se hará en los términos que previene esta ley.

- V.- El atentado contra la vida de alguno de los casados para casarse con el que quede libre;
- VI.- La relación de afinidad en línea recta sin limitación alguna;
- VII.- La fuerza o miedo graves. En caso de rapto, subsiste el impedimento entre el raptor y la robada, mientras ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente manifieste su voluntad;
- VIII.- La embriaguez habitual, la impotencia por causa física para entrar en el estado matrimonial, siempre que sea incurable; la sífilis, la locura y cualquiera otra enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria;
- IX.- El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretende contraer;
- X.- El fraude, las maquinaciones o artificios para inducir en error a alguno de los contrayentes, siempre que versen sobre hechos substanciales, que si hubieran sido conocidos de la otra parte, no habría ésta consentido en celebrar el matrimonio, y que dichos hechos se prueben por escrito procedente de la parte que empleó el fraude, las maquinaciones o los artificios.

De estos impedimentos sólo son dispensables la falta de edad y el parentesco de consanguinidad en la línea colateral desigual".

Como podemos observar en la fracción VII, la Ley repite el error en cuanto establece "robada", siendo obvio el comentario al respecto.

El artículo 18, de esta Ley, establece la edad para poder contraer matrimonio, así dispone que: "Solamente pueden contraer matrimonio el hombre que ha cumplido 16 años y la mujer que ha cumplido 14. El gobernador del Distrito Federal o de un Territorio, puede conceder dispensa de edad en casos excepcionales y por causas graves y justificadas, siempre que el hombre tenga doce años cumplidos". Con esto, la Ley quiso abrir un camino necesario, para evitar en un momento dado, que la Ley protegiera algo injusto, como el hecho de dejar a un niño sin el apoyo del padre por disposición legal.

En estos casos, para poder celebrar el matrimonio, se requiere, además, el consentimiento de los padres o tutor, esto lo deducimos de la lectura del artículo siguiente:

Artículo 19 "Los hijos de ambos sexos que no hayan cumplido veintiún años, no pueden contraer matrimonio sin consentimiento del padre y de la madre, si vivieren ambos, o del que de ellos sobreviviere, aún cuando, en caso de que sólo exista la madre, ésta haya pasado a segundas nupcias".

Así pues, este matrimonio se podía celebrar sin el consentimiento de los padres hasta los veintiún años de edad. En este artículo, observamos, asimismo, la igualdad entre los cónyuges, en cuanto a dicho consentimiento respecto de sus hijos menores de edad, ya no se deja al arbitrio único del padre, sino que son los conso-  
res los que deberán otorgar dicho consentimiento.

A falta de los padres, y de acuerdo con el mismo artículo 19, en su párrafo final, así como el artículo 20, habilitan a las siguientes personas para otorgar dicho consentimiento:

1º A falta de padres, se necesita el consentimiento de los abuelos pater-  
nos, ambos o del que viviere;

2º A falta de estos últimos los abuelos maternos, el consentimiento de am-  
bos o del que sobreviviere; al menos que el último ascendiente —padre o madre— que en cada grado ejerza la patria potestad al morir haya nombrado tutor para sus hijos;

3º Faltando padres y abuelos, se necesita el consentimiento de los tuto-  
res;

4º Faltando éstos, el juez de primera instancia del lugar de la residen-  
cia del menor suplirá el consentimiento.

Como podemos observar, existe verdadera preocupación por una de las Insti-  
tuciones más importantes del Derecho Familiar: el matrimonio.

Por el artículo 24 de dicha Ley Sobre Relaciones Familiares, se prohíbe el matrimonio entre el tutor y la persona que ha estado o está bajo su guarda, al menos que obtenga dispensa, la que sólo se podrá conceder por el gobernador del Distrito Federal o Territorio que corresponda hasta cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela. Esta prohibición va dirigida también para el curador y a los ascendientes de éste y del tutor.

También reglamentó y reconoció al matrimonio celebrado entre extranjeros fuera del territorio nacional, otorgándole validez, siempre y cuando el mismo sea válido con arreglo a las leyes del país en que se celebró, surtiendo por este hecho, todos sus efectos civiles en el Distrito Federal y Territorio de la Federación. Va que no olvidemos que esta Ley no fue federal, pero sí fue adoptada por una gran mayoría de los Estados de la República, en sus legislaciones interiores. Esta reglamentación del matrimonio entre extranjeros está determinada por el artículo 26 de la Ley en estudio.

Otras disposiciones importantes de la Ley mencionada, se refieren a los de rechos y obligaciones que nacen del matrimonio. Que configuran el capítulo IV, de la misma Ley. Así tenemos respecto de estos derechos y obligaciones, lo siguiente:

El Artículo 40, manda: "Los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad, a contribuir cada uno por su parte a los objetos del matrimonio y a socorrerse mutuamente".

El 41, ordena: "La mujer debe vivir con su marido; pero no estará obligada a hacerlo cuando éste se ausentare de la República, o se estableciere en lugar insalubre, o en lugar no adecuado a la posición social de aquélla".

Este artículo parece absurdo, ya que, en primer lugar, debemos decir que el jefe de la familia es el padre, de acuerdo con nuestra legislación, y si éste, por razones de necesidad económica, y para poder solventar los gastos que el hogar implican, necesita radicarse en el extranjero, de acuerdo con este artículo, el marido debe vivir condenado, a prescindir de su esposa y de sus hijos. Consideramos, que este artículo no reflejó la realidad social, ya que, además, de acuerdo con el mismo precepto jurídico, si una mujer de posición social "media" o "alta", decide contraer matrimonio con un individuo pobre, económicamente hablando, ya casados, a-

lega, o puede alegar, ya muerto todo el amor que se profesaron, que el marido no la tiene en un lugar acorde a su "altura social", aunque sea salubre para ella y sus hijos, consideramos que la ley en este caso no debió haber sido tan extremosa, y no separar a los cónyuges por cuestiones como éstas.

Esta situación, afortunadamente ha sido ya superada por nuestra legislación vigente, al colocar a la mujer en un verdadero plano de igualdad respecto al hombre.

Por el artículo 43 de la comentada Ley, se otorgan a los cónyuges autoridad y consideraciones iguales en el hogar, arreglando de común acuerdo todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos, y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo entre los cónyuges sobre estos asuntos, el juez de primera instancia del lugar, sin ninguna forma o solemnidad, procurará ponerlos de acuerdo, y de no lograrlo, resolverá lo que fuere más conveniente al interés de los hijos.

Consideramos que este precepto tiene gran valor ya que el legislador está otorgando a la familia el lugar que merece, éste no es otro que el interés superior de la familia, donde el Estado está obligado en primera instancia a proteger y tutelar este interés, a través de el ordenamiento jurídico propio a esta Institución Familiar. Por lo que reafirmamos nuestra postura en relación a la necesaria independencia del Derecho Familiar respecto del Derecho Privado, y concretamente del Derecho Civil.

Uno de los principales motivos por los cuales pretendemos dicha independencia, está en que el Derecho Familiar tiene un interés superior que tutelar, de donde resulta que el interés jurídicamente tutelado por el Derecho Familiar es el interés de cada una de las familias, esto es, tutela el interés del núcleo familiar, de sus miembros en tanto son considerados como parte integrante de este núcleo. No puede ser el Derecho Familiar parte del Derecho Civil, en tanto que éste se preocupa por proteger, tutelar los intereses de los individuos por sí, es decir, se ocupa del individuo en particular, de sus intereses patrimoniales y personales, se preocupa de regular las relaciones entre los individuos en tanto que son entidades particulares con fines divergentes. No tutela derechos de un núcleo, por esta sencilla razón consideramos necesaria nuestra pretensión. En fin, sigamos comentando algunos

preceptos más de la Ley Sobre Relaciones Familiares, para determinar el avance de nuestro Derecho Familiar.

Por el artículo 44 de esta Ley, se otorga a la mujer la obligación de atender a todos los asuntos domésticos; encargándosele la dirección y cuidado de los hijos y del gobierno y dirección del hogar. Prohibiéndosele prestar servicios personales a favor de persona extraña, al menos que medie licencia del marido. Asimismo esta licencia se le exige si desea emplearse, o ejercer una profesión, o establecer un comercio. Claro que el mismo precepto faculta a la mujer a este empleo, etc. En caso de que el marido abandone el hogar, o cuando sin haberlo abandonado, no tuviera bienes propios y estuviere imposibilitado de trabajar.

En este ordenamiento jurídico, y concretamente en este artículo observamos, aún la dependencia de la mujer en varios aspectos, y la restricción realizada a su libertad para algunas cosas, para ejercer libremente una profesión, dedicarse a ella, emplearse, etc. Esta situación está superada afortunadamente.

Un precepto con gran contenido protector de la familia lo es el artículo 128 de esta Ley, especialmente en cuanto a los hijos, éste establece: "El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges, mientras dure; y en todo tiempo, en favor de los hijos nacidos antes de su celebración, durante él, y trescientos días después de la declaración de nulidad, si no se hubieren separado antes los consortes, o desde la separación de éstos, en caso contrario".

Aunque el legislador no nos dice cuándo un matrimonio es de buena fe, y cuándo de mala, sin embargo, lo más importante es que favorece a los hijos.

Asimismo el artículo 129, establece que si sólo uno de los consortes es el que ha actuado de buena fe, el matrimonio produce efectos civiles únicamente respecto de él y de sus hijos.

La buena fe se presume, y para destruirla se requiere prueba plena. Así lo establece el artículo 130 de la misma Ley.

En cuanto a la paternidad y filiación de los hijos, distinguió entre hijos legítimos e hijos naturales, otorgándoles desiguales derechos, discriminando así a los hijos naturales.

Así, el artículo 143 mandó: "Se presumen por derecho legítimos:

- I.- Los hijos nacidos después de 180 días, contados desde la celebración del matrimonio;
- II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga éste de nulidad del contrato, ya de muerte del marido o de divorcio".

Por su parte el artículo 147 completa esta cuestión estableciendo que: "El marido no podrá desconocer la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

- I.- Si se probase que supo antes de casarse el embarazo de su futura consorte: para esto se requiere un principio de prueba por escrito;
- II.- Si asistió al acta de nacimiento, y si ésta está firmada por él o contiene su declaración de no saber firmar;
- III.- Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer;
- IV.- Si el hijo no nació capaz de vivir".

Por disposición del artículo 156, "Para los efectos legales sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana, y que o vive veinticuatro horas naturales o es presentado vivo al Registro Civil".

El legislador, quiso darle personalidad jurídica al feto, condicionándolo a su viabilidad o a presentarlo vivo al Registro Civil, dentro de un lapso determinado.

El artículo 160, nos habla de las pruebas de la filiación de los hijos legítimos, y el mismo precepto establece que "La filiación de los hijos legítimos se prueba por la partida de nacimiento; y en caso de que no hayan existido registros o se hayan perdido, o estuvieren rotos o borrados, o faltaren las hojas en que se pueda suponer que estaba el acta, se podrá recibir prueba del acto por instrumentos o testigos; pero si uno solo de los registros se ha inutilizado y existe el duplicado, de éste deberá tomarse la prueba, sin admitirla de otra clase.

Cuando se cuestione la validez del matrimonio de los padres, debe presentarse además el acta de matrimonio de éstos, sin perjuicio de lo prevenido en el artículo siguiente".

En cuanto a la legitimación, establece en su artículo 176 que: "Pueden ser legitimados todos los hijos habidos fuera de matrimonio"

Y en el siguiente artículo concluye: "Art. 177. El único medio de legitimación es el subsiguiente matrimonio de los padres".

Considerando hijos naturales a "Todo hijo nacido fuera de matrimonio...", el artículo 186 de la misma Ley.

Prohibiéndose, además, en forma absoluta, la investigación de la paternidad y maternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio. La prohibición es absoluta, tanto en favor como en contra del hijo, salvo los casos de posesión de estado de hijo natural, y en los casos de rapto o violación, cuando la época del delito coincide con la concepción, declarando los tribunales la paternidad. Según los artículos 187, 197 y 211 de la Ley que venimos comentando, podemos ver cómo el legislador prohibió la investigación de la paternidad, negando a los hijos el conocimiento del autor de sus días. Este derecho a la investigación de la paternidad está hoy día permitido.

También, en cuanto a Derecho Familiar, se refiere, esta Ley Sobre Relaciones Familiares, reconoce la realidad social de los matrimonios o personas en general, que no pudiendo tener hijos, por razones varias, desean adoptar a un menor, creando la citada Ley, en consecuencia, la Institución de la adopción, superando en

mucho a los Códigos Civiles anteriores, y también al de 1884, que era el que estaba en vigor, excepción hecha de las cuestiones familiares, como hemos visto.

Así, el artículo 220 de esta Ley estableció: "Adopción es el acto por el cual una persona mayor de edad, acepta a un menor como hijo, adquiriendo respecto de él todos los derechos que un padre tiene y contrayendo todas las responsabilidades que el mismo reporta, respecto de la persona de un hijo natural".

Así, es, se regulaba en forma limitada la adopción, puesto que sólo otorgaba derechos limitados. ¿Por qué?. Porque el artículo 210 de la misma Ley, ordena: "El reconocimiento solamente confiere al reconocido el derecho de llevar el apellido del que lo hace". Esto respecto de los hijos naturales. Y si ligamos este artículo con el que define lo que es la adopción, nos percatamos de su imperfección. Sin embargo, debemos reconocer que se trataba de una nueva Institución, que apenas estaba tomando forma y debía perfeccionarse en el futuro, lo que sucedió, pues nuestro Código Civil actual, la regula en forma debida, otorgando al adoptante los deberes de un padre de familia, respecto a sus hijos, y el adoptado, por su parte adquiere los mismos derechos y obligaciones de todo hijo, de matrimonio. Esta relación se da respecto del adoptado y adoptante, exclusivamente. Así, nuestra Ley llena un vacío social, pues otorga recíprocamente a un padre y a uno o más hijos, en las personas de los adoptados.

Sin embargo, nuestro Derecho Familiar debe perfeccionarse, y esto sólo lo lograremos dando a la familia el lugar que ocupa en la realidad social, otorgando, reconociendo jurídicamente ese derecho superior de que es titular el grupo, el núcleo familiar.

El criterio del artículo 210, es ratificado respecto a la adopción, por los artículos 229 y 230, este último establece que: "El padre o padres de un hijo adoptivo tendrán respecto de la persona del menor, los mismos derechos y obligaciones que respecto de la persona de los hijos naturales".

Sin embargo, en cuanto la adopción hecha por el matrimonio, no estableció ninguna traba. Hubo discriminación o desigualdad de derechos en cuanto a que a la mujer cónyuge no se le permitió adoptar sin el consentimiento de su marido, y en cambio a éste sí se le permitió dicha adopción, aún sin el consentimiento de su mu-

jer, imponiéndole únicamente la obligación de llevarlo a vivir en el domicilio conyugal. De acuerdo con el artículo 222 de la Ley que comentamos.

En cuanto a la menor edad, y de acuerdo con el artículo 237, se dispuso: "Las personas de ambos sexos que no hayan cumplido veintiún años, son menores de edad". De donde se infiere que la mayoría de edad la estableció en 21 años cumplidos. Esta situación estuvo vigente hasta hace muy pocos años en nuestro país, pues la mayoría de edad se adquiere ahora desde los 18 años, consideramos acertada esta disposición del artículo 646 del Código Civil vigente, para el Distrito Federal, ya que es posible esta responsabilidad, gracias al desarrollo cultural de nuestro pueblo, que no es el óptimo, pero sí es mejor al de hace algunos lustros. Es el artículo 478, de la Ley Sobre Relaciones Familiares el que ratifica nuestro criterio al indicar: "La mayor edad comienza a los 21 años cumplidos".

Sin embargo, esta Ley reflejó el carácter paternalista medieval, protector de la mujer mexicana. Cuando establece en su artículo 479 que: "El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes. Sin embargo, las mujeres mayores de 21 años, pero menores de 30, no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre o de la madre, en cuya compañía se hallen, si no fuere para casarse, o cuando el padre o la madre hayan contraído nuevo matrimonio o ésta observare mala conducta".

Esta protección se explica, si tomamos en consideración, que sólo las mujeres de padres económicamente ricos, eran las únicas que tenían la oportunidad de prepararse intelectualmente; ya que se consideraba que la mujer del pueblo sólo servía para llenarse de hijos y casarse o viceversa, para el engrandecimiento de la patria, que traía hijos desheredados. De esto deducimos la justificación de la protección legal de la mujer mexicana.

Otro aspecto interesante de la legislación que tenemos en estudio, es la relativa al divorcio. Si recordamos que fue Don Venustiano Carranza quien modificara la ley de 1874, en el sentido de permitir la disolución del vínculo matrimonial, dejando en aptitud a los consortes para contraer otro, podemos entender que la Ley en estudio, producto del pensamiento progresista de Carranza lo admitió, ratificán--dolo en su artículo 75, el que dispuso: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

Trátase ya no de una simple separación de cuerpos, sino del divorcio vincular en México, es decir, del acto por medio del cual se disuelve el vínculo del matrimonio, y deja a los cónyuges en aptitud de contraer uno nuevo. Este paso, era necesario en México, y se dio desde el año de 1914, con la Ley de Don Venustiano Carranza de la que ya hemos hablado.

Como lo hemos asentado, el divorcio lo entendemos como un mal, un daño a la organización familiar, pero es menos dañoso el disolver un matrimonio que ya no puede seguir unido, por innumerables motivos, que obligar a los cónyuges a seguir unidos en contra de su voluntad y, consiguientemente dejar que estos cónyuges frustren a sus hijos que nada de culpa tienen de los errores de sus padres, por eso el divorcio, se presentó como una necesidad a regular, por ello tuvo que regularse, pero, creemos que hemos caído en los extremos, permitiendo el divorcio voluntario administrativo, regulado por nuestro actual Código Civil para el Distrito Federal, autorizando a un empleado del gobierno como lo es el "Juez del Registro Civil" al cual ni siquiera se le exige tener la licenciatura en Derecho para desempeñar su cargo. No es posible, que dejemos un asunto de interés superior en manos de gente que no está preparada para resolver problemas tan delicados como los familiares, y concretamente el que tratamos. No podemos permitir, que los problemas de Derecho Familiar sean "resueltos" burocráticamente. Por lo que no admitimos este divorcio, que además, no es más que la copia de una disposición francesa del Directorio, en tiempos de la Revolución, la que ameritaba este precepto.

La Ley Sobre Relaciones Familiares, estableció como causales de divorcio las siguientes, de acuerdo con el artículo 76, dijo:

"Son causas de divorcio:

- I.- El adulterio de uno de los cónyuges;
- II.- El hecho de que la mujer de a luz durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;
- III.- La perversión moral de alguno de los cónyuges, demostrada por actos del marido para prostituir a la mujer, no sólo cuando lo haya hecho directamente, sino también cuando haya recibido cualquiera remunera-

ción con el objeto expreso de que otro tenga relaciones ilícitas con ella, por la incitación o la violencia de uno de los cónyuges al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal; por el conato de cualquiera de ellos para corromper a los hijos o la simple tolerancia en su corrupción, o por algún otro hecho inmoral tan grave como los anteriores;

- IV.- Ser cualquiera de los cónyuges incapaz para llenar los fines del matrimonio, o sufrir sífilis, tuberculosis, enajenación mental incurable, o cualquiera otra enfermedad crónica incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria;
- V.- El abandono injustificado del domicilio conyugal por cualquiera de los consortes, durante seis meses consecutivos;
- VI.- La ausencia del marido por más de un año, con abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio;
- VII.- La sevicia, las amenazas o injurias graves o los malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que éstos y aquéllas sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida común;
- VIII.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;
- IX.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito por el cual tenga que sufrir una pena de prisión o destierro mayor de dos años;
- X.- El vicio incorregible de la embriaguez;
- XI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible en cualquiera otra circunstancia o tratándose de persona distinta de dicho consorte, siempre que tal acto tenga señalado en la ley una pena que no baje de un año de prisión;
- XII.- El mutuo consentimiento".

Estas fueron las causales admitidas, como se ve, pueden muchas de ellas ser tratadas con independencia, como la fracción III, que prevé más de dos causales. Esto sería corregido en parte por el legislador del Código Civil vigente en el Distrito Federal. Puesto que tampoco separó las causales en forma debida, ya que contempla más de 26 causales en vez de 17, como lo prevé el artículo 267 del citado ordenamiento jurídico.

Así pues, esta Ley representa el gran avance en materia familiar, la preocupación sincera de dotar a las instituciones familiares de un ordenamiento jurídico propio, acorde a la independencia del interés tutelado en Derecho Familiar. Se logró con esta Ley, verbigracia, el rompimiento del gran obstáculo para los hijos naturales, pues, permitió la legitimación de los mismos. Otra innovación fue el régimen de separación de bienes, otorgando a la mujer plena administración sobre los suyos. Otorgó a la mujer igualdad en derecho - obligación que implica el ejercicio de la patria potestad. Ciertamente no permitió la investigación de la paternidad y maternidad, salvo los casos ya comentados de rapto o violación. Y posesión de estado de hijo, natural.

Esta fue, grosso modo, la esencia de la Ley Sobre Relaciones Familiares de 9 de abril de 1917, la que hemos demostrado, representa un gran avance en materia familiar, con ella debió crearse el Primer Código Familiar del Distrito Federal, y las consiguientes leyes adjetivas o de procedimiento en materia de Derecho Familiar. Sin embargo nuestro legislador prefirió copiar la Ley Sobre Relaciones Familiares, e introducir algunas cuestiones, como veremos en nuestro apartado siguiente.

Así, esta Ley Sobre Relaciones Familiares se dio con independencia, con autonomía del Código Civil de 1884, como hemos probado. Esta es una prueba más, de que tratando a la materia del Derecho Familiar en forma autónoma, independiente, el legislador se preocupa verdaderamente del bien jurídicamente tutelado. No consideramos positivo, sin embargo, que el legislador de 1928 la haya abrogado, y posteriormente en su trabajo, es decir en el Código Civil que creó, la haya resumido perjudicándola notablemente.

Fuera de esto, el legislador debió dar el otro gran paso mexicano: Legislar con apoyo en la Ley Sobre Relaciones Familiares el Primer Código Familiar del Distrito Federal, que hubiese provocado la definitiva protección de la familia en

nuestro país, hubiese roto una vez más como en el glorioso año de 1917, cuando nuestro Constituyente rompió los moldes tradicionales del Derecho Constitucional otorgando en nuestra Carta Magna la protección tan necesaria a nuestros trabajadores, campesinos, etc., con un sentido verdaderamente socialista y progresista. En fin no perdemos la esperanza que el eco de los catedráticos universitarios, jueces, ministros, estudiantes que deseamos la verdadera protección a núcleo tan importante, se haga escuchar, para crear y otorgar dicha independencia.

Representa pues, además, un argumento más, el legislativo, según Guillermo Cabanellas, para sostener la autonomía del Derecho Familiar, tema principal de nuestra breve investigación.

Siguiendo nuestro plan trazado a lo largo de nuestro estudio, trataremos de observar la labor del legislativo de 1928, en cuanto a nuestro Código Civil vigente en el Distrito Federal, pues como sabemos, no existen ya, en nuestro país Territorios de la Baja California, pues afortunadamente éstos se han convertido en Estados de nuestra República Mexicana.

Antes de pasar al siguiente apartado de nuestro estudio, deseamos dejar asentado, que nuestro Constituyente de 1917, marcó la pauta a seguir en materia familiar, otorgando a la familia el valor que tiene, así, verbigracia, el artículo 4º Constitucional expresa: "El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

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

—posteriormente se reformó este precepto agregándosele—

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".

Otros artículos importantes en esta materia lo son, el 3º, el artículo 27 fracción XVII, inciso g), el que expresa: "Las leyes locales organizarán el patrimonio de familiar, determinando los bienes que deben constituirlo, sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo ni a gravamen ninguno".

El artículo 123, en razón de las madres trabajadoras, los salarios, etc.

Con estos principios jurídicos supremos, nuestro Constituyente ha querido otorgar la base sólida de una buena estructura familiar. Compete ahora a las leyes secundarias terminar la tarea.

Quede asentado que sólo hemos hecho mención de algunos preceptos constitucionales importantes en materia familiar.

Con estas bases nos disponemos a observar el contenido del Código Civil vigente en el Distrito Federal.

#### 10.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1928.

##### HOY CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1928.

El motivo del cambio de título, ya lo hemos expresado anteriormente, los dos territorios de las Baja Californias, se han convertido en Estados libres y soberanos. Por este motivo, ya no existen territorios, y consiguientemente, el título del Código Civil para el Distrito Federal, es el debido. Y es el que utilizamos.

Consideramos necesario, para mejor entender a nuestro Código Civil vigente, recordar algunas consideraciones que el legislador de este Código hizo al redactarlo, y observar si realmente esta exposición de motivos fue o no realizada, en dicho ordenamiento jurídico.

Así, los redactores del Código aseveraron: "...La profunda transformación que los pueblos han experimentado a consecuencia de su desarrollo económico de la preponderancia que ha adquirido el movimiento sindicalista, del crecimiento de las grandes urbes, de la generalización del espíritu democrático, de los nuevos descubrimientos científicos realizados, y de la tendencia cooperativa cada vez más acentuada, han producido una crisis en todas las disciplinas sociales y el derecho que es un fenómeno social, no puede dejar de sufrir las influencias de esa crisis. El cambio de las condiciones sociales de la vida moderna, impone la necesidad de renovar la legislación y el derecho civil, que forma parte de ella no puede permanecer ajeno al colosal movimiento de transformación que las sociedades experimentan" (126).

(126).- "Código Civil para el D. F." Vigente. Edit. Porrúa, S. A. Méx. 1980. Pág. 7.

no nos gusta que el legislador haya creado un Código Civil tradicionalista, en cuanto a meter al Derecho Familiar en el Civil, restando gran socialidad al mismo, debió haber dictado el Código Familiar para el Distrito Federal, no protegió a la familia como lo estableció en su exposición de motivos, pues faltó mayor solidaridad invocada en la misma exposición.

No se ha logrado el objetivo de la socialización del Derecho planteada por los mismos legisladores, cuando aseveraron: "socializar el derecho, significa extender la esfera del derecho del rico al pobre, del propietario al trabajador, del industrial al asalariado, del hombre a la mujer, sin ninguna restricción de exclusivismo. Pero es preciso que el derecho no constituya un privilegio, o un medio de dominación de una clase sobre otra"<sup>(127)</sup>, para nosotros, desgraciadamente ese objetivo no se ha logrado, puesto que, el derecho se ha convertido en un instrumento de dominio para las clases poderosas del país, oprimiendo cada vez más al débil, lo que debe cambiar, debe darse la verdadera distribución equitativa de la riqueza, no palabras, el pueblo quiere ahora más que nunca, hechos, desea la respuesta de legisladores conscientes de la realidad social, quizás sea la última oportunidad de lograr la socialización anhelada, pues ésta, pensamos, es la solución a la convivencia humana.

Nuestra proposición obedece a la situación que aqueja al individuo pobre, al miserable que no se ha podido preparar en una escuela superior, por tener la imperiosa necesidad de alimentar a sus hijos, a sus padres, etc. Entiéndase no podemos olvidar esta realidad, ella pesa sobre nosotros,, debemos coronar esa bondad del hombre humilde, que lo ha dado todo por la patria, que no ha vacilado en tomar las armas cuando la nación lo demanda.

Por ellos y por lo que hemos dejado asentado, luchamos, y buscamos la independencia del Derecho Familiar respecto al Civil. Porque además consideramos que de esta manera será tratado el Derecho Familiar en forma adecuada.

La parte final de esta exposición de motivos reza: El pensamiento capital que informa el proyecto puede expresarse brevemente en los siguientes términos:

(127).- Ibidem. Pág. 9

Amonizar los intereses individuales con los sociales, corrigiendo el exceso de individualismo que impera en el Código Civil de 1884" (128).

Algunas de las principales reformas que contiene este Código Civil de 1928, son las siguientes:

En cuanto al libro de "las personas", se equiparó la capacidad jurídica del hombre y la mujer, estableciéndose que ésta no quedaba sometida, por razón de su sexo, a restricción legal alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos. Como consecuencia de esta equiparación se otorgó a la mujer domicilio propio; se dispuso que tuviera en el matrimonio autoridad y consideraciones legales iguales al marido y que, por lo mismo, de común acuerdo arreglaran todo lo concerniente a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes de éstos.

Se estableció que la mujer pudiera, sin autorización marital, servir un empleo, ejercer una profesión o industria, o dedicarse al comercio, con tal que no descuidara la dirección y los trabajos que le corresponden en el hogar, venciéndose en esto el obstáculo que la mujer tenía en tal sentido.

Asimismo la mujer al llegar a la mayoría de edad tiene la libre disposición de su persona y de sus bienes, estando, además, legalmente capacitada para celebrar toda clase de contratos. No pierde la patria potestad sobre los hijos de los matrimonios anteriores, aún cuando contraiga segundas o posteriores nupcias.

Estableciendo la equiparación del hombre y la mujer como una necesidad, "en vista de la fuerza avrolladora que ha adquirido el movimiento feminista. Actualmente la mujer ha dejado de estar relegada exclusivamente al hogar; se le han abierto las puertas para que se dedique a todas las actividades sociales, y en muchos países toma parte activa en la vida política. En tales condiciones, era un contrasentido la reducción de su capacidad jurídica en materia civil, sustentada por el código anterior" (129). Hasta cuando se da cuenta el legislador de esto. Por esto, queremos, que el Derecho Familiar sea tratado en forma independiente, para no conservar errores ancestrales.

(128).- Opus Cit. Pág. 10.

(129).- Ob. Cit. Pág. 12.

Así pues, el legislador del 28, se preocupó más por la mujer mexicana otorgándole iguales derechos que al hombre, en forma racional. Pues la mujer es tan capaz como el hombre.

Se dispuso que en el Registro Civil se levantaran actas relativas a la adopción, ya que la Ley Sobre Relaciones Familiares, las adopciones la asentaba o se asentaban, por falta de actas especiales en las actas o libros destinados a las de reconocimiento de hijos naturales. Por lo que en este caso el legislador del 28, únicamente completó la Ley que comentamos anteriormente, es decir, la Ley Sobre Relaciones Familiares. Asimismo, se dispuso se levantaran actas relativas a divorcio, ausencia, presunción de muerte y pérdida de la capacidad legal para administrar bienes, porque estas instituciones jurídicas constituyen verdaderos estados civiles, y se puso la institución del Registro Civil bajo la vigilancia del Ministerio Público.

"Se obligó a que, al contraerse matrimonio, forzosamente pactaran los cónyuges acerca de si establecían comunidad o separación de bienes, procurándose por este medio garantizar debidamente los intereses de la esposa en el momento más propicio, cuando el hombre desea hacerla la compañera de su vida. De esta manera, se combaten prejuicios muy arraigados que impiden, por falsa vergüenza o mal entendida dignidad, tratar de asuntos pecuniarios cuando se funda una familia, que imperiosamente exige muchos y continuados gastos"<sup>(130)</sup>. Aquí, tenemos por la propia voz del legislador, el por qué de la obligación de pactar los cónyuges las capitulaciones matrimoniales, pero esto, NO LE DA AL MATRIMONIO EL CARACTER DE CONTRATO, sino que obedece esta exigencia a lo asentado por el legislador, además, el objeto del matrimonio o los fines del mismo NO SON, NI PUEDEN SER, de carácter pecuniario, esta situación es bien secundaria en materia familiar. Por lo que asentamos nuevamente que el matrimonio no es contrato.

En cuanto a los hijos, se procuró darles iguales derechos, pues se consideró que era una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de los errores de sus padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo que ninguna culpa tienen; se ampliaron asimismo los casos de la investigación de la paternidad, porque los hijos tienen derecho a saber quienes los trajeron al mundo, de pedir que sus autores les proporcionen los medios de vivir.

(130).- *Ibidem.* pp. 15 y 16.

Se concedió al hijo nacido fuera de matrimonio el derecho de investigar quién es su madre, y se estableció en favor de los hijos nacidos de concubinato la presunción de ser hijos naturales del concubinario y de la concubina. Aquí, el legislador vuelve a diferenciar a los hijos.

En cuanto al concubinato, estableció que "Hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar la familia: el concubinato. Hasta ahora se habían quedado al margen de la ley los que en tal estado vivían; pero el legislador no debe cerrar los ojos para no darse cuenta de un modo de ser muy generalizado en algunas clases sociales, y por eso en el proyecto se reconoce que produce algunos efectos jurídicos el concubinato, ya en bien de los hijos, ya en favor de la concubina, que al mismo tiempo es madre, y que ha vivido por mucho tiempo con el jefe de la familia. Estos efectos se producen cuando ninguno de los que viven en concubinato es casado, pues se quiso rendir homenaje al matrimonio, que la comisión considera como la forma legal y moral de constituir la familia, y si se trunca del concubinato, es como se dijo antes, porque se encuentra muy generalizado, hecho que el legislador no debe ignorar".

Consideramos, sin embargo, que esta institución no se reguló debidamente, pues mejor debió el legislador establecer, además de lo que realizó, establecer un lapso de tiempo prudente, para que las personas que vivieran en este estado de concubinato, el mismo se elevara al matrimonio, claro que tendría que establecerse medios de pruebas para esto. Pero sería una manera positiva de resolver problema tan delicado.

Así, el legislador dejó trunca la materia de concubinato, otorgando a los hijos de la concubina, derechos y a ésta el derecho a la sucesión cubriendo ciertos requisitos.

Al regular sobre la materia de divorcio, se admitió el llamado divorcio administrativo, poniendo las bases para terminar con la unidad familiar pues consideramos un grave error del legislador esta forma de disolver a la familia.

El legislador consideró al respecto: "Se estableció una forma expedita para obtener el divorcio por mutuo consentimiento, cuando los cónyuges son mayores de edad, no tienen hijos y de común acuerdo liquidan la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron. En tales condiciones, los cónyuges no necesitan recurrir a

la autoridad judicial para que decreta el divorcio, sino que personalmente se presentarán ante el oficial — ahora juez — del Registro Civil del lugar de su domicilio y, previa identificación de los consortes y comprobación de las circunstancias que se han mencionado, el mismo registrador los declarará divorciados, levantándose el acta correspondiente". Además de esto, estableció: "El divorcio en este caso sólo perjudica directamente a los cónyuges — y le parece muy poco esto —, que obran con pleno conocimiento de lo que hacen, y no es necesario para decretarlo que se llenen todas las formalidades de un juicio". Para ¿qué?, si es cosa común el crear y destruir una familia, ¿verdad?. Y además agregó: "Es cierto que hay interés social en que los matrimonios no se disuelvan fácilmente; pero también está interesada la sociedad en que los hogares no sean focos constantes de disgustos y en que, cuando no están en juego los sagrados intereses de los hijos, o de terceros, no se dificulte innecesariamente la disolución de los matrimonios, cuando los cónyuges manifiestan su decidida voluntad de no permanecer unidos"<sup>(131)</sup>. Respetamos la forma de pensar del legislador, más no la compartimos, pues, no consideramos, en principio de razonamiento que un registrador pueda desempeñar un papel importante, en cuanto a orientación a los cónyuges jóvenes, para tratar de evitar ese desenlace.

En fin, por lo que consideramos que el divorcio no debe encomendarse a este titular del Registro Civil, debería de desaparecer esta forma de disolución matrimonial, o por lo menos dejarla en manos de un verdadero juez familiar.

En cuanto a la tutela, se dejaron huecos que no se cubrieron, no en cuanto al número de artículos, sino en cuanto al fondo y la esencia de la Institución, pues es evidente que el legislador se preocupó más por los bienes del tutelado, que de su persona, en contra de lo que estableció en la exposición de motivos respecto a este tema. Además, no se crearon las suficientes Instituciones tendientes al desarrollo y protección de los menores, sobre todo, de los que carecen incluso de padres.

Esta fue, en términos generales, el contenido más importante de la exposición de motivos, en materia familiar, del legislador del Código Civil vigente, en el Distrito Federal. Consideramos, que se lograron, pese a lo sostenido con anterioridad, ciertos adelantos en materia Familiar, sin embargo, no estamos de acuerdo con la abrogación de la Ley Sobre Relaciones Familiares, al entrar en vigor el Código Civil actual, puesto que se copiaron varios artículos de ella, y lo hicieron mal, debieron dotar al país del Primer Código Familiar local, para el Distrito Federal.

(131).- Exposición de Motivos del Código Civil del 28. Colección Porrúa, Méx. 1980. Pág. 17.

Sobre todo, va nuestra crítica al hecho de que el legislador volvió a incluir al Derecho Familiar como parte del Derecho Civil. En último recurso, debió fortificar a la Ley Sobre Relaciones Familiares, pero siempre dejando al Derecho Familiar en forma independiente del Civil.

Consideramos, pues, que en materia familiar el Código Civil del 28, casi copió la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.

Ahora, pasamos a hacer algunos comentarios acerca de algunas disposiciones de nuestro Código Civil vigente.

En cuanto a los requisitos para contraer matrimonio el artículo 148 del ordenamiento en estudio, establece: "Para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce. El Jefe del Departamento del Distrito Federal, o los Delegados, según el caso, pueden conceder dispensas de edad por causas graves y justificadas". Este artículo lo copió el legislador del 28, de la disposición del artículo 18 de la Ley Sobre Relaciones Familiares.

Así, se infiere que a esta edad se puede contraer matrimonio, con el consentimiento de los padres o de quienes estén autorizados por la ley a otorgarlo. Y están facultados a darlo en nuestro derecho: los padres, el padre o madre superviviente, los abuelos paternos, o alguno de ellos, los abuelos maternos, tutores o Jefe de lo Familiar de la residencia del menor, esto último de acuerdo con los artículos 149 y 150 del Código Civil para el Distrito Federal, vigente. Estos artículos son la copia del artículo 19 de la Ley Sobre Relaciones Familiares. Y establece el actual artículo 149 que: "El hijo o la hija que no hayan cumplido dieciocho años, no pueden contraer matrimonio sin consentimiento de sus padres".

Como observamos únicamente cambia la edad, ya que el actual Código la ha reducido a 18 años, edad en la que se adquiere la mayoría. Esta fue una reforma realizada en el gobierno del Presidente Gustavo Díaz Ordaz.

Quedando el artículo 646 del actual Código en los términos siguientes:

"La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos".

A diferencia de la Ley Sobre Relaciones Familiares que la estableció en 21 años cumplidos.

La reforma obedeció a la superación lógica en materia de educación, superación, etc., que obligaron al legislador a establecerla en 18 años.

De tal suerte, e interpretando el artículo 149 del Código Civil a contrario sensu, podemos deducir que: "El hijo o la hija que hayan cumplido dieciocho años pueden contraer matrimonio sin consentimiento de su padre o de su madre...".

El artículo 156 del Código Civil, es una copia del artículo 17 de la Ley de Relaciones Familiares. Que se refiere a los impedimentos para celebrar el matrimonio. Agregando, como innovación el impedimento que establece la fracción V, del artículo 156 del Código Civil: "Fracc. V. El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado", así como también se introdujeron "el idiotismo y la imbecilidad", producto de la fracción IX, del Código Civil.

También se dio como impedimento subsanable, el señalado en el artículo 157 del Código Civil, que manda: "El adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes, en tanto que dure el lazo jurídico resultante de la adopción". Consideramos negativo, el hecho de que el legislador permita el matrimonio entre adoptante y adoptado, la adopción no es un contrato, suponemos que con esta Institución se desea establecer una relación familiar, no contractual, ya que creemos que los sentimientos que han movido, principalmente al adoptante a la adopción, es el sentimiento paternalista, además, creemos que el legislador debió reflexionar más y debió prohibir totalmente la celebración de este matrimonio entre el adoptado y el adoptante. Veamos: El Artículo 390 del mismo Código Civil, dispone: "El mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado, aún cuando éste sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado y que acredite además:

- I.- Que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia y educación del menor o al cuidado y subsistencia del incapacitado, como de hijo propio, según las circunstancias de la persona que trata de adoptar;
- II.- Que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse;
- III.- Que el adoptante es persona de buenas costumbres.

Cuando circunstancias especiales lo aconsejen, el juez puede autorizar la adopción de dos o más incapacitados o de menores e incapacitados simultáneamente".

Además el artículo 395 dice: "El que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de las personas y bienes de los hijos.

El adoptante podrá darle nombre y sus apellidos al adoptado, haciéndose las anotaciones correspondientes en el acta de adopción".

Y el artículo siguiente establece: "Art. 396. El adoptado tendrá para con la persona o personas que lo adopten los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo".

Pues bien, ¿Cuál ha sido la intención del legislador con estos artículos? Consideramos, porque lo vemos plasmado en los mismos textos jurídicos transcritos, que ha querido establecer vínculos familiares, de parentesco, entre adoptado y adoptante, por lo que consideramos que ha sido un error permitir el matrimonio entre dos personas que han tenido estos vínculos jurídicos: debió el legislador poner un freno en este aspecto, porque además se corre el riesgo que gente sin escrúpulos después de haber logrado la adopción, inicie por influir tanto sobre la persona del adoptado, hasta lograr el consentimiento de éste para el matrimonio, bastando, que el adoptante, cómodamente solicite la disolución del lazo jurídico de la adopción para lograr el pretendido matrimonio, que seguramente traerá como consecuencia la frustración del ex adoptado.

Debió considerar además, que si está otorgando entre estas personas, una relación de padre - hijo, o madre - hijo - a, debió por lo mismo impedir el susodicho matrimonio. Aún cuando este lazo jurídico termine, puesto, que, consideramos que los afectos hijo - paternos continúa, no terminan, salvo que, principalmente, el adoptante sea un enfermo o haya actuado desde el momento de la adopción o después de ella, de mala fe. He aquí el peligro para la persona del adoptado, que el legislador no contempló, pero que sería conveniente rectificara.

En cuanto a otro capítulo del comentado Código Civil, tenemos el relativo a los derechos y obligaciones que se producen con el hecho del matrimonio. Observa

mos que el legislador volvió a copiar el artículo 43 de la Ley Sobre Relaciones Familiares en el artículo 167 del Código Civil, que en un principio decía: "El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo tanto, de común acuerdo arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan.

En caso de que el marido y la mujer no estuvieren conformes sobre alguno de los puntos indicados, el juez de lo civil correspondiente procurará averarlos, y si no lo lograre, resolverá, sin forma de juicio, lo que fuere más conveniente a los intereses de los hijos". Posteriormente este artículo fue reformado por Decreto de 5 de marzo de 1971, publicado en el "Diario Oficial de la Federación" de 24 del mismo mes y año, en vigor desde el día 15 de junio de 1971. Cambiándosele únicamente lo relativo a: "...el juez de lo civil", por "...el Juez de lo Familiar". Pues se crearon los juzgados familiares, que vinieron a ayudar a una mejor organización familiar. Dotándose a la familia de tribunales propios.

Posteriormente se derogó este artículo 167 del Código Civil y se resumió el texto que había sido copiado de la Ley Sobre Relaciones Familiares en el artículo 168 del Código, que es el vigente y que a la letra ordena: "El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente".

Se otorgó, por disposición del artículo 169, un derecho más a la mujer, en el sentido de que ésta puede desempeñar un empleo, ejercer una profesión, industria, oficio o comercio, cuando ello no perjudique a la misión que le impone el artículo anterior, ni se dañe la moral de la familia o la estructura de ésta. Este derecho lo consiguió la mujer desde el decreto de 31 de diciembre de 1953. Ya que se seguía anteriormente aplicando la restricción que contenía o contiene el artículo 44 de la Ley de Relaciones, el cual sólo permitía estos derechos a la mujer previa la autorización de su marido. Posteriormente este artículo fue nuevamente reformado con motivo del año Internacional de la mujer de 1975, refiriéndose ahora a que: "Los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad excepto las que dañen la moral de la familia o la estructura de ésta...". Se refiere el actual artículo a "los cónyuges", dando igualdad jurídica a la mujer respecto del hombre, en la relación matrimonial.

Y en todos los campos. Desgraciadamente, en algunos aspectos se exageró, desprotegiendo realmente a la mujer.

Así, la ley se refiere ahora en vez de "la mujer..." establece "los cónyuges...".

El legislador del 28, no se preocupó ya por definir al matrimonio, como sí lo hizo la Ley Sobre Relaciones Familiares en su artículo 13, éste dice: "El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". Así lo definió la Ley de Relaciones, el legislador del 28, únicamente aludió que el matrimonio es un contrato, cuando en el artículo 178 expresa: "El contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes". Y antes en el artículo 146 dice: "El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades que ella exige". Consideramos un mal proceder el hecho de que el legislador al crear una Institución no inicie con lo elemental como es decir que debe entenderse por esa Institución que crea. Consideramos que el mundo jurídico progresaría bastante en cuanto a la técnica jurídica, es decir, a la interpretación de la Ley. Hoy día, no creemos que ningún tratadista sostenga que el matrimonio es un contrato.

Además, el legislador del 28 otorgó, sin antecedentes en la Ley de Relaciones, la administración de los bienes de los menores casados, pero con el impedimento de enajenarlos, gravarlos o hipotecarlos sin la autorización judicial correspondiente, además de necesitar un tutor para sus negocios judiciales, de acuerdo con el artículo 173 del Código Civil.

En el capítulo correspondiente a la sociedad conyugal, el legislador de 1928, estableció respecto de las capitulaciones matrimoniales consignadas en el artículo 189, del actual Código Civil, las fracciones II, VI y IX, adicionándolas a las disposiciones establecidas en el artículo 1986 del Código Civil de 1884. Que se refieren, las citadas fracciones a: "189. Las capitulaciones matrimoniales en que se establezca la sociedad conyugal, deben contener: Fracc. II. La lista especificada de los bienes muebles que cada consorte introduzca a la sociedad; VI. La declaración de si el producto del trabajo de cada consorte corresponde exclusivamente al que lo ejecutó, o si debe dar participación de ese producto al otro consorte y en qué proporción; IX. Las bases para liquidar la sociedad".

Los mencionados preceptos aluden en general a los bienes de la sociedad conyugal, a la manera de repartirse los productos de ella y a la forma de liquidar la sociedad.

En el mismo capítulo, el legislador del 28, dispuso que: "Art. 178. El contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes". Sin embargo, no son estas únicas capitulaciones matrimoniales que acepta, puesto que también acepta el régimen mixto aún cuando no lo dice en forma clara. Define a las capitulaciones matrimoniales como los pactos que los esposos celebran para constituir la sociedad conyugal de bienes o la separación de bienes y reglamentar la administración de éstos en uno y otro caso. De acuerdo con el artículo 179, del mismo Código.

Sostenemos que el Código Civil acepta la capitulación matrimonial de régimen mixto, cuando en el artículo 189, respecto de éstas en que se establece la sociedad conyugal, especifica en su fracción IV que: "Art. 189. Las capitulaciones matrimoniales en que se establezca la sociedad conyugal, deben contener: Fracc. IV. La declaración expresa de si la sociedad conyugal ha de comprender todos los bienes de cada consorte o sólo parte de ellos, precisando en este último caso cuáles son los bienes que hayan de entrar a la sociedad". De lo que probamos que existe y se permite el régimen mixto, en nuestra legislación positiva y vigente.

Además el artículo 208 del mismo ordenamiento jurídico nos ratifica la posición cuando asevera: "La separación de bienes puede ser absoluta o parcial. En el segundo caso, los bienes que no estén comprendidos en las capitulaciones de separación, serán objeto de la sociedad conyugal que deben constituir los esposos".

Nuestra posición queda clara con estos preceptos transcritos.

Se dio, en tratándose de otro capítulo, la modificación o reforma en cuanto a la edad, en lo relativo al capítulo de los matrimonios nulos e ilícitos. Así, el artículo 237 reformado expresa: "La menor edad de dieciséis años en el hombre y de catorce en la mujer dejará de ser causa de nulidad:

I.- Cuando haya habido hijos;

II.- Cuando, aunque no los haya habido, el menor hubiere llegado a los dieciocho años; — antes de la reforma era a los 21 años— y ni él ni el otro cónyuge hubieren intentado la nulidad". Su antecedente es el Art. 108, de la Ley Sobre Relaciones Familiares.

Otras modificaciones del legislador del 28, son el artículo 243 al indicar: "La acción de nulidad que nace de la causa prevista en la fracción V del artículo 156 podrá deducirse por el cónyuge ofendido o por el Ministerio Público en el caso de disolución del matrimonio anterior por causa de divorcio; y sólo por el Ministerio Público, si este matrimonio se ha disuelto por muerte del cónyuge ofendido.

En uno y en otro caso, la acción debe intentarse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio de los adúlteros".

Asimismo, el artículo 256 del Código Civil vigente dispone: "Si ha habido buena fe de parte de uno solo de los cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles únicamente respecto de él y de los hijos.

Si ha habido mala fe de parte de ambos consortes, el matrimonio produce efectos civiles solamente respecto de los hijos".

Por lo que aseveramos que el Derecho Familiar posee su propio régimen de nulidades. Siendo completamente distinto al régimen de nulidades, propio del Derecho Civil. Aquí, en el Derecho Familiar, no podemos pensar en una rescisión, en virtud de la cual una de las partes se vea obligada al pago de daños y perjuicios del derecho civil. Puesto que en materia familiar dichas nulidades son especiales, no podemos pensar en el pago de cierta cantidad por uno de los cónyuges como reparación del daño para con los hijos, definitivamente que no, puesto que éstos siempre tendrán, con los requisitos previstos por la ley del Derecho Familiar, derechos que no pueden ser objeto de transacciones entre los cónyuges. Pues son de orden público, dice la ley, nosotros aseveramos que son de interés superior.

Por tanto en materia de Derecho Familiar, no podemos aplicar el régimen de nulidades que se aplica en materia de contratos, en materia civil, decimos en materia civil, puesto que no aceptamos que las instituciones del Derecho Familiar pertenecan al Derecho Civil, así, pues, el Derecho Familiar tiene su propio régimen de nulidades, distinto al que posee el Derecho Civil.

Hemos ido comprobando que el legislador del 28, copió en gran parte la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, por ello, insistimos en que debió crear el Código Familiar para el Distrito Federal. Como en la actualidad algunos países poseen Códigos Familiares propios, como Polonia, Rusia, etc. Pero no tanto por estos primeros pasos del Derecho Familiar a nivel Internacional, sino porque en nuestro país es ya necesario tener dicho Código Familiar, pues constituye un nuevo género dentro del campo jurídico. Su interés jurídicamente tutelado es diferente al que persigue el Derecho Civil tradicional. Sus Instituciones son perfectamente distintas a las del Derecho Civil. Posee tribunales propios desde el 24 de marzo de 1971, en que Luis Echeverría creara los Juzgados y jueces Familiares, entrando en vigor esta reforma el 15 de junio del mismo año. Creándose originariamente seis juzgados, posteriormente fueron 23 en el Distrito Federal, ahora cada Entidad Federativa posee cuando menos un Juzgado Familiar. Ciertamente es un primer paso, pero dado.

Con todo esto y no tenemos un Código Familiar, ni su respectivo ordenamiento adjetivo o de procedimiento familiar.

El Derecho Familiar tiene procedimientos propios, que no se han independizado del Código Civil. Pero que deben independizarse.

En fin, continuemos en el análisis de las breves aportaciones del legislador de 1928, en materia familiar.

Así, y en tratándose de divorcio, sumó a las causales establecidas por la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917 y el Código Civil de 1884, la fracción X del artículo 267, relativo a las causales de divorcio, la cual afirma: "Art. 267. Son causas de divorcio:

Fraacc. X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia". Este artículo contempla 26 causales de divorcio. Pero sólo las enumera en XVII.

De acuerdo con el artículo 278 de nuestro Código Civil vigente, el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro del plazo de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su conocimiento los hechos en que se funde la demanda.

Este mismo plazo tiene el cónyuge para presentar su demanda de divorcio cuando la funde en la causal del adulterio, contados a partir del momento que tuvo conocimiento del mismo. Ahora existe plena igualdad de derechos para ambos cónyuges, pues antes se favorecía al esposo, en cuanto a esta causal, ya que el adulterio cometido por la mujer, siempre era causa de divorcio, de acuerdo con el artículo 77 de la Ley Sobre Relaciones Familiares, y según el mismo artículo, para que el adulterio del esposo pudiera ser causa de divorcio, se requería que en él concurrieran alguna de las circunstancias siguientes:

- I.- Que el adulterio haya sido cometido en la casa común;
- II.- Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal;
- III.- Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima;
- IV.- Que la adúltera haya maltratado, de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos, a la mujer legítima.

Así, lo contemplaba la Ley de Relaciones Familiares, entendiéndolo el legislador de esta Ley de 1917 al concubinato en una forma diferente a como lo tenemos legislado. Ya que no concebimos que pueda existir adulterio entre personas no casadas, como lo establece la institución del concubinato, en nuestro actual Código. Ya que para que pueda existir concubinato es requisito indispensable que ambos hayan permanecido libres de matrimonio, de acuerdo con el artículo 1635 del Código Civil. En fin, lo importante es que se dio plena igualdad en esto a la mujer y este último precepto no fue utilizado por nuestro legislador.

Asimismo, el artículo 267, que habla de causas de divorcio, en su última fracción: "XVII. El mutuo consentimiento". Establece esta causal para disolver dicho matrimonio. Y el artículo 274, establece que: "El divorcio por mutuo consentimiento no puede pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio". Sin embargo este artículo no es aplicable al divorcio administrativo que prevé el artículo 272, el cual puede disolver fácilmente y sin necesidad de este plazo el ma

trrimonio, es decir, la Institución creadora de la Familia. Este Artículo manda: "Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el juez del registro civil del lugar de su domicilio; comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse.

El juez del registro civil -- denominación que recibió por la reforma de Luis Echeverría del año de 1973-- , previa identificación de los consortes, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación, el juez del registro civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces aquéllos sufrirán las penas que establezca el código de la materia.

Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles".

Como se ve se comprueba lo sostenido por nosotros, con la simple lectura de este artículo.

Insistimos, este tipo de divorcio debe suprimirse o reestructurarse desde sus cimientos.

Otro artículo exclusivo del legislador de 1928 es el artículo 271: "Para que pueda pedirse el divorcio por causa de enajenación mental que se considere incurable, es necesario que hayan transcurrido dos años desde que comenzó a padecerse la enfermedad".

"Respecto al divorcio, el artículo 291 del Código Civil fue reformado por Decreto de 5 de marzo de 1971, publicado en el "Diario Oficial" del 24 del mismo mes y año, en vigor el día 15 de junio de 1971, como sigue:

"Ejecutoriada una sentencia de divorcio, el Juez de lo Familiar remitirá copia de ella al Oficial —ahora juez— del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio, para que levante el acta correspondiente y, además, para que publique un extracto de la resolución, durante quince días, en las tablas destinadas al efecto"<sup>(132)</sup>.

En materia de alimentos, es nueva la disposición sobre las relaciones entre adoptado y adoptante, el artículo 307 manda: "El adoptante y el adoptado tienen la obligación de darse alimentos en los casos en que la tienen el padre y los hijos". Recordamos que la adopción la creó en México, el legislador de 1917, con la Ley Sobre Relaciones Familiares.

En general, se repitió el espíritu de la Ley Sobre Relaciones Familiares en materia de alimentos, admitiéndose que: "Art. 308. Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales".

Este artículo es la copia de los artículos 57 y 58 de la Ley Sobre Relaciones Familiares. Así el legislador también este capítulo lo copió casi íntegramente de la susodicha Ley. Esto no lo consideramos negativo, pues la Ley Sobre Relaciones Familiares únicamente necesitaba ser perfeccionada, lo que no aceptamos, es que el legislador no legislara el Primer Código Familiar.

El artículo 320 del Código Civil vigente nos habla de la cesación de los alimentos, y dice: "Cesa la obligación de dar alimentos:

- I.- Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla;
- II.- Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos;
- III.- En caso de injuria, falta o daños graves inferidos por el alimentista contra el que debe prestarlos;

(132).- Glitrón. Fuentesvilla, Julián. Opus Cit. Pág. 138.

- IV.- Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al trabajo del alimentista, mientras subsistan estas causas;
- V.- Si el alimentista, sin consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificables".

El maestro Dr. Julián Gutiérrez Fuentevilla, asevera que las fracciones III y IV, de este artículo 320, el legislador se inspiró del Código Civil Guatemalteco<sup>(133)</sup>. Consideramos que no es reprobable estudiar y analizar por parte del legislador de cualquier país la legislación de otro, y posteriormente a este análisis poderla hacer propia, lo que no aceptamos es que se copie una legislación que no puede ser aplicada a nuestra realidad social, pues en este caso, se comete un gravísimo error, pues será una ley muerta, inútil, ya que no regirá la realidad social.

En el caso comentado, consideramos que esas disposiciones de legislación extranjera, traída a nuestro país y convertida en derecho vigente, fue muy acertada, únicamente consideramos que las injurias de la fracción III, así como la conducta viciosa o falta de trabajo del alimentista de que habla la fracción IV, del citado precepto, deben ser producto de principio de prueba plena. Consideramos que en la práctica se exige este principio de que hablamos.

En cuanto a materia de paternidad y filiación, se dispuso en el artículo 324 que: "Se presumen hijos de los cónyuges:

- I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;
- II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial". Agregándosele esta última parte a este artículo por el legislador: "Este término se contará,...".

En todos los demás casos sobre paternidad, se adoptaron las disposiciones de la mencionada Ley Sobre Relaciones Familiares.

Hasta donde llegó el legislador del 28, en cuanto a igualdad entre los cónyuges, al expresar en el artículo 323, inspirado en el 73 de la Ley Sobre Relaciones... pero modificado, en cuanto a otorgar igualdad jurídica al hombre respecto de la mujer en este caso, pues mientras que la Ley de Relaciones hablaba de este derecho para la mujer, ahora lo generaliza a los cónyuges. Así dice el artículo 323 del Código Civil vigente: "El cónyuge que se haya separado del otro, sigue obligado a cumplir con los gastos a que se refiere el artículo 164. En tal virtud, el que no haya dado lugar a ese hecho, podrá pedir al juez de lo familiar de su residencia, que obligue al otro a que le ministre los gastos por el tiempo que dure la separación en la misma proporción en que lo venía haciendo hasta antes de aquella, así como también satisfaga los adeudos contraídos en los términos del artículo anterior. Si dicha proporción no se pudiera determinar, el juez, según las circunstancias del caso, fijará la suma mensual correspondiente y dictará las medidas necesarias para asegurar su entrega y de lo que ha dejado de cubrir desde que se separó".

Este derecho con la Ley anterior estaba otorgado únicamente a la mujer. Aquí podríamos decir que la reforma perjudicó a la mujer, sin embargo, el artículo es justo. Pues la culpa de los conflictos familiares compete a ambos cónyuges y no únicamente a uno de ellos.

En cuanto a las pruebas de filiación, el legislador del 28, inspirándose en los Códigos Civiles de Guatemala, Brasil y Argentina,<sup>(134)</sup> estableció en los artículos 341 y 345 lo siguiente: "Art. 341. A falta de actas o si éstas fueren defectuosas, incompletas o falsas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio. En defecto de esta posesión son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión.

Si uno sólo de los registros faltare o estuviere inutilizado y existe duplicado, de éste deberá tomarse la prueba sin admitirla de otra clase".

También se inspiraron en el artículo 160 de la Ley de Relaciones.

(134).- Gutiérrez. F., Julián. *Ibidem.* Pág. 140

Este artículo se completa con el artículo 340 del Código Civil cuando manda: "La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres".

Por lo que respecta al artículo 345, éste indica: "No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido. Mientras que éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio".

Recordamos que la Ley Sobre Relaciones Familiares en su artículo 187, prohibió absolutamente la investigación de la paternidad y maternidad.

Esta situación fue superada por el legislador del 28, pues la amplió.

Recordamos asimismo, que el citado artículo 187 de la Ley Sobre Relaciones Familiares, únicamente permitió esta investigación a los casos de hijo que está en posesión de estado de hijo natural, en los casos de rapto o violación. El actual legislador del 28, agregó: En materia de investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio: "Art. 382. La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio está permitida:

- I.- En los casos de rapto, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción;
- II.- Cuando el hijo se encuentre en posesión del estado de hijo del presunto padre;
- III.- Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente;
- IV.- Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre".

Como se ve, el legislador mejoró en este aspecto la Ley anterior.

Asimismo, en cuanto a la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio, resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento.

Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad, de acuerdo con el artículo 360, del Código en estudio.

El artículo 369 del Código en estudio, es la copia del artículo 193, observamos que el legislador en este caso en vez de utilizar la frase "hijo natural", utilizó "hijo nacido fuera del matrimonio", que son sinónimos. Así el artículo citado dice: "El reconocimiento de un hijo nacido fuera del matrimonio, deberá hacerse de alguno de los modos siguientes:

- I.- En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil;
- II.- Por acta especial ante el mismo juez;
- III.- Por escritura pública;
- IV.- Por testamento;
- V.- Por confesión judicial directa y expresa".

Un aspecto muy interesante de la actual Ley Civil, o Código Civil, es el relativo al reconocimiento de los hijos antes de la celebración del matrimonio, en estos términos, según el artículo 372, del citado Código Civil: "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". Como observamos, el artículo transcrito ya habla de los cónyuges y no expresa ya el sentir de la Ley de Relaciones Familiares, la que en su artículo 215 decía: "La mujer casada no podrá reconocer sin el consentimiento de su marido a un hijo natural habido antes de su matrimonio".

En cambio el artículo siguiente de la misma ley decía: "Art. 216. El marido podrá reconocer a un hijo natural habido antes de su matrimonio o durante éste; pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal, si no es con el consentimiento expreso de la mujer".

Otra diferencia muy notable y positiva de nuestro actual Código Civil, respecto a la Ley Familiar, es la relativa al derecho que adquieren con el reconocimiento los hijos reconocidos, ya que la anterior Ley decía: "Art. 210. El reconocimiento solamente confiere al reconocido el derecho de llevar el apellido del que lo hace". En cambio el Código Civil vigente, expresa, con bastante justicia que: "Art. 389. El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos tiene derecho:

- I.- A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca;
- II.- A ser alimentado por las personas que lo reconozcan;
- III.- A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fija la ley".

Como observamos se le otorgan los mismos derechos que a los hijos de matrimonio, en forma justa. La única crítica constructiva que hacemos a nuestro legislador, es respecto a la fracción I, de este artículo, consideramos que se debería buscar una mejor solución en cuanto a los apellidos del hijo reconocido por uno solo de los padres, ya que la citada fracción los equipara a hermanos, es decir, hace aparecer al reconocido como hermano del reconocedor, al exigir que el reconocido por uno solo de los padres, lleve ambos apellidos del que lo reconozca.

En cuanto a los alimentos, se expresa bien nuestro legislador, ya que éstos comprenden: comida, vestido, habitación, asistencia en casos de enfermedad; y los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista —siendo menor— y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión.

El artículo 380 del Código, inspirado en el artículo 218 de la Ley de Relaciones, dice: "Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su custodia; y en caso de que no lo hicieren, el Juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor".

Asimismo, el artículo siguiente, está inspirado en el artículo 219 de la Ley Sobre Relaciones Familiares, así expresa: "Art. 381. En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la

custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el Juez de lo Familiar del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público".

Una reforma importante en los dos artículos anteriores, es la relativa a que el texto actual habla de "custodiar", no se refiere a la "patria potestad", puesto que ésta es ejercida por ambos padres que han reconocido a su hijo o hijos, de acuerdo con el artículo 415 del Código Civil, de que tratamos que ordena: "Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad.

Si viven separados, se observará en su caso lo dispuesto en los artículos 380 y 381". Y el artículo 413 completa: "La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal".

De lo que deducimos que los padres, en el caso de los artículos 380 y 381, no pierden la patria potestad del hijo reconocido, sino que, en su caso, y por imposibilidad de la Ley de obligar a los padres a vivir juntos, tiene que decidirse, en un momento dado, quien de los reconocedores tendrá la custodia o guarda del reconocido, pero ambos tienen para con su hijo todas las obligaciones normales existentes entre padres e hijos.

Así pues, lo que hace el legislador del 28 es inspirarse en la Ley Sobre Relaciones Familiares, mejorándola en algunas cuestiones familiares.

De la adopción ya hemos hablado en términos generales, por lo que tenemos por reproducido nuestra opinión respecto a ella.

Dos artículos importantes también son los que a continuación reproducimos: "Art. 442. Las personas que ejerzan la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen".

"Art. 443. La patria potestad se acaba:

- I.- Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;
- II.- Con la emancipación derivada del matrimonio;
- III.- Por la mayor edad del hijo".

Este último artículo es una copia del artículo 259 de la Ley Sobre Relaciones Familiares.

Un adelanto en este tema, fue sin lugar a dudas, el quitarle el derecho de la mitad del usufructo a quienes ejercen la patria potestad, sobre los bienes de los hijos. De acuerdo con el artículo 249 de la Ley anterior.

En cuanto al capítulo relativo a la tutela, el artículo 449 del Código dispone: "El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley."

En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo 413 — éste ya transcrito anteriormente—".

Tienen incapacidad natural y legal, de acuerdo con el artículo 450:

- I.- Los menores de edad;
- II.- Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos;
- III.- Los sordo - mudos que no saben leer ni escribir;
- IV.- Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso immoderado de drogas enervantes".

El artículo 452 del citado Código, manifiesta: "La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima".

El Estado lo considera de interés público, porque no encuentra un lugar más alto donde poner a estas Instituciones de orden Familiar. Consideramos que se trata de un interés superior, el cual debe reconocerse jurídicamente.

El artículo 449 ya transcrito, es una copia del artículo 298 de la Ley Sobre Relaciones Familiares. Asimismo el artículo 450, corresponde al artículo 299 de la Ley de Relaciones.

Asimismo el artículo 468 del Código Civil, dispone: "El juez de lo Familiar del domicilio del incapacitado, y si no lo hubiere, el juez menor, cuidará provisionalmente de la persona y bienes del incapacitado, hasta que se nombre tutor".

El artículo 453 dice: "El que se rehusare sin causa legal a desempeñar el cargo de tutor es responsable de los daños y perjuicios que de su negativa resulten al incapacitado". El legislador se empeña en determinar este tipo de sanciones, siendo que en Derecho Familiar no bastan para hacer efectivo los principios de Institución tan elevada como lo es la de tutela, por lo que no debe estar sujeta a las penas de cualquier incumplimiento contractual, pues la tutela no es un contrato. Por lo tanto debemos buscar sanciones propias a la Institución, de acuerdo a su importancia.

De acuerdo con el artículo 461, la tutela puede ser testamentaria, legítima o dativa. Sigueinte en esto también los principios de la Ley Sobre Relaciones Familiares. Respecto a estas tutelas, tenemos:

En cuanto a la tutela testamentaria, dice el artículo 470: "El ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deban ejercer la patria potestad conforme lo dispuesto en el artículo 414, tiene derecho, aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerza, con inclusión del hijo póstumo".

Sobre la tutela legítima de los menores, tenemos, que el artículo 482, manda: "Hay lugar a tutela legítima:

- I.- Cuando no hay quien ejerza la patria potestad ni tutor testamentario;
- II.- Cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio".

Artículo 483: "La tutela legítima corresponde:

- I.- A los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas;
- II.- Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales, dentro del cuarto grado inclusive".

Asimismo, la tutela legítima de los dementes, idiotas, imbeciles, sordomudos, ebrios y de los que habitualmente abusan de las drogas enervantes, la tutela de éstos estará a cargo del cónyuge que no padezca esto, respecto de su cónyuge. De tal suerte que el marido es tutor legítimo forzoso de su mujer y ésta lo es de su marido — Art. 486, del Código Civil—.

"Los hijos mayores de edad son tutores de su padre o madre viudos", según el artículo 487. El artículo 489 establece que son los padres tutores de sus hijos solteros o viudos que se encuentren dentro de estas incapacidades, siempre que no tengan hijos en quienes pueda caer este cargo, debiéndose poner de acuerdo — los padres— respecto a quién de los dos ejercerá el cargo.

También respecto a la tutela legítima de los menores abandonados y de los acogidos por alguna persona, o depositados en establecimientos de beneficencia. Los artículos 492, 493 y 494, expresan respectivamente: "492. La Ley coloca a los expósitos bajo la tutela de la persona que los haya acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores".

"493. Los directores de las inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia donde se reciban expósitos, desempeñarán la tutela de éstos con arreglo a las leyes y a lo que prevengan los estatutos del establecimiento".

"Art. 494. En el caso del artículo anterior, no es necesario el discernimiento del cargo".

Finalmente en cuanto respecta a la tutela dativa, tenemos que el artículo 495 del Código Civil, dice: "La tutela dativa tiene lugar:

- I.- Cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien, conforme a la Ley, corresponda la tutela legítima;
- II.- Cuando el tutor testamentario esté impedido temporalmente de ejercer su cargo y no hay ningún pariente de los designados en el artículo 483".

Artículo 496: "El tutor dativo será designado por el menor si ha cumplido dieciséis años. El Juez de lo Familiar confirmará la designación si no tiene justa causa para reprobala. Para reprobolar las ulteriores designaciones que haga el menor, el juez oirá el parecer del Consejo Local de Tutelas. Si no se aprueba el nombramiento hecho por el menor, el juez nombrará tutor conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente".

El artículo siguiente establece: "497. Si el menor no ha cumplido dieciséis años, el nombramiento de tutor lo hará el juez de lo Familiar de entre las personas que figuren en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas oyendo al Ministerio Público, quien debe cuidar de que quede comprobada la honorabilidad de la persona elegida para tutor".

Todo esto nos prueba, una vez más, la autonomía del Derecho Familiar, así mismo, prueba que hubiera sido mejor dictar el primer Código Familiar para el Distrito Federal, y consiguientemente el primero de nuestro país.

Citamos finalmente, dos artículos muy importantes, el 641 y 643, del mismo Código Civil para el Distrito Federal, éstos mandan:

"641. El matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad".

"Art. 643. El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

I.- De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces;

II.- De un tutor para negocios judiciales".

Derogándose en este capítulo de la emancipación los artículos 642, 644 y 645, reformándose los artículos 641 y 643, transcritos.

Creemos haber agotado hasta donde nuestra capacidad lo ha permitido, el contenido de algunas de las instituciones importantes del Derecho Familiar, asentando que todas estas instituciones integrantes del Derecho Familiar son importantes, contenidas indebidamente en el Código Civil para el Distrito Federal de 1928, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de marzo de 1928, en vigor a partir del 1º de octubre de 1932, según decreto publicado en el mismo Diario, el día 1º de septiembre de 1932. Y según el artículo transitorio único del propio Código Civil.

Así pues, hemos tratado de hacer una muy breve reseña de la evolución jurídica en materia familiar en nuestro derecho positivo y vigente, con esta visión general, si se quiere, hemos podido comprobar que este desarrollo ha influido en el mismo concepto del matrimonio, pues en él han intervenido diferentes factores que podrían reducirse a los tres siguientes:

1º.- El concepto romano del matrimonio;

2º.- El concepto canónico del mismo;

3º.- El carácter laico del matrimonio en algunos derechos positivos.

Con el objeto de dejar clara nuestra posición respecto a lo anterior, transcribimos algunas cuestiones importantes para nosotros, respecto de esta evolución.

1º.- El concepto romano del matrimonio. Transcribimos el pensamiento de Ruggiero del que se desprende un concepto integral de la institución: "El matrimonio romano, se halla integrado por dos elementos esenciales. El uno físico, la con-

junción de la mujer con el hombre, que no debe entenderse como conjunción material de sexos y sí en un sentido más elevado, como unión o comunidad de vida que se manifiesta exteriormente con la deductio de la esposa *in domum mariti*. La deductio inicia la cohabitación y fija el momento en que el matrimonio se inicia. Desde este instante la mujer es puesta a disposición del marido, se halla sujeta a éste y comparte la posición social del mismo. Este poder del marido sobre la mujer puede ser más o menos intenso, afirmarse enérgicamente en la manus que coloca a la mujer en situación de hija o faltar completamente; la participación en la dignidad, en los honores, en el culto familiar del marido puede ser más o menos plena; la cohabitación puede interrumpirse, el régimen matrimonial puede variar; puede darse una absoluta paridad y una plena bilateralidad de derechos y deberes; pero lo importante es que el elemento físico no falte, que haya un estado de hecho manifestado en la convivencia, en el ponerse la mujer a disposición del marido. El otro elemento es intelectual o psíquico y es el factor espiritual que vivifica el material o corporal, del mismo modo que en la posesión (a ella se equipara el matrimonio en las fuentes romanas con frecuencia) el animus es el requisito que integra o complementa el corpus. Este elemento espiritual es la *affectio maritalis*, o sea, la intención de quedarse en el marido y en la mujer, la voluntad de crear y mantener la vida común, de perseguir la consecución de los fines de la sociedad conyugal; una voluntad que no consiste en el consentimiento inicial, en un único acto volitivo, sino que debe prolongarse en el tiempo, ser duradera y continua, renovándose de momento en momento, porque sin esto la relación física pierde su valor. cuando estos dos factores concurren, el matrimonio queda constituido; si uno de ellos falta o desaparece, el matrimonio no surge o se extingue. Nada más es necesario a su existencia; no se requiere el empleo de formas determinadas (aún cuando ritos y ceremonias se requirieran para su celebración en distintos tiempos y según las especies del matrimonio); tampoco precisa la intervención del Estado, que fue siempre extraño, ni el uso de escrituras o instrumentos nupciales. Es la sola voluntad de los esposos la que crea el vínculo y de su voluntad depende también el que *áquel perdure*"<sup>(135)</sup>.

Según Jemolo, "Como es sabido, en el derecho romano el matrimonio (que sólo existía respecto de los libres, toda vez que las uniones entre esclavos o entre libres y esclavos eran *contubernia*, aunque terminaran por aplicarse a esas uniones ideas y reglas propias del matrimonio), podía contraerse, no con una forma determinada, sino por la convivencia vivificada por un elemento intencional. Pacchioni,

(135).- Rojina Villegas, Rafael. Opus. Cit. pp. 201 y 202.

en una página que no es reciente, pero que siempre se mantiene viva y eficaz, escribe: "para nosotros, los modernos el matrimonio es una relación jurídica que nace de un contrato, es decir, del consentimiento de las partes de quererse como marido y mujer. Pero los romanos en cambio, era simplemente un hecho jurídico: una relación social productora de consecuencias jurídicas: era la convivencia de un hombre con una mujer, animada por la *affectio maritalis*. Para los modernos el matrimonio se concluye, y a la verdad con formas solemnes (cíviles o religiosas); para los romanos se lo constituía o, por así decirlo, se lo convivía. Para los modernos es de ordinario indisoluble; para los romanos ni siquiera se puede decir, con todo rigor, que fuese disoluble, precisamente porque no era una relación jurídica, sino solamente una relación de hecho determinada por la convivencia y por la *affectio maritalis*. Esto puede expresarse también diciendo que el matrimonio romano no era jurídicamente diferente de lo que es *in natura*: que los romanos habían elevado a la esfera jurídica el concepto social y ético del matrimonio sin modificarlo en lo más mínimo, esto es, sin darle una disciplina civil".

"O sea, que podemos decir que los romanistas, aunque no estén concordes en los detalles y en las ulteriores determinaciones y especificaciones, consideran, sin embargo, que el derecho romano fundó el instituto matrimonial en la *affectio maritalis* y en el honor matrimonii (que según Albertario es el hacer a la mujer partícipe del rango y de la dignidad del marido). La *affectio maritalis* vendría a ser la voluntad continua de los cónyuges de estar unidos en matrimonio; la convivencia constituiría la base material y visible de la unión"<sup>(136)</sup>.

2<sup>o</sup>.- Matrimonio canónico. También, en esta fase del matrimonio, nos remitimos al pensamiento de Ruggiero. Este expresa: "Profundamente diversa es la concepción del derecho canónico, que reposa sobre fundamentos y bases distintas. La historia de la Institución a través de los cánones de la Iglesia es demasiado larga y compleja para poder exponerla aquí en todas sus fases; su evolución está influenciada en la lucha entre la Iglesia y el Estado y sigue las vicisitudes de este conflicto secular. El influjo del cristianismo se manifiesta ya en el último estadio del derecho romano durante el período de Justiniano. Pero la regulación del matrimonio por normas canónicas comienza en el siglo IX tímidamente, hasta que por el Concilio de Trento toda la materia matrimonial es regulada canónicamente, afirmándose corresponder a la exclusiva competencia de la Iglesia la disciplina del matrimonio por el principio de que los actos concernientes al estado y condición de las personas son de la competencia de la Iglesia. Los padres de la Iglesia exigen que la u-

nión de los esposos sea bendecida por un sacerdote; la bendición nupcial es la confirmación del matrimonio ya contraído y su consagración eclesiástica, pero no es un requisito esencial para su existencia. ...Mientras tanto la Iglesia, avanzando en esta dirección, se atribuye el conocimiento de las causas matrimoniales, afirma la exclusiva competencia de los tribunales eclesiásticos para dirimir las cuestiones matrimoniales y prepara el camino para extender la exclusividad de la jurisdicción a la de la legislación, fijando en los oportunos cánones: los requisitos, los impedimentos, la forma de celebración, la nulidad del matrimonio. El Concilio lateranense (año 1215) ordena que la promesa de matrimonio se haga pública, que la publicación se haga en la Iglesia parroquial durante la celebración de la misa, que la bendición del sacerdote acompañe y sancione la unión. Sus prescripciones no fueron siempre observadas ni recibieron aplicación general; el matrimonio es válido a pesar de la inobservancia de estas prescripciones. Pero la inobservancia se generaliza y más tarde el Concilio de Trento (año 1563) regula toda esta materia de modo definitivo. Ordena necesariamente la intervención del párroco y la celebración del matrimonio *in facie ecclesiae* — en su fase eclesiástica —: los esposos, después de tres publicaciones efectuadas en tres días festivos y ante los fieles congregados por el oficio de la misa y durante ésta, deben comparecer ante el párroco, quien en presencia de dos o tres testigos los une y bendice la unión, extendiendo la partida correspondiente, que conservará en los registros parroquiales. Al lado de ésta, que constituye la forma normal y pública, se admite en casos excepcionales y concurriendo circunstancias graves, el matrimonio secreto y clandestino, que tiene lugar también ante el párroco, celebrándose privadamente y pudiendo eludirse el requisito de las publicaciones; este matrimonio no se registra en los libros ordinarios parroquiales, sino en un libro secreto cuya lectura está prohibida a quien carezca de autorización de la superior autoridad eclesiástica; es un matrimonio contraído sin forma alguna de publicidad, pero que produce los mismos efectos que el ordinario. Así el matrimonio se eleva a la dignidad de sacramento. Según la concepción canónica, es un sacramento — el sacramento, es un signo sensible de un efecto interior y espiritual que Dios obra en nuestras almas — solemne cuyos ministros son los mismos esposos, siendo el sacerdote un testigo autorizado por la Iglesia; la unión de los esposos es la imagen de una unión de Cristo con la Iglesia, y como está indisoluble. El vínculo es creado por la voluntad de los esposos, ya que es su libre consentimiento el que genera la relación matrimonial; pero su consagración ante la Iglesia, merced a la bendición nupcial, lo eleva a sacramento, y como el sacramento ha sido instituido por Dios, y Dios mismo sanciona la unión, ésta es indisoluble. Según las palabras del evangelio los cónyuges no son ahora sino una misma carne (itaque

*iam duo non sunt, sed una caro*) y la unión no se puede disolver si no es por la muerte (*quos Deus coniunxit, homo non separet*). Esta es la base teológica de la relación y se pretende conciliar con ella la base jurídica; la base jurídica se estructura con las definiciones y pasajes de las fuentes romanas, pero genera consecuencias muy diversas. Interpretando los textos en que se hace alusión al *consensus* en oposición a la *cópula* — donde el *consensus* o consentimiento vendría a ser lo válido para los juristas, y la *cópula* para la Iglesia, surgida de un hecho meramente social —, algunos juristas o curiales, si bien espiritualizan el matrimonio infundiendo en él la idea religiosa, ven en el mismo un contrato, porque creen que el *consensus*, que en los pasajes romanos significa *affectio maritalis*, equivale a acuerdo o *convencción*, es decir, a un contrato" (137).

"Tiene el matrimonio, en la doctrina católica, dos aspectos de gran relieve: el sacramental, por haber sido elevado por Cristo a la dignidad de sacramento, y el natural, por ser institución de derecho natural. Es principio básico de la doctrina canónica, recogido en el vigente Código de Benedicto XVI, que Cristo elevó a la dignidad de sacramento el contrato matrimonial celebrado entre bautizados, y que, por ende, no pueden éstos contraerlo válidamente si no reciben al mismo tiempo el sacramento (canon 1.012). Como, por otra parte, no pueden hacer uso del matrimonio sacramental sino aquellas personas que sean súbditas de la Iglesia, por haber recibido el bautismo, establece el derecho canónico la distinción entre el matrimonio contraído por los bautizados y el contraído por los no bautizados. El primero es el matrimonio canónico. El segundo es el natural o puramente civil, que, al ser contraído con sujeción a las normas legislativas o consuetudinarias de un pueblo, recibe la denominación de matrimonio legítimo".

"El matrimonio canónico o matrimonio de los bautizados no es, pues, otra cosa que el sacramento del matrimonio definido... por el profesor de la Universidad de Munich, A. Knecht, como "la unión legal, elevada por Cristo a sacramento, de un hombre y una mujer para la comunidad de vida recíproca y perpetua, espiritual y corporal".

"Según la doctrina canónica, es el matrimonio un sacramento cuyos ministros son los mismos contrayentes, siendo el sacerdote un testigo autorizado por la Iglesia. Como materia del sacramento designan los canonistas la voluntad de ambas

partes de contraer matrimonio, y como forma la expresión de esa misma voluntad", según José Castán Tobeñas <sup>(I38)</sup>.

3º.- Concepto laico del matrimonio. "En cuanto a las regulaciones laicas del matrimonio pueden existir diferentes variantes, pues unas legislaciones pueden reglamentar toda la materia matrimonial y otras referirse sólo a los impedimentos y al divorcio, para dejar la celebración del acto a la regulación eclesiástica".

"Se aducen en favor del matrimonio civil estos principales argumentos:

1º.- El matrimonio es una indudable e importantísima institución en el orden social y civil, luego al ser una institución jurídica, como jurídico es también el contrato por que se actúa en todos los casos, y jurídicas igualmente las relaciones que del contrato dimanen y la Institución comprende, es al Estado, superior órgano declarativo y ejecutivo del derecho, a quien justamente ha de corresponder la regulación del matrimonio y la potestad de presidir su celebración.

2º.- No es obstáculo a esta doctrina el carácter religioso y sacramental del matrimonio, pues nada impide que pueda separarse en éste la razón de sacramento y la de contrato; la regulación de aquel pertenece a la Iglesia, pero la del contrato es exclusivamente del Estado.

3º.- Los principios de libertad de conciencia y de igualdad civil, hacen aconsejable que el Estado regule una forma matrimonial que sea aplicable a todos los ciudadanos, sean de cualesquiera clase y condición, e independientemente de la religión que profesen". José Castán Tobeñas <sup>(I39)</sup>.

"Distinguen Kipp y Wolff, las siguientes formas de matrimonio que llaman aconfesional:

a).- Matrimonio civil subsidiario. Esta forma se reconoce para ciertos grupos de personas (matrimonio civil de judíos o disidentes), ya para matrimonios mixtos u otros casos en que los contrayentes no pueden obtener una bendición eclesiástica.

(I38).- Opus. Cit. Pág. 204.

(I39).- Ibidem. Pág. 206.

- b).- Matrimonio civil facultativo: "los interesados pueden casarse a su elección ante un eclesiástico o ante el oficial del estado civil".
- c).- Matrimonio civil obligatorio: "El matrimonio sólo puede contraerse ante los funcionarios del Estado; la intervención del eclesiástico carece de trascendencia jurídica".

"Sistema de la forma civil obligatoria. Es el que impone a todos los ciudadanos la celebración del matrimonio civil, considerando nula o inexistente cualquier unión puramente privada o religiosa. Tuvo un ensayo pasajero en Inglaterra en el siglo XVII bajo el Gobierno de Cromwell; pero su origen definitivo débelo a la revolución francesa. Ha sido admitido, entre otros países, en Francia, Bélgica, Países Bajos, Portugal, Suiza, Hungría, Alemania, Rusia, México, Chile, Uruguay, Argentina, Brasil y otros muchos Estados de la América Central y Meridional, y en Cuba (por ley de 29 de julio de 1918). Hay dos variedades en este sistema, según que se imponga necesariamente la celebración del matrimonio civil como previo al matrimonio religioso (criterio de subordinación de la Iglesia al Estado) o se deje en libertad a los contrayentes para celebrar la ceremonia religiosa antes o después del acto civil (criterio de independencia recíproca en los poderes religioso y temporal). Al primero de ellos corresponden las legislaciones de Francia, Holanda, Suiza y Alemania".

En México, el artículo 130 de la Constitución de 1917 ha declarado que el matrimonio es un contrato civil y, por lo tanto, se regula exclusivamente por las leyes del Estado sin que tengan ingerencia alguna los preceptos del derecho canónico<sup>(140)</sup>.

Pues bien, ya hemos asentado, el por qué consideramos que nuestro Constituyente siguió usando la expresión contractual respecto al matrimonio. No estamos, por tanto de acuerdo con que el matrimonio sea un contrato, a comprobarlo nos remitimos, para determinar nuestra posición respecto a la naturaleza jurídica del matrimonio.

La naturaleza jurídica del matrimonio, ha sido contemplada desde muy distintos puntos de vista, así se la ha considerado como:

(140).- Opus Cit. pp. 206 y 207.

- a).- Una Institución;
- b).- Como acto jurídico condición;
- c).- Como acto jurídico mixto;
- d).- Como contrato ordinario;
- e).- Como contrato de adhesión;
- f).- Como estado jurídico;
- g).- Como acto de poder estatal. Veamos:

a).- **EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION:** Desde este sentido, significa el conjunto de normas que rigen el matrimonio. Una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad. Ihering explica que las normas jurídicas se agrupan constituyendo series de preceptos para formar verdaderos cuerpos que tienen autonomía, estructura y funcionamiento propios dentro del sistema total que constituye el derecho positivo. Para el citado autor, el enlace entre las normas es de carácter teleológico, es decir, en razón de sus finalidades. Kelsen ha establecido una forma distinta en el encadenamiento normativo a través de su famosa pirámide jurídica, pues distingue diversas capas o estructuras dentro del ámbito general del derecho, tomando en cuenta las relaciones de supraordinación y subordinación que existen entre las normas. Es decir, distingue la norma fundamental, las normas ordinarias o leyes, los reglamentos y las normas individualizadas. Formula una jerarquía entre esas diferentes categorías y un principio de creación en el derecho, según el cual la norma superior rige la creación de la norma inferior.

Desde el punto de vista que sostiene Ihering, la institución jurídica debe quedar integrada por un conjunto de normas que persigan la misma finalidad. Por consiguiente, la unidad se alcanza desde el punto de vista funcional entre preceptos de igual naturaleza que se combinan entre sí para lograr un conjunto de relaciones jurídicas. En este enlace teleológico no encontramos una jerarquía normativa, ya que los preceptos que constituyen la institución son de igual rango. Por lo tanto, la institución jurídica se presenta como un cuerpo debidamente integrado por normas de igual naturaleza que se unifican en razón de un fin.

El matrimonio constituye una verdadera institución por cuanto que los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración, al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas.

Desde este punto de vista se estudia el matrimonio tomando en cuenta sólo su aspecto de sistema normativo y se prescinde del acto jurídico que le da origen, así como del estado que crea entre los consortes. Exclusivamente se atiende al aspecto normativo externo que organiza el derecho objetivo en razón de las finalidades del matrimonio. Es decir, se toma en cuenta sólo la estructura legal que en forma destacada viene a determinar el conjunto de derechos y obligaciones que caracterizan el estado matrimonial.

También puede entenderse el matrimonio como una institución de acuerdo con las ideas de Hauriou. Sabido es que el citado jurista francés ha desarrollado toda una teoría sobre la personalidad jurídica fundada en la idea de institución. En dos de sus obras (*De la personnalité comme élément de la réalité sociale* y *La théorie de l'institution et de la fondation: De la personnalité como elemento de la realidad social* y *La teoría de la Institución y de la fundación*), encontramos elementos bastantes para construir una teoría de la institución aplicada al matrimonio.

Para Hauriou, la institución es "una idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en un medio social. En virtud de la realización de esta idea se organiza un poder que requiere órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de esta idea, se producen manifestaciones comunes, dirigidas por los órganos del poder y regidas por procedimientos".

La definición que antecede la podemos aplicar exactamente al matrimonio, precisando los siguientes elementos:

- a).- El matrimonio es una idea de obra que se realiza y tiene permanencia jurídica dentro de un medio social determinado;
- b).- Por virtud del matrimonio se organiza un poder que requiere órganos, como son los consortes o uno de ellos, según se estableció en la regulación romana del paterfamilias;
- c).- Los miembros de la institución matrimonial persiguen finalidades comunes, para cuyo efecto se establecen actividades recíprocas;

d).- Tanto la idea de obra como la organización, su finalidad y las relaciones entre los consortes, se encuentran reguladas por un procedimiento determinado.

El matrimonio como idea de obra significa la común finalidad que persiguen los consortes para constituir una familia y realizar un estado de vida permanente entre los mismos. Para la creación de las finalidades comunes que impone la institución, se organiza un poder que tiene por objeto mantener la unidad y establecer la dirección dentro del grupo, pues toda comunidad exige necesariamente tanto un poder de mando como un principio de disciplina social. En el matrimonio, ambos cónyuges pueden convertirse en órganos del poder, asumiendo igual autoridad como ocurre en el sistema mexicano, o bien, puede descansar toda la autoridad exclusivamente en el marido como se ha venido reconociendo a través de la historia de la institución, desde el matrimonio por rapto.

Es fundamental en el concepto institucional de Hauriou la existencia de la idea de obra y de la finalidad común, pues la primera constituye la idea de fuerza que permite realizar efectivamente los fines propuestos, en tanto que la segunda permite la unificación de las distintas actividades merced a una orientación común. Propiamente el fin no es elemento integrante de la institución desde el punto de vista de que constituye un dato trascendente a la misma, es decir, simplemente es el elemento orientador que pone en marcha la idea de obra. En el matrimonio, tanto desde el punto de vista de su estructuración normativa, cuanto de las finalidades que persiguen los consortes, es evidente la idea de obra que permite la constitución de un estado de vida permanente entre dos seres de distinto sexo para la perpetuación de la especie y la realización de finalidades espirituales comunes.

La tesis de Hauriou aplicada al matrimonio tiene la importancia de comprender no sólo el aspecto inicial de la institución que existe por virtud de la celebración del acto, sino también el estado de vida que le da significación tanto social como jurídica y, finalmente, la estructuración normativa a través de la cual se establecen las finalidades, órganos y procedimientos de la institución misma.

Refiriéndose Kipp y Wolff a las definiciones sobre el matrimonio consagran la siguiente: "El matrimonio es la unión de un hombre y de una mujer, reconocida por el derecho e investida de ciertas consecuencias jurídicas". En este breve con-

cepto se precisan las características propias de la unión matrimonial tomando en cuenta sólo su aspecto formal, es decir, el hecho de que la unión del hombre y la mujer se encuentra reconocida por el derecho. Con toda intención los autores mencionados no se refieren a la finalidad del matrimonio, para después indicarnos que el mismo constituye "la unión de un hombre y de una mujer dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida". De esta suerte se conjugan el aspecto simplemente formal que da el derecho a la unión sexual, mediante el reconocimiento de consecuencias jurídicas, y el carácter institucional que le da vida a esa unión y que permite constituir una plena comunidad entre los consortes.

Advierten los autores citados que ya los juristas romanos nos indicaron la existencia de esa finalidad social y jurídica en el matrimonio y gracias a la misma se puede distinguir ésta de las otras uniones sexuales jurídicamente reconocidas, agregando que también en el derecho moderno se ha constituido la institución matrimonial de acuerdo con la idea de un fin, toda vez que se reconoce la comunidad de nombre, de estado, de domicilio y el deber de vida en común entre los consortes, o sea, un pleno consorcio de vida en común.

b).- EL MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO CONDICION. Se debe a León Duguít haber precisado la significación que tiene el acto jurídico condición.

Distingue el acto regla, el acto subjetivo y el acto condición en su Tratado de Derecho Constitucional. Define el último, como el acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan por la realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua. En el derecho público los actos condición permiten aplicar diferentes estatutos del derecho administrativo a los distintos funcionarios, por el solo hecho de la aceptación y protesta de un cargo. En el derecho privado tenemos también situaciones semejantes en el matrimonio y en la tutela. Por virtud del matrimonio se condiciona la aplicación de un estatuto que vendrá a regir la vida de los consortes en forma permanente. Es decir, un sistema de derecho en su totalidad es puesto en movimiento por virtud de un acto jurídico que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de situaciones jurídicas permanentes. De acuerdo con lo expuesto podemos encontrar en la definición del matrimonio todos los elementos que caracterizan el acto condición, ya que implica una manifestación plurilateral de voluntades — la de los con-

trayentes unida a la declaración que hace el juez del Registro Civil— que tiene por objeto crear un estado permanente de vida entre los cónyuges para originar derechos y obligaciones recíprocos, así como relaciones permanentes que no se agotan por el cumplimiento de las mismas, sino que se siguen renovando de manera indefinida.

En esta concepción se logran conjugar a la vez tanto el aspecto del matrimonio como acto jurídico y su carácter de institución, supuesto que no basta para su debida caracterización tomar en cuenta el momento inicial, sino el estado de vida que se crea mediante la organización permanente que establece el sistema normativo.

c).- EL MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO MIXTO. Se distinguen en el derecho los actos jurídicos privados, los actos jurídicos públicos y los actos jurídicos mixtos. Los primeros se realizan por la intervención exclusiva de los particulares; los segundos por la intervención de los órganos estatales y los terceros por la concurrencia tanto de particulares como de funcionarios públicos en el acto mismo, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad. El matrimonio es un acto mixto debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el oficial — juez— del Registro Civil. Este órgano del Estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues podemos decir que si se omitiese en el acta respectiva hacer constar la declaración que debe hacer el citado funcionario, considerando unidos a los consortes en legítimo matrimonio, éste no existiría desde el punto de vista jurídico.

d).- EL MATRIMONIO COMO CONTRATO ORDINARIO. Esta ha sido la tesis tradicional desde que se separó el matrimonio civil del religioso, pues tanto en el derecho positivo como en la doctrina, se le ha considerado fundamentalmente como un contrato en el cual existen todos los elementos esenciales y de validez de dicho acto jurídico. — esto no es verídico—. Especialmente se invoca como razón el hecho de que los contrayentes deben manifestar su consentimiento ante el oficial del Registro Civil para unirse en matrimonio. Por consiguiente, se considera que en este caso como en todos los contratos, es elemento esencial el acuerdo de las partes. Así mismo se requiere que exista la capacidad necesaria en los contrayentes y que su voluntad no esté viciada. Es decir, se aplican al matrimonio todas las reglas relativas a los elementos de validez que deben observarse en todo contrato consistente respectivamente en la capacidad, ausencia de vicios en la voluntad y licitud en el objeto motivo y fin del acto.

"Nuestro Código atiende a la doctrina tradicional, la cual entiende que el matrimonio no es ni más ni menos que un contrato".

Se llega a tal conclusión atendiendo a su formación, principalmente por la voluntad de los contrayentes, y por sus trazos jurídicos más salientes, que corresponden a la figura del contrato.

Reafirman esta concepción liberal, quienes ven la necesidad de intervención del Estado en la unión matrimonial, cuya competencia, en esta materia, tiene carácter de exclusiva, a juicio de esta tendencia.

Repercusión de considerársele como un contrato, es la reafirmación de su tratamiento como civil, y, también, su terminación, por la voluntad de las partes, en mayor o menor medida, mediante la figura del divorcio con disolución del vínculo.

Se critica, sin embargo, su calificación como contrato. Se aducen las siguientes razones:

No surgen de este contrato obligaciones de carácter patrimonial de modo sustantivo, sino eminentemente morales.

En cuanto al objeto, no nacen, como en los contratos, prestaciones o servicios determinados, sino la entrega recíproca de dos personas en su integridad, con los deberes más amplios y complejos, del más variado orden, en favor del otro cónyuge y de la familia común.

En lo tocante a la causa, mientras en los contratos consiste en el interés pecuniario a la mera liberalidad, en el matrimonio no puede admitirse ninguna de estas posibilidades, y la causa no puede ser otra, en el terreno de los principios, que la atracción personal resultante del amor.

Tampoco hay contratos de efectos personales perpetuos, como sucede con el matrimonio.

Es por estas razones que la doctrina moderna insiste en negarle al matrimonio carácter de contrato; al menos en su fondo, puesto que en su forma nace, principalmente, de una declaración de voluntad de los contrayentes.

Los que reprueban el contenido contractual del matrimonio, no se ponen de acuerdo en una nueva concepción del mismo en cuanto a su naturaleza jurídica.

Pero acudiéndose más al fondo, y sobre todo, distinguiendo entre acto de nacimiento y relaciones o efectos posteriores, se ha llegado a la calificación de institución.

La institución se observa clara, pues, en el estado jurídico de matrimonio.

Según esto, el matrimonio representa una situación especial de vida, regida en sus líneas generales por un conjunto de reglas impuestas por el Estado, que forman un todo, al cual deben adherirse los interesados, según Fernando Fueyo Laneri<sup>(141)</sup>.

"Planiol y Ripert reconocen que aún cuando el matrimonio es una institución y constituye un acto complejo, tiene también carácter contractual. Sin embargo, admiten que en el matrimonio existe una naturaleza mixta. Se expresan en los siguientes términos:

Naturaleza del matrimonio. Durante cerca de un siglo, la cuestión de la naturaleza del matrimonio no se planteó, porque la respuesta era casi unánime e indiscutida: se consideraba el matrimonio civil como un contrato. Pero desde principios del siglo XX se ha criticado muy severamente esa concepción y muchos autores han renunciado a ella para sustituirla por otras ideas, la más extendida de las cuales consiste en considerar al matrimonio como una institución. Se quiere expresar con ello que constituye un conjunto de reglas impuestas por el Estado, que forma un todo y al cual las partes no tienen más que adherirse; una vez dada su adhesión, su voluntad es ya impotente y los efectos de la institución se producen automáticamente. Esta nueva doctrina tiene la ventaja de arrojar una luz viva sobre las condiciones, los efectos y las causas de nulidad del matrimonio. Pero no hay que exagerar la parte de verdad que contenga, ya que si bien es cierto que el matrimonio es algo más que un contrato, no hay que olvidar que tiene también naturaleza de contrato.

(141).- Ob. Cit. pp. 209 y siguientes.

El matrimonio es una institución natural y de orden público, y por eso se explica que sea obra del representante del Estado; el oficial del estado civil no se conforma con autenticar el acuerdo de voluntad de los esposos, sino que celebra el matrimonio por medio de una fórmula solemne. Por eso se explica también que los esposos no pueden en modo alguno modificar los efectos del matrimonio, ni poner fin a él por el *mutuus dissensus* y que la teoría de las nulidades del matrimonio, se aparte de las nulidades contractuales del derecho común. Por eso se justifica finalmente la aplicación inmediata en materia matrimonial de las leyes nuevas a matrimonios ya celebrados, mientras que los efectos de los contratos celebrados antes de regir determinada ley son respetados en principio por ésta. Pero el matrimonio no deja de ser un contrato al mismo tiempo que una institución. Si la doctrina del siglo XIX no ha puesto suficientemente en claro su carácter de institución, no hay que caer en una reacción exagerada, olvidando su carácter contractual. Eso sería ponerse en contradicción con las declaraciones más formales de los creadores del matrimonio civil, bajo la Revolución, y de los autores del mismo Código Civil. Sería, además, colocarse en la imposibilidad de darse cuenta de una serie de disposiciones de nuestra legislación.

La única concepción que responde a la realidad de las cosas es, la concepción mixta: el matrimonio es un acto complejo, a la vez contrato e institución, del mismo modo que, en nuestro antiguo derecho, era considerado por nuestros antiguos autores como un contrato y un sacramento a la vez<sup>(142)</sup>.

"En contra de la tesis de que el matrimonio es un contrato, tenemos las opiniones de Ruggiero y Bonnacase. El primero se expresa así: *Naturaleza jurídica del matrimonio*. ¿Cuáles son, propiamente, el concepto y la naturaleza jurídica del matrimonio según nuestro derecho? La concepción contractualista introducida y profesada durante mucho tiempo por los canonistas, es la que prevaleció entre los civilistas franceses e italianos. Ciertamente que los más se apresuraron a añadir que el matrimonio ofrece caracteres peculiares y notas características; pero siempre es la idea del contrato la dominante, porque según los partidarios de esta teoría, es el acuerdo de los esposos lo que crea el vínculo, ya que, como en los demás contratos, es en éste necesario y suficiente el consentimiento inicial, y porque también en éste, como en los demás contratos, el acuerdo se produce para regular una relación ju

(142).- Planiol y Ripert. Ob. Cit. pp. 57 y 58.

rídica; las normas que exigen autorizaciones especiales, intervención de funcionario público y determinadas solemnidades o las que restringen la libertad de los contratantes o prohíben el establecimiento de términos y condiciones, o que niegan eficacia al disenso mutuo o que en general prohíben una regulación convencional de la relación, son consecuencias de la naturaleza especial de la convención y no destruyen, sin embargo, la esencia contractual de la misma.

Hay que reaccionar contra esta tendencia negando al matrimonio el carácter de contrato. No basta que se dé en aquel un acuerdo de voluntades para afirmar sin más que sea un contrato; ni es cierto tampoco que todo negocio bilateral sea contrato aunque los contratos constituyan la categoría más amplia de tales negocios. Nada se gana con añadir que la materia especial de este contrato implica derogaciones más o menos profundas a las normas que regulan la materia contractual. Precisamente las normas que no sólo limitan, sino que aniquilan toda autonomía de voluntad, demuestran la radical diferencia que media entre el contrato y el matrimonio. Contra lo que sucede en los contratos, el matrimonio está sustraído a la libre voluntad de las partes; éstas no pueden, en el matrimonio, estipular condiciones y términos ni adicionar cláusulas o modalidades ni disciplinar las relaciones conyugales de modo contrario al establecido en la ley; la libertad no surge sino cuando se trata de intereses patrimoniales, y aún en tal caso está muy limitada. Opuesta a la idea del contrato e inconciliable con ella es la absoluta inaplicabilidad al matrimonio del mutuo disenso; en cambio, no hay contrato que no pueda resolverse si las partes no quieren que el vínculo subsista.

Ajena también al contrato es la materia sobre que recae el acuerdo matrimonial, ya que no pueden ser objeto de convención contractual relaciones personales y familiares, que son precisamente la materia o el objeto de aquel. Todas las normas de los contratos son inaplicables al matrimonio, y las que parecen aplicables son las relativas al negocio jurídico, del cual constituye una especie el matrimonio. Lo que patentiza sobre todo la inexactitud de la doctrina contractualista, es la impotencia de los esposos para crear por sí solos el vínculo conyugal; el consentimiento de los esposos es absolutamente ineficaz si no interviene la declaración solemne del oficial --o juez-- del Estado civil. Esta intervención del Estado no es una mera forma que dé solemnidad al acto; tampoco puede decirse que el oficial del Estado civil ejerta aquí la función de fedatario atestando la existencia del consentimiento de los esposos, constatando la concurrencia de los requisitos necesarios al matrimonio y acreditando la celebración de éste; su función es, por el contrario,

esencialmente constitutiva, porque es el funcionario público quien, recibiendo la declaración de los contrayentes, los declara cónyuges ante la ley, constituyendo entre ellos la relación matrimonial. Antes de esta declaración del oficial, la de los esposos carece de eficacia, ya que no crea el vínculo matrimonial ni produce ninguna otra relación. Quizás peca de exagerada la opinión de algún autor que atribuye a la voluntad de los esposos el valor de simple supuesto, aunque esencial, privando de toda importancia a la voluntad de los contrayentes; pero, con todo, es indiscutible la preeminencia de la voluntad del Estado como perfeccionadora de la relación.

Si abandonamos la concepción contractualista, tendremos que considerar al matrimonio como un negocio jurídico complejo formado mediante el concurso de la voluntad de los particulares y la del Estado. Que no es un acto meramente privado, resulta de la ineficacia del simple acuerdo de los esposos; que no es un puro acto administrativo o un acto público, lo prueba la necesidad de que concorra el acuerdo de los esposos con la declaración del funcionario público representante del Estado.

Así se explica fácilmente por qué, siendo suficiente el consentimiento inicial, no basta, en cambio, la simple voluntad de los esposos para disolver el vínculo. La irrevocabilidad e inmutabilidad del matrimonio deriva de que concurriendo como concurre la voluntad de los esposos con la del Estado, no puede después la primera actuar eficazmente por sí sola. La indisolubilidad del vínculo que pasó del derecho canónico al nuestro ha cambiado de fundamento, porque ya no se basa en el carácter sacramental del matrimonio; tal indisolubilidad es consecuencia de que constituida la relación y estimando necesario, en consideración a un elevado interés, atribuirle el carácter de perpetuidad, la sustrae a la libre disposición de los esposos como sustrae otros vínculos y poderes familiares. Esto según Ruggiero<sup>(143)</sup>.

Por su parte Julián Bonnecase, en su obra: "La Filosofía del Código de Napoleón Aplicada al Derecho de Familia (traducción del Lic. José M. Cajica Jr., Puebla, 1945), ha sostenido que es totalmente falsa la tesis contractual. Al efecto, el ilustre jurista francés hace un estudio de la naturaleza jurídica del matrimonio desde todos los puntos de vista en que sería posible considerarlo, para condenar sin embajes la teoría contractual y adherirse a la tesis institucional del matrimonio. Desde luego rechaza el punto de vista de Planiol de que el legislador

(143).- Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. pp. 216 y 217.

francés haya procedido con un espíritu de moderación y cordura en la regulación jurídica de la familia y en cuanto a la concepción del matrimonio como un contrato, reconoce que de los trabajos preparatorios del Código Napoleón resulta con evidencia, que los redactores del mismo, a pesar de todos sus esfuerzos no lograron sustraerse a la creación de la idea del matrimonio - contrato, aún cuando precisaron algunas diferencias. Especialmente influyó la obra de Juan Jacobo Rousseau, el Contrato Social. También las ideas de Pothier que se adhirió asimismo a la tesis de Rousseau. Expresamente este último nos dice: "El matrimonio es el más excelente y antiguo de todos los contratos. Aun considerándolo únicamente en el orden civil es el más excelente, porque la sociedad civil está más interesada en él. Es el más antiguo, porque fue el primer contrato que celebraron los hombres. Inmediatamente que Dios hubo formado a Eva de una de las costillas de Adán, y que la hubo presentado a éste, nuestros dos primeros padres celebraron un contrato de matrimonio. Adán tomó a Eva por su esposa... Eva tomó recíprocamente a Adán por su esposo".

No obstante que los redactores del Código Napoleón aceptaron la idea de que el matrimonio es un contrato, en concepto de Bonnecase no fueron consecuentes con la misma, pues posteriormente al reglamentar la institución, no aplicaron en todas sus consecuencias la tesis contractual, sino más bien repudiaron esta idea. En efecto, en el Código francés el contrato se considera desde un punto de vista estrictamente económico y por esto se le estudia entre los diferentes medios de adquirir la propiedad. El artículo 1101 está concebido en los siguientes términos: "El contrato es un convenio por el cual una o varias personas se obligan hacia una o varias otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa". Además, toda la reglamentación del contrato está basada en el principio de la autonomía de la voluntad, es decir, la voluntad es soberana en la formación, efectos y disolución de los contratos. En el matrimonio, considera Bonnecase, que no se cumplen las reglas que lo caracterizan como un contrato, ni menos aún existe el principio de la autonomía de la voluntad por lo que se refiere a sus efectos y disolución. En primer lugar el oficial del Registro Civil recibe una declaración unilateral de cada uno de los contrayentes, bajo la forma de una respuesta a una pregunta formulada por él y después declara en nombre de la ley que los contrayentes quedan unidos en matrimonio. De este hecho deriva el citado autor que el oficial del Registro Civil no tiene como función completar la voluntad de las partes, sino que interviene constituyendo el matrimonio mismo. De manera distinta ocurre en el derecho canónico, pues el sacerdote no administra el sacramento

del matrimonio, concretándose sólo a dar la bendición nupcial y su papel se limita, por lo tanto, a la de un testigo calificado. Acepta Bonnecase la idea de Planiol de que la función del oficial del Registro Civil es constitutiva en el acto matrimonial y agrega que el acto no puede celebrarse, como los demás contratos, en cualquier lugar, sino que debe otorgarse en el domicilio de alguno de los contrayentes - o en el Registro Civil-. Además, el matrimonio debe anunciarse públicamente y el Código regula medidas de protección del consentimiento distintas de aquellas que señala para los contratos en general. La función de los vicios de la voluntad también es diversa en el matrimonio si se le compara con el régimen general de los contratos. Lo propio ocurre en cuanto a la capacidad de los contrayentes. En algunos aspectos el consentimiento en materia de matrimonio está menos protegido que en los contratos, pero en otros se le rodea de mayores seguridades. Por esto concluye Bonnecase: En resumen, no es exagerado afirmar que desde el punto de vista de su formación, el matrimonio nada tiene de común con el contrato. La misma observación ha de hacerse en lo que se refiere a su objeto. El matrimonio no tiende a apropiarse de las riquezas ni al aprovechamiento de los servicios susceptibles de valorización pecuniaria" (144).

"En cuanto a los efectos del matrimonio, encuentra el citado autor que hay una diferencia aún más radical, si se le compara con el contrato, que aquella que señala para la celebración del mismo, pues el principio de la autonomía de la voluntad que domina sin excepción los efectos de los contratos conforme al artículo 1156 del Código Napoleón, no tiene ningún efecto en materia matrimonial. Los consortes no pueden alterar el régimen del matrimonio, estipulando derechos y obligaciones distintos de los que imperativamente determina la ley. Carece de valor cualquier pacto que los contrayentes estipularen para cambiar el régimen legal o modificar los fines del matrimonio. "La naturaleza de las cosas exigía que se separase el matrimonio, en forma absoluta, de la noción de contrato. Encuéntrase la prueba de esto en el carácter confuso e incompleto, a la vez, de las definiciones de los autores de derecho civil, que reproduciremos más adelante, y que con ahínco tratan de presentar el estado de esposos bajo la forma de un conjunto de relaciones derivadas de un contrato y más o menos previstas por los esposos, al celebrar éste". En este sentido el artículo 138 del Código francés estatuye: "Los esposos no pueden derogar los dere-

(144).- Rojina Villegas, Rafael. Ibidem. pp. 217 y siguientes.

rechos derivados de la potestad marital sobre la persona de la mujer y de los hijos, y que pertenecen al marido como jefe, ni los derechos conferidos al esposo supérstite por el título de la patria potestad o por el de minoridad, tutela o emancipación, ni las disposiciones prohibitivas del presente Código".

En cuanto a la disolución del matrimonio, también se separa radicalmente de los contratos, pues no depende de la voluntad de los consortes disolver el vínculo matrimonial; en cambio, todo contrato concluye por mutuo disenso"<sup>(145)</sup>.

"Según la intención del legislador, el matrimonio únicamente puede ser disuelto por causas precisas y en condiciones rígidamente determinadas. La ley ha borrado del dominio del matrimonio la aplicación del artículo 1184 y de la condición resolutoria. Salvo los casos de nulidad por vicios contemporáneos del matrimonio, nunca es retroactiva la disolución de éste. Es más, aún habiéndose declarado su nulidad, puede el matrimonio continuar produciendo sus efectos; es esta hipótesis de los artículos 202, que consagran el matrimonio putativo. La ausencia de eficacia del consentimiento para disolver el matrimonio es, por lo demás, más bien una consecuencia de la formación del matrimonio, para la cual el consentimiento por sí solo es inoperante, que efecto de una disposición especial".

"Fundado en las consideraciones que preceden, Bonnacase acepta la idea del matrimonio - institución y considera que los grandes comentaristas del Código Napoleón cometieron un grave error al juzgar sobre la naturaleza del matrimonio"<sup>(146)</sup>.

e).- EL MATRIMONIO COMO CONTRATO DE ADHESION. "Como una modalidad en la teoría contractual, se ha aseverado que el matrimonio participa de las características generales de los contratos de adhesión, toda vez que los cónyuges no son libres para estipular derechos y obligaciones distintos de aquellos que imperativamente determina la ley. Situación semejante es la que se presenta en los contratos de adhesión, pues en ellos una parte simplemente tiene que aceptar en sus términos la oferta de la otra, sin la posibilidad de variar los términos de la misma. En ocasiones, el Estado reglamenta determinadas cláusulas o elementos de ciertos contratos de prestación de servicios públicos y en esos casos, las partes ya no son libres para determinar el contenido de tales cláusulas. Tal cosa ocurre en el contrato de transportes y en el de suministro de energía eléctrica. En el caso del matrimonio se es

(145).- Opus. Cit. Pág. 219.

(146).- Ob. Cit. pp. 219 y 220.

tima que por razones de interés público el Estado impone el régimen legal del mismo, de tal manera que los consortes simplemente se adhieren a ese estatuto, funcionando su voluntad sólo para el efecto de ponerlo en movimiento y aplicarlo, por lo tanto, a sujetos determinados. En cuanto a los contratos de adhesión se ha sostenido que en realidad prevalece la voluntad de una de las partes sobre la otra, o bien, la voluntad del Estado que a través de ciertos reglamentos determina algunas cláusulas o elementos de los contratos de prestación de servicios públicos. Respecto al matrimonio, no se puede sostener que prevalezca la voluntad de una parte sobre la de la otra, sino que es la voluntad del Estado expresada en la ley la que se impone, de tal manera que ambos consortes simplemente se adhieren a la misma para aceptar en sus términos la regulación legal".

"La tesis que comentamos no explica el papel que juega el oficial -- en México juez-- del Registro Civil que, como hemos dicho, es esencial y constitutivo para la existencia del matrimonio. Además, no puede considerarse que en dicho acto prevalece la voluntad de una parte sobre la voluntad de la otra, que es la situación normal en los contratos de adhesión. Existe desde luego un punto de contacto en lo que se refiere a la situación en que se encuentran los contratantes que se ven con-treñidos a aceptar la reglamentación que hace el Estado respecto de ciertas cláusulas en los contratos de prestación de servicios públicos, pues en ambos casos se to-ma en cuenta el interés general que regula la ley para imponer a los interesados en el acto jurídico, el estatuto correspondiente"<sup>(147)</sup>.

6).- EL MATRIMONIO COMO ESTADO JURIDICO. "Desde este punto de vista, el matrimonio se presenta como una doble consecuencia de la institución matrimonial y del acto jurídico que celebran las partes en unión del oficial del Registro Civil, pues constituye a la vez una situación jurídica permanente que rige la vida de los consortes y un acto jurídico mixto desde el momento de su celebración.

Los estados jurídicos se distinguen de los hechos y de los actos jurídicos, en virtud de que producen situaciones jurídicas permanentes, permitiendo la aplicabilidad de todo un estatuto legal a situaciones determinadas que continúan renovándose en forma más o menos indefinida. En este sentido, el matrimonio evidentemente que constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea para los mismos una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por apli-

(147).- *Ibidem*. Pág. 223.

cación del estatuto legal respectivo a todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial. Además, el matrimonio se presenta como un estado de derecho en oposición a los simples estados de hecho. La ley puede reglamentar estados permanentes, tomando en cuenta ciertas situaciones naturales, como ocurre en materia de servidumbres por el desnivel de los predios o con el subsuelo mineral para originar la propiedad del Estado; o bien, puede referirse a relaciones humanas que por implicar derechos y obligaciones derivados de un acto jurídico, constituyen verdaderos estados de derecho. Así es como podemos distinguir los estados de hecho que nacen de hechos jurídicos y los estados de derecho que nacen de actos jurídicos. También cabe distinguir los estados naturales y los estados del hombre, en el primer caso se trata de situaciones derivadas de hechos que son independientes del hombre, pero que el derecho organiza para establecer múltiples consecuencias, como sucede con los ejemplos ya citados en materia de servidumbres y de propiedad del Estado sobre el subsuelo. En el segundo caso se comprenden aquellas situaciones permanentes relacionadas con el hombre, que la ley regula asimismo, tales como el parentesco consanguíneo, el concubinato y el matrimonio. Los estados del hombre pueden ser estados de hecho y estados de derecho, según que nazcan de hechos o de actos jurídicos. Por ejemplo, el concubinato es un estado de hecho y el matrimonio es un estado de derecho. En el parentesco tenemos estados del hombre que a su vez pueden ser de hecho o de derecho. Verbigracia: el parentesco consanguíneo que nace de un hecho y constituye un estado también de hecho; en cambio, el parentesco por adopción que nace de un acto jurídico, constituye un estado de derecho.

Refiriéndonos ya al matrimonio lo caracterizamos como un estado de derecho en oposición al concubinato que es un simple estado de hecho. En ambos casos existe analogía desde el punto de vista de que constituye estados del hombre debidos a la unión sexual más o menos permanente; pero en tanto que el matrimonio es un estado de derecho sujeto a un estatuto jurídico que origina derechos y obligaciones entre los consortes, creando una forma permanente de vida regulada en su constitución, en sus efectos y en su disolución por la ley; en el concubinato no encontramos esa regulación normativa, aún cuando sí produce determinadas consecuencias jurídicas. Precisamente en atención a tales consecuencias podemos considerarlo como un estado jurídico de hecho. Si careciere totalmente de esos efectos tendríamos que reconocer que se trataba de un estado ajurídico.

Los estados del hombre pueden influir en su capacidad, como son respectivamente los estados de interdicción o de minoridad. El matrimonio influye en la capacidad de los consortes; especialmente de la mujer. Tradicionalmente la esposa había venido siendo considerada como incapaz, tanto en el derecho romano como en los Códigos que se inspiraron en el de Napoleón. Nuestros ordenamientos de 1870 y 1884 originaron una incapacidad en la esposa tanto para celebrar directamente actos jurídicos, cuanto para comparecer en juicio. En el Código vigente se regulan todavía algunas incapacidades pero comunes a ambos cónyuges. El artículo 172 declara: "El marido y la mujer, mayores de edad, tienen capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios y ejecutar las acciones u oponer las excepciones que a ellos corresponden, sin que para tal objeto necesite el esposo del consentimiento de la esposa, ni ésta de la autorización de aquel, salvo lo que se estipule en las capitulaciones matrimoniales sobre administración de los bienes". En el artículo 176 se crea una incapacidad especial para los cónyuges, cuando el matrimonio se haya celebrado bajo el régimen de sociedad conyugal, pues se estatuye que el contrato de compraventa sólo podrá celebrarse entre los mismos cuando se haya casado bajo el régimen de separación de bienes. A contrario sensu, no podrán celebrar dicho contrato cuando exista sociedad conyugal. Por último, el artículo 177 - del Código Civil del D. F. - permite que durante el matrimonio, el marido y la mujer podrán ejercitar todos los derechos y acciones que tengan el uno contra el otro, pero la prescripción no correrá mientras dure el matrimonio.

El estado matrimonial tiene consecuencias importantes respecto a la vigencia del matrimonio, a sus efectos y a su disolución, pues aún cuando se inicia por un acto jurídico, en realidad se perfecciona a través de la vida en común; sin el estado matrimonial no puede cumplirse el deber de convivencia que existe entre los esposos. Por consiguiente, faltando ese estado puede darse el caso de disolución en los términos de las fracciones VIII y IX del artículo 267, conforme a las cuales son causas de divorcio:

"VIII. La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;

IX. La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio".

El estado matrimonial está también reconocido por los artículos 162 y 163: "los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges" "Art. 163. Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Los tribunales, con conocimiento de causa, podrán eximir de esta obligación a alguno de ellos, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezca en lugar insalubre e indecoroso". De acuerdo con el artículo 162 serán nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio, y, por lo tanto, todo convenio en el cual se pacte que los consortes no realizarán vida común, pues entraña una estipulación contraria a los fines del matrimonio. Además, cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta, según el artículo 147. Tan evidente es la finalidad que en este aspecto ha protegido el legislador, que a primera vista la fracción IX del artículo 267 podría parecer injusta, en virtud de que reconoce como causa de divorcio la separación del hogar conyugal originada por un motivo que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable su demanda de divorcio. Es decir, se le da al cónyuge inocente que ha tenido causa para separarse del hogar conyugal un término máximo de un año para que entable su demanda de divorcio, bajo la sanción de que si no lo hace, el cónyuge culpable adquirirá, por ese solo hecho, la calidad de inocente y estará facultado para exigir el divorcio. La finalidad que se propone el legislador en este caso es la de evitar que los consortes vivan separados aún en el supuesto de que el cónyuge que se hubiere separado tuviere causa bastante para ello. Prefiere el legislador que el mismo cónyuge culpable después de un año de vivir separado, si no entabla su demanda el inocente, adquiera un derecho para exigir el divorcio, a tolerar una separación indefinida entre los consortes que atentaría contra el estado matrimonial.

Tomando en cuenta las ideas expuestas, resulta evidente que el matrimonio no puede definirse como acto jurídico simplemente, es decir, no se agota en el solo acto de su celebración, pues sería un matrimonio incompleto. La plenitud de sus consecuencias jurídicas, la realización de su fin, y sobre todo, el cumplimiento de las obligaciones entre marido y mujer y en la relación con los hijos, dependen fundamentalmente del estado matrimonial. Además, es indiscutible que tales derechos y

obligaciones sólo podrán cumplirse satisfactoriamente a través de la vida en común.

De aquí el interés no sólo doctrinario sino también estrictamente legal, para distinguir entre el acto que inicia el estado matrimonial y ese estado propiamente dicho" (148).

Así pues, hemos hecho referencia a los diferentes puntos de vista con que se contempla el matrimonio, esto es, nos hemos referido a los principales puntos de vista con que se le considera.

Nosotros consideramos, en primer término, que debe desecharse totalmente la tesis que ve en el matrimonio un contrato, no podemos considerar que por el hecho de que se les exija a los presuntos contrayentes la determinación de un sistema de capitulación matrimonial, que porque los contrayentes manifiesten su voluntad de unirse en matrimonio, ya por estos hechos se va a considerar al matrimonio como un contrato. Además de que se cuidan muy bien los que sostienen esta tesis contractual del matrimonio en tratar de no hacer referencia en cuanto al objeto del matrimonio, elemento esencial en cualquier contrato, que además debe tener ciertas características, como las que enuncia el artículo 1825 del Código Civil mexicano para el Distrito Federal, y dichas características son:

- 1.- Existir en la naturaleza;
- 2.- Ser determinada o determinable en cuanto a su especie;
- 3.- Estar en el comercio.

De lo que se deduce que mientras el objeto no cumpla con estas características no podrá siquiera hablarse de acto jurídico contractual alguno, pues encontramos la inexistencia del acto jurídico. Con esto tan elemental, pero básico, tendríamos para sostener que el matrimonio no es un contrato. Más aún, ¿el objeto del matrimonio es de carácter pecuniario? u obedece al nacimiento de algo muy superior?. Consideramos lo segundo, no porque vivamos en un sistema eminentemente capitalista, queramos convertir todo, o reducir todo a las cuestiones materiales, superfluas en esta materia. Si analizamos los elementos esenciales y de validez del acto jurídico, con relación al matrimonio, comprobamos su inaplicabilidad desde todos los puntos de vista. No podemos, pues, decir que es un contrato el matrimonio,

(148).- Opus Cit. pp. 223 y siguientes.

por las razones asentadas. Ciertamente, y para seguridad de la mujer, principalmente, se exige que los contrayentes determinen el régimen de capitulación matrimonial bajo la cual se casan, por lo que, este contrato o convenio entre los cónyuges, no es un requisito de fondo, sino uno muy secundario, no obstante esto, el legislador para mayor seguridad jurídica, para los hijos y la cónyuge, principalmente, ha establecido este requisito en el momento de la celebración del matrimonio o antes.

#### DEFINICION DEL MATRIMONIO SEGUN NUESTRO PUNTO DE VISTA

Por lo tanto, y considerando las tesis antes transcritas, consideramos que "el matrimonio es una institución social y permanente, solemne, de naturaleza mixta en su celebración que une jurídicamente a un solo hombre con una sola mujer, que con paridad de derechos y obligaciones crean el nacimiento y estabilidad de una familia; así como la realización de los fines propios de esta institución".

Aseveramos que el matrimonio es una institución social, permanente, solemne, de naturaleza mixta en su celebración, que une jurídicamente a los contrayentes, con iguales derechos tendientes a la estabilidad de la familia, así como a la realización de los fines propios del matrimonio.

- 1º.- Es una institución social, porque surge de la permanencia conyugal, para crear a la familia. Y porque esta institución puede ser creada por cualquiera pareja de sexos opuestos, que cumplan con los requisitos previstos por la ley, para la celebración de la misma.
- 2º.- Permanente, porque su objeto es la vida en común y la ayuda mutua en el peso de la vida. Entendida como una institución duradera.
- 3º.- Es solemne, porque para su existencia, la voluntad de los consortes no basta, sino que ésta debe manifestarse ante el Juez del Registro Civil.
- 4º.- De naturaleza mixta en su celebración. Porque en su celebración interviene no sólo la voluntad particular de los contrayentes, sino también la voluntad estatal. Sin la cual no hay matrimonio.

Debemos observar un aspecto muy interesante en esto, ya que la voluntad particular se manifiesta ante el Juez del Registro Civil, hasta aquí podríamos decir que tiene validez la autonomía de la voluntad de las partes, propia del derecho civil, pero una vez celebrado el matrimonio, el Estado a través de todo su poder,

impone a los cónyuges todo un ordenamiento jurídico que tendrán que cumplir: el Derecho Familiar. Que impone a los cónyuges deberes y otorga ciertos derechos. Aquí observamos cómo el Estado sustrae esa voluntad y regula el interés superior de que hemos venido hablando, con lo que suprime la voluntad particular de los cónyuges, cuando ésta se encamine contra los fines de institución tan alta.

Si se nota, el carácter contractual, en nuestra definición no aparece, por considerarlo muy secundario en nuestra materia, sin embargo, el mismo existe, pero únicamente en cuanto a los bienes de los contrayentes, de una manera secundaria para nosotros.

Además de que con el matrimonio se crea un estado jurídico, que crea situaciones jurídicas permanentes, permitiendo que se aplique todo un estatuto legal, llamado Derecho Familiar.

Con esto queremos dejar asentado que varias de las tesis que se manejan pudieran tener cierta aplicación en esta materia. Aceptando por nuestra parte la tesis institucional, de naturaleza mixta y la del estado jurídico, en cuanto a los efectos del matrimonio, es decir, es una teoría que tiene aplicación para el matrimonio, después de celebrado éste, porque ciertamente se crea entre los cónyuges un estado jurídico. Tan lo hemos reconocido que aceptamos la definición dada por Julián Guitrón, del Derecho Familiar que es: "El Derecho Familiar es el conjunto de normas jurídicas que regulan el estado de familia, tanto matrimonial, cuanto extramatrimonial, así como sus efectos personales y patrimoniales"<sup>(149)</sup>.

Pues reconocido y admitido ese "estado de familia", reconocemos y admitimos el estado jurídico que se crea con el matrimonio, principalmente.

Hasta aquí, creemos haber agotado hasta donde nuestra capacidad ha podido, los argumentos en los que fundamos nuestra pretensión de separar al Derecho Familiar del Privado, y sobre todo del Derecho Civil.

(149).- Ignoramos, sinceramente si dicha definición es suya o no, se dio en clase, en Diciembre de 1951, en la U.N.A.M.

## CONCLUSIONES GENERALES DEL PRESENTE ESTUDIO

## CAPITULO I

1.- La aparición del hombre data de aproximadamente dos millones de años, sobre la faz de la tierra.

2.- Quien con conocimiento de causa, trató de introducir la evolución precisa en la prehistoria de la humanidad, y cuya teoría sigue viva en cuanto al origen de la familia, es el etnógrafo norteamericano Lewis H. Morgan, cuya clasificación es:

- |                 |              |  |
|-----------------|--------------|--|
| A).- SALVAJISMO | 1.- Inferior | Infancia del género humano   |
|                 | 2.- Medío    | Alimentación a base de pescado, aparece el fuego.  |
|                 | 3.- Superior | Inventan el arco y la flecha. Surge como consecuencia la caza regular.   |
| B).- BARBARTE   | 1.- Inferior | Introducción de la alfarería<br>Domesticación y cría de animales<br>Cultivo de las plantas.  |
|                 | 2.- Medío    | Domesticación de animales para suministrar leche y carne.  |
|                 | 3.- Superior | Fundición del mineral de hierro, agricultura en gran escala y pasa al estudio de la civilización con el invento de la escritura alfabética. Surge la división del Trabajo. Y con ello la escisión de clases. |

## C).- CIVILIZACIÓN

3.- La organización familiar, en sus inicios dentro del período del salvajismo era promiscua de tal suerte que estas relaciones sexuales tuvieran que darse -- aún entre padres e hijos, y desde luego entre hermanos. Nos encontramos pues en una promiscuidad absoluta. Posteriormente la organización familiar salió de este estudio primitivo, y en la llamada familia consanguínea ya los grupos conjugales se clasifican por generaciones de tal suerte que las abuelas y abuelos, en los límites de la familia son maridos y mujeres comunes; lo mismo sucede con sus hijos, es decir los biznietos de los primeros, formarán el cuarto círculo de generación de maridos comunes, pero excluyéndose ya las relaciones sexuales entre -- los ascendientes y descendientes sin embargo la cópula o relaciones sexuales entre hermanos aún subsiste en este período.

4.- Así tenemos que posteriormente surge un gran progreso en la organización familiar punalúa en la cual excluyen a los padres y a los hijos de las relaciones sexuales recíprocas, asimismo quedan también fuera de ellas los hermanos entre sí. Antes de llegar a esta etapa, encontramos al matrimonio por grupos, el cual fue progresivamente desapareciendo, hasta llegar a la monogamia actual. Esta empezó a surgir con la llamada familia sindiásmica, donde ya se forman parejas conyugales para un tiempo más o menos largo, donde el hombre tenía una mujer principal entre sus numerosas esposas, y era para ella el esposo principal entre todos los demás. Pero conforme fue desarrollando la gens e iban haciéndose más numerosas las clases de hermanos y de hermanas entre quienes el matrimonio era ya imposible y este tipo de unión fue consolidándose poco a poco. Por lo tanto, la evolución de la familia en los tiempos primitivos, nos revela una constante reducción del círculo en cuyo seno prevalece la comunidad conyugal entre los dos sexos, círculo que en sus inicios abarcaba la tribu entera. Con la exclusión progresiva, primero de los parientes más cercanos, después de los lejanos y, finalmente, de las personas meramente unidas por alianza, hace imposible en la práctica todo matrimonio por grupos; en última instancia no queda sino la pareja, unida por vínculos frágiles aún.

También observamos, cómo la filiación era vía materna en la organización familiar primitiva, hasta hacerse vía paterno - materna.

En la gens Iroquesa, observamos que la filiación se realiza matriarcalmente, donde tenemos que las "gens", son grupos familiares, unidos por vía consanguínea, "gens", significa "engendrar".

Asimismo, en la gens iroquesa encontramos una organización avanzada.

5.- En esta circunstancia encontramos que las atribuciones de una gens india típica tiene en sus miembros principios de libertad, igualdad y fraternidad, éstos son, aunque "nunca formulados", los principios cardinales de la gens, y ésta última es, a su vez, la unidad de todo un sistema social, la base de la sociedad india organizada. Así pues, la filiación en la gens iroquesa en sus principios fue vía materna, sufriendo la misma evolución anteriormente señalada consistente en que con el tiempo dicha filiación se hiciera vía paterna. Con el devenir histórico estas gens fueron desarrollándose conforme la explosión

demográfica fue haciéndose más densa, organizándose en fratrias, o sea, la unión de varias gens, bajo esta organización la gens se fortaleció, siendo sus funciones en parte sociales y religiosas.

Su desarrollo llegó a tal grado que dichas fratrias tuvieron que unirse en tribus. Encontramos en esta organización Iroquesa la ausencia del Estado. Este nace gradualmente como un proceso histórico determinado.

Sin embargo, estas comunidades primitivas estaban destinadas a perecer, debido a la influencia externa de la nueva sociedad civilizada, pues los intereses más viles, el robo, la sociedad de clases, etc., minan la antigua sencillez existente en las "gens", sociedad sin clases, y la llevan a su perdición.

- 6.- En los umbrales de la civilización surge la Gens Griega, en ésta, es el derecho patriarcal el que tiene primacía sobre el materno; por esto mismo la propiedad privada, en proceso de surgimiento, abre la primera brecha en la constitución gentilicia.

Al introducirse el derecho paterno, cuando una mujer rica contrae nupcias, su fortuna pasa al marido, es decir, a otra gens, con lo que destruye todo el fundamento del derecho gentil; por tanto, no sólo es lícito sino hasta obligatorio en este caso, que la joven núbil se case dentro de su gens, con el fin de que los bienes no salgan de ésta.

- 7.- Por tanto, en la gens, la familia no constituyó una célula orgánica, porque el marido y la mujer pertenecían por necesidad a dos gens diferentes; ya que la familia entraba a las gens de ambos a medias.

Asimismo, el Estado naciente, no reconoce a la familia en el Derecho Público, esto es, no se ocupó de protegerla. Hasta aquí sólo existe el Derecho Civil.

De esta forma, en la estructura griega de la época heroica, podemos ver aún llena de vigor la antigua organización de la gens, pero también, el inicio de su inevitable decadencia: el derecho paterno con herencia de la fortuna por los hijos, lo que facilita la acumulación de las riquezas de la familia y hace de ésta un poder contrario a la gens; trae asimismo la formación de los gérme-

nes de una nobleza hereditaria y una monarquía; la esclavitud, la colonización de los pueblos más fuertes sobre los débiles militarmente, abusando de la antigua organización de la gens para justificar el robo de las riquezas por medio de la violencia. No faltaba más que el surgimiento pleno de una Institución que no sólo asegurase las riquezas de los individuos contra las tradiciones comunistas, sino que además, garantizara este dominio. Esta Institución se llamó Estado. Surgiendo como protector de la clase privilegiada económicamente hablando. Sin embargo, el mismo tuvo que cambiar su imagen y función, para poder subsistir, debiendo proteger el interés general, además de regular la propiedad privada, el crecimiento demográfico, sus costumbres decayentes, etc., debieron influir para la creación de una Institución capaz de salvaguardar y proteger los intereses de la mayoría, surgiendo, pues, el Estado Griego.

- 8.- El pueblo Céltico y Germano que acababan de pasar por el estadio medio y entraban al superior de la barbarie, sufrieron idénticas transformaciones a las de las tribus americanas y las de las gens griega y romana, dando como resultado el aniquilamiento del régimen gentilicio. Surgiendo en su lugar el Estado, el cual fue producto del desarrollo histórico.
- 9.- La estructura familiar de la gran mayoría de los pueblos orientales, tuvo las siguientes características fundamentales:
  - 1º.- En los albores de estos pueblos, la mujer tenía un lugar muy privilegiado, dentro de la sociedad;
  - 2º.- En el transcurso del tiempo el matriarcado decayó, surgiendo entonces el patriarcado, de donde la filiación materna desaparece y surge la filiación paterna. Dejando a la mujer en un plano de inferioridad frente al hombre;
  - 3º.- En la gran mayoría de estos pueblos, la mujer debería llegar virgen al matrimonio, so pena del castigo de muerte, asimismo el adulterio era severamente castigado en la mujer, no así en el hombre, el cual pagaba su culpa, mientras la mujer recibía en la gran mayoría de estos pueblos el castigo de muerte;

4º.- Debido a la escasa población, se exaltaba la maternidad y el matrimonio a edad muy temprana, y el aborto e infanticidio eran duramente castigados, considerándose crímenes imperdonables;

5º.- La poligamia es permitida, pero exclusivamente a los hombres, ésta era practicada generalmente por los ricos;

6º.- El matrimonio en estos pueblos se realizaban por:

a).- Acuerdo de los padres de los presuntos contrayentes;

b).- Por raptó;

c).- Por compra;

d).- Finalmente por el consentimiento de los contrayentes.

7º.- En algunos pueblos se admite el divorcio, generalmente por las causas de esterilidad, adulterio, incompatibilidad de caracteres.

10.- Hemos tratado de esbozar un panorama general de la organización de la familia a través de su evolución, en la misma observamos cómo estaban constituidas las gens primitivas, bajo el amparo del derecho materno y filiación materna, posteriormente cómo el mismo dio paso al patriarcado cuando el matrimonio por grupos es reemplazado por la monogamia, en forma progresiva hasta llegar a la actual organización de la familia, la cual es eminentemente monógama.

Así, podemos entender a la familia desde el punto de vista jurídico, como "el conjunto de personas ligadas por el matrimonio o la filiación, o personas vinculadas por lazos de consanguinidad o afinidad, resultantes de las relaciones matrimoniales o paterno - filiales o de adopción". O bien, "La familia es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo del matrimonio, o por el parentesco de consanguinidad, adopción o afinidad". o "la familia es la institución social, permanente y natural compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación".

Así pues, la familia ha pasado por diversas fases de desarrollo, y ha tenido distintas características en su organización.

Además del punto de vista jurídico, la familia puede observarse desde los puntos de vista sociológico, político y económico.

Desde el punto de vista sociológico, podemos decir que "la familia es un grupo de personas que emergen o surgen del hecho de la relación sexual o cópula que origina la procreación, donde un progenitor común va a dar una familia". La familia sociológicamente hablando, deriva, pues, del hecho social de la procreación.

Desde el punto de vista político, podemos decir que en los pueblos más antiguos la familia constituía una célula del Estado. Este carácter político resultaba fuertemente acentuado en la familia romana, colocada bajo la soberanía absoluta del Paterfamilias, quien era al mismo tiempo jefe, juez y sacerdote de su hogar. Igualmente, en la sociedad feudal, las relaciones de familia señalan la clase del individuo.

El principio de igualdad civil y política, ha hecho desaparecer ese carácter político de la agrupación familiar.

Desde el punto de vista económico, la familia primitiva era una agrupación económica; la propiedad fue como hemos visto, de tipo familiar, común, antes de ser particular; la producción era domiciliaria y el trabajo doméstico aseguraba la subsistencia de la familia. Sin embargo, la propiedad individual se abrió paso en seguida; pero no así la producción doméstica, que ha ido desapareciendo más lentamente, hasta su aniquilamiento, debido a la organización industrial. Las consecuencias de esta evolución han sido considerables. La esposa y los hijos al no encontrar ya en el hogar ocupaciones suficientes, han buscado trabajo en las fábricas o en el taller. O bien, la mujer se ha dedicado al ejercicio de alguna profesión, logrando con esto, emanciparse de las labores exclusivamente domésticas y ha logrado un amplio desarrollo en todas las áreas de la actividad y conocimiento humano. La familia ha dejado, pues, de ser un grupo productor desde este punto de vista, pero continúa siendo una agrupación de propiedad. Claro que esta última es de carácter individual, pero gracias al régimen jurídico nuestro, la propiedad privada puede pasar a los descendientes u otra persona a través de la herencia, principalmente a los descendientes del de cuius. Además, los cónyuges al contraer matrimonio unen sus patrimonios

-- a veces-- . Por lo que este punto de vista económico, tiene su función, secundaria para nosotros, pero la tiene en el seno familiar. Por lo tanto, atendiendo a la reglamentación jurídica de la familia, encontramos situaciones trascendentales en la pareja inicial y sus descendientes, siendo la intervención del Estado la encargada de regular todas sus consecuencias. Esas consecuencias y efectos son los productores del Derecho Familiar, entendido como "El conjunto de normas jurídicas que regulan el estado de familia, tanto matrimonial, cuanto extramatrimonial, así como sus efectos personales y patrimoniales".

En occidente, podemos considerar que la familia está compuesta, en términos generales por el matrimonio, es decir, por los cónyuges y sus hijos, y el padre y la madre ejercen igualmente la misma autoridad dentro del hogar. Sin embargo, consideramos que la institución familiar se encuentra en crisis, porque han disminuido su importancia, tanto en la educación de los hijos, como a través de los distintos medios de comunicación, como son la radio, televisión, el cinematógrafo, etc. Los cuales ayudan a que se pierdan los lazos y valores espirituales de acercamiento entre los miembros de la familia. También desequilibra la organización familiar, la aparición cada vez más alarmante de las separaciones entre los cónyuges, que dan lugar a otras familias.

Contra todos estos factores, debe surgir un Derecho Familiar, autónomo que devuelva a la familia el lugar que le corresponde dentro de cualesquiera sociedad. Derecho Familiar que debe ser reglamentado por el Estado. Pero éste de ninguna manera debe imiscuirse en el seno familiar. Este es el primer argumento de nuestra tesis, para devolver a la familia el primer lugar dentro de toda la organización social y estatal, ya que la familia se encuentra aún por encima del Estado, y éste debe reglamentarla y tutelar sus intereses tan preciados. Puesto que, como hemos observado, en cuanto a su nacimiento y evolución, debemos anotar la gran importancia que como fenómeno sociológico ha tenido y sigue teniendo, en las diversas formas de gobierno, las cuales han surgido natural y necesariamente de la familia, por lo que desde ahora anotamos esta gran importancia, como un fundamento más a nuestra tesis, en relación con la necesaria reglamentación que el Estado debe hacer de la familia.

Las cátedras en la Universidad, la práctica en los juzgados, la preparación de especialistas en materia familiar, los estudios y leyes proteccionistas y tutelares de la familia y todo los medios posibles de divulgación para este efecto, permitirán la realización de lo apuntado.

Por lo tanto, la familia de nuestros días, reclama una reglamentación presente, acorde a la realidad mexicana, y una reglamentación previsible para el futuro inmediato, de tal suerte que el aspecto humanista de que carece la legislación actual, en términos generales, se le otorgue a través del convencimiento de que la familia constituye el asiento principal de la actual organización social y estatal.

## C A P I T U L O I I .

### "EL ESTADO Y LA FAMILIA"

II.- Atenas, representa un modelo típico de la formación de la institución llamada Estado, por lo menos en su primera fase, desarrollándose éste, en parte transformando los órganos de la constitución gentil, en parte suprimiéndolos por auténticos organismos de administración del Estado, usurpando el lugar del verdadero "pueblo en armas" una "fuerza pública" armada. Esto es la organización de las gens, fratrias, tribus, fue destruida por el proceso histórico dado, surgiendo así el Estado, el cual fue recibido por una división del trabajo, por la propiedad privada, el comercio marítimo y el préstamo con usura, trayendo todo esto el desequilibrio y finalmente la destrucción de la organización gentilicia. De esta constitución perfeccionada, surge la República democrática.

En el pueblo romano, heredero de las tradiciones y cultura griegas, sucedió, respecto al Estado un proceso similar.

12.- La familia fue asimismo, un producto natural, resultado de un proceso histórico determinado.

13.- En cuanto a la evolución del Estado, o procesos de formación de éste, podemos observar las siguientes fases:

a).- Existencia humana. Como hemos visto, los primeros datos que se nos ofrecen acerca de la vida histórica de la humanidad, es la existencia de un conjunto de habitantes primitivos, que viven en forma aislada;

- b).- Posteriormente surge la población. Posteriormente este conjunto de habitantes aislados, se asientan en un territorio común determinado, formándose paulatinamente una población cada vez más densa dentro de un territorio determinado, esta población surge del mero hecho de la convivencia. La población, es pues, "un grupo humano que reside en un cierto espacio guardando con éste una simple relación física".
- c).- Comunidad. Asimismo, cuando esas relaciones entre los individuos que conforman ese grupo no derivan únicamente del hecho de convivir juntos, sino de elementos comunes de carácter sociológico, histórico, religioso, o económico, culturales, etc. Es decir, cuando a ese grupo lo unen factores de tipo cultural como la historia, tradición y las costumbres, o factores geográficos y económicos, entonces esa población asume la calidad de comunidad, Ésta es una forma superior a la simple población;
- d).- Nación. Esta comunidad anteriormente descrita se convierte en nación, cuando "entra en la esfera del autoconocimiento, o en otras palabras, cuando el grupo étnico se torna consciente del hecho de que constituye una comunidad de normas de sentimiento, o mejor aún, tiene una psiquis común inconsciente, poseyendo su propia unidad e individualidad y su propia voluntad de perdurar en el tiempo". Una nación es una comunidad de gentes que advierte cómo la historia las ha hecho, que valoran su pasado y que se aman a sí mismas tal cual saben o se imaginan ser, con una especie de inevitable introversión". Así pues, el concepto de nación es eminentemente sociológico y atañe al ser comunitario más importante dentro del que las individualidades constitutivas del mismo, están permanentemente vinculadas, unidas, por diferentes factores de carácter material, cultural y sentimental.
- e).- Estado. Pero en cuanto la sociedad persigue un fin a alcanzar, y en cuanto la comunidad nacional toma la decisión de organizarse políticamente, se convierte en una sociedad política. Esta conversión opera mediante la existencia de un orden jurídico que es el que establece su estructura orgánica, producto de un acto constituyente. Siendo la formación de la sociedad - comunidad de carácter natural, y la de nación - sociedad de creación jurídica. Este orden jurídico supone necesariamente un poder, éste es el medio por el cual se consigue el fin, o sea, la orga-

nización o estructura jurídico - política que la nación pretende darse, esto es la autodeterminación, en sus asuntos internos y la forma de actuar respecto de los externos. Ahora bien, cuando esta estructura jurídico - política comprende a toda una nación -- pueblo en sentido sociológico -- o a varias comunidades nacionales que constituyen la población total asentada dentro de un determinado territorio, se origina un fenómeno que consiste en la formación de una persona moral denominada Estado, el cual es la culminación de todo un proceso evolutivo en el que se encadenan sucesivamente diversos factores los mismos que se convierten en elementos constitutivos de la entidad estatal que los sintetiza en su ser y los comprende en su definición. Así pues, existen, además, varias teorías que explican la formación y evolución de la Institución llamada Estado, nosotros nos adherimos a la que ve en la formación del Estado, el producto de un proceso histórico, que hemos podido observar en el paso de la barbarie a la civilización, con la primera fase de ésta, es decir, con la antigüedad, con las primeras civilizaciones.

Podemos concebir al Estado como "la organización jurídica de una sociedad, que se realiza bajo un poder de dominación, el cual es ejercido dentro de un territorio determinado". De donde resulta que los principales elementos constitutivos de esta Institución son: la población, el territorio y el poder político. Así, pues, dejamos asentado, cómo el Estado se transformó después de haber surgido como protector de una clase dominante, para convertirse, en la gran mayoría de los pueblos, en protector de los intereses de la mayoría, fundado bajo un ordenamiento jurídico fundamental llamado "Constitución Política de los Estados".

- 12.- La familia que conformaban las gens, fratrias y tribus, fueron la base del nuevo Estado moderno, siendo éstas las que gracias al proceso histórico dieron origen al mismo, creando posteriormente, un ordenamiento jurídico que pudiese estructurar al nuevo ser naciente. Pero la familia es y ha sido el grado máximo dentro de cualesquiera sociedad. Es ésta la base del Estado, y éste debe reglamentar a la familia con un ordenamiento propio, independiente para que pueda ser aplicada a ella, entendida como una unidad, estableciendo los derechos y deberes de cada uno de sus miembros. Así, ese conjunto de familias, en un momento histórico determinado, se vio en la necesidad de crear un ordenamiento jurídico, el cual dio vida al Estado moderno, para que éste protegiera los intereses de las mayorías en sociedad.

13.- Si nos remontamos a la historia observamos que existió primeramente dentro del hogar el dominio de la mujer, por lo que a esta fase se le llamó matriarcado, donde la filiación era vía materna; posteriormente surgió el dominio del hombre, surgiendo el patriarcado, imperando en el mando la decisión del más anciano, y como consecuencia, el más sabio. Donde este individuo patriarca del clan de la tribu y de la familia, podía incluso disponer de la vida de sus miembros. Esta organización fue muy primitiva.

En el pueblo romano, encontramos algo parecido, con la institución del Paterfamilias, el cual era el jefe de la domus, dueño de todas las cosas y aún de los miembros que la integraban y consiguientemente disponía de todo a su arbitrio. Al principio estuvo fuera de los preceptos del Derecho y, posteriormente, su limitado poder, se reglamentó en la ciencia jurídica romana de ese tiempo, de tal modo que el máximo jefe de la familia tuvo que ser controlado, por el Derecho, que a su vez crea al Estado, y éste se ve obligado a restarle fuerza al poder del paterfamilias, para proteger y tutelar a los miembros de la misma. Así, la intervención del Estado en la organización familiar, se hizo cada vez más necesaria, hasta que la dotó de un ordenamiento dentro del Derecho Civil. Otorgando a sus miembros los derechos y deberes resultantes de esas relaciones familiares. En la actualidad y dada las características propias del Derecho Familiar, se hace necesario la autonomía, independencia de éste respecto del Derecho Civil. Y consecuentemente del Derecho Privado.

Así, el Estado, se ha preocupado por la alimentación de los hijos, por una educación, se ha interesado también por la solución de los conflictos conyugales sobre la educación de los hijos, de los mismos cónyuges, del control del poder del padre dentro del seno familiar; llega el Estado a tutelar a los niños huérfanos o de padres desconocidos; recoge y protege a los niños abandonados, esta intervención ha sido acertada, ya que se inspira en una idea de protección y tutela de los miembros más débiles de la sociedad: los niños, pero no sólo a ellos va dirigida esa tutela estatal, sino a todo el núcleo o grupo que conforman la familia. Ciertamente consideramos la imperiosa necesidad de que esta labor legislativa debe culminar en una legislación independiente del Derecho Familiar, esto es, éste debe ser reconocido un nuevo género dentro del campo jurídico, por la sencilla razón de que lo es, y por lo tanto debe salir de la legislación del Derecho Privado y concretamente del Derecho Civil. Ya que el Derecho Familiar y éste, así como las demás ramas del Derecho tutelan intereses distintos.

El Derecho Familiar tiene como bien jurídicamente tutelado el interés superior del núcleo familiar, tutelando y protegiendo al núcleo de la familia concebida ésta como una unidad, la cual posee distintos órganos o titulares. Con la legislación específica que proponemos a lo largo del presente, se logrará salvar las grandes fallas que actualmente posee nuestra legislación en materia familiar. Se suprimiría, tal vez el divorcio voluntario administrativo, o por lo menos se dejaría en manos de un verdadero Juez Familiar y no de un simple empleado administrativo, como es el "juez" del Registro Civil, al cual ni siquiera se le exige jurídicamente tener la licenciatura en Derecho. Así, el Estado debe entender que mientras mejor organizada esté su base, es decir, la familia, éste logrará su pleno desarrollo.

En fin, nuestra primer meta es separar al Derecho Familiar del Derecho Civil.

### C A P I T U L O   I I I

#### "DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE EL DERECHO DE FAMILIA, DERECHO PRIVADO, DERECHO PUBLICO Y DERECHO SOCIAL".

14.- Los juristas han distinguido el Derecho Público del Privado, para llegar a la conclusión de que tal distinción carece de bases científicas, Si entendemos por Público todo aquello que se refiere a las manifestaciones funcionales de la sociedad constituida en Estado, es indudable que todo Derecho emanado de esas funciones será público por razón de su origen, sea cual fuere la nota calificativa que pudiera convenirle. Sin embargo, reconocemos que la distinción tiene un fondo práctico que no conviene desconocer y que en la vida jurídica adquiere en determinados momentos cierta importancia.

Pero la cuestión así planteada, representa entonces también otra necesidad, debido a la transformación que ha venido sufriendo la sociedad y con ella el Derecho, de tal suerte que es necesario distinguir entre Derecho Público, Derecho Privado, Derecho Social y Derecho Familiar.

15.- La división del Derecho en Público y Privado, tuvo una formación progresiva en el transcurso de la vida de Roma.

- 16.- Para establecer si el Derecho es Público o Privado, el criterio no debe ser otro que inquirir los fines que la norma positiva tiende a alcanzar. Si los fines son individuales, el Derecho puede llamarse Privado; si son colectivos, el Derecho será Público; y si el mismo pretende la protección de un interés superior como el familiar, el Derecho será Familiar. Pues se ocupa de tutelar y proteger al núcleo más importante: el familiar.
- 17.- El objetivo fundamental de nuestra investigación es determinar la naturaleza jurídica del Derecho Familiar, sobre este objeto, trataremos de fundar nuestro criterio, sostenido a lo largo del presente estudio, el cual consiste fundamentalmente en sostener que el Derecho Familiar, no forma parte del Derecho Público, ni tampoco del Derecho Privado, sino que representa un nuevo género, autónomo e independiente, de los anteriormente enunciados.

Así, nuestra base inicial es el trabajo de Don Antonio Ciciú, sosteniendo la autonomía del Derecho Familiar, en su obra "El Derecho de Familia".

El Derecho Familiar, no es Derecho Social, puesto que la teoría que distingue entre derecho individual y derecho social se separa de nuestra concepción del derecho privado y público, en cuanto contrapone al individuo no el Estado, no un ente público en general, sino toda colectividad organizada. La misma ve una profunda diferencia de estructura en las relaciones jurídicas, según que el sujeto de derecho se presente en ellas como ente por sí, independientemente, o como miembro de un todo organizado.

Estamos de acuerdo con Antonio Ciciú, de que el Derecho Familiar no forma parte del Derecho Social, principalmente por ser distinta la concepción del uno y del otro, tutelando cada cual intereses diferentes unos respecto del otro. Entendiendo por Derecho Social aquel conjunto de principios, instituciones y normas que en función de integración protegen, tutelan y reivindican a los que viven de su trabajo y a los económicamente débiles.

Aunque desde un punto de vista estricto podemos aseverar que todo el Derecho es Social, puesto que va dirigido al hombre que vive en sociedad, para regular su conducta dentro de ella. Sin embargo, contemporáneamente el concepto de Derecho Social, no puede desconocerse.

Así, pues, el Derecho Familiar, además de no ser parte del Derecho Público y Privado, tampoco lo es respecto del Derecho Social.

18.- La familia constituye el hecho social más importante, ya que de acuerdo con Antonio Cicú "Antes que el Estado y más que el Estado, la familia se presenta como agregado de formación natural y necesaria".

Ahora bien, no nos parece que digamos cosas que tengan que ser demostradas si aseveramos que el hecho constitutivo de la familia es, sobre todo, un hecho psíquico. Así como la unión sexual se ha elevado a unión de las almas en el matrimonio, de la necesidad de la conservación de la especie ha brotado la primera y más noble e inagotable fuente de afectos, de virtudes y de solidaridad humana. Quien no tenga en cuenta esto, difícilmente podrá entender el concepto y el valor de la familia tanto lo emergente del matrimonio como la que surge extramatrimonialmente.

Es por tanto en el hecho psíquico en el que debe buscarse el fundamento del vínculo jurídico personal, que es la característica del agregado familiar tan pronto como se reconoce una personalidad jurídica a los miembros singulares: sea el mismo o no vínculo de subordinación, es siempre la persona en sí misma, y no por determinadas acciones suyas, la que viene considerada como objeto del derecho: la idea común de una integración de sí mismo que el hombre encuentra en la familia quiere expresar esta profunda verdad. Esta inminente fuerza cohesiva del agregado familiar es la expresión primera y más elemental del sentimiento de socialidad y solidaridad: por eso fue bien definida la familia como la célula del cuerpo social.

Por lo que, para nosotros, la familia se coloca junto al Estado como agregado necesario, esto es, determinado por impulsos que en la conciencia común no son producto de libre decisión individual.

De donde se infiere que la familia es semejante al Estado, existe analogía entre ambos, puesto que existe comunidad de relaciones en ellas, así, en ambas instituciones, encontramos una relación orgánica, interés único o superior y voluntades convergentes a su satisfacción. La llamamos relación orgánica, porque hay coordinación de las voluntades a un fin único y subordinación de esas voluntades a tal fin.

- 19.- Nos interesa al igual que a Cicú, establecer si los distintos campos jurídicos presentan una diversa estructura, y en su caso poder considerarlas dentro del campo del Derecho Público, del Privado, del Social, para que posteriormente comparemos las mismas con las relaciones jurídicas familiares. El primer problema planteado es el relativo a la inclusión del Derecho Familiar dentro del campo jurídico del Derecho Civil, y en consecuencia, dentro del Derecho Privado. Al respecto se ha afirmado, de manera tradicional, que el citado derecho forma parte del derecho privado. Otros lo consideran inmerso en el derecho público. Al mismo tiempo, gran parte de la doctrina, acertadamente, a nuestro parecer, ve en el Derecho Familiar un nuevo género dentro del campo jurídico, distinguiéndolo del derecho público, privado y social, con instituciones propias, particulares, siendo esta independencia, principalmente, nuestro punto de vista sostenido en la presente. Somos, por tanto de la opinión de don Antonio Cicú, en cuanto que el derecho familiar forma un nuevo género dentro del campo jurídico, pero, para nosotros esa autonomía está basada tanto como en el fin tutelado o bien jurídicamente tutelado por el Derecho Familiar, y la preocupación del Estado por regular y proteger con la legislación y los tribunales que la misma crea propios a la familia; por lo que el Estado debe tutelar, proteger al núcleo familiar, pero sin privar de la libertad a los miembros de la misma. La libertad concebida jurídicamente. Así, el interés de la familia es un interés superior, un interés primero. Por lo que, respecto a la libertad, debe dejarse a la familia en libertad de plasmar y educar según los instintos, experiencias y convicciones individuales, pero no se trata de una libertad privada, porque ésta no es reconocida en el interés privado individual del investido de la función; la regulación jurídica tiende también a la garantía de un interés que, como hemos visto, debe calificarse de interés superior, familiar.
- 20.- De lo anterior resulta una organización de poderes con división de funciones y competencia. Todos estos órganos están investidos de diversa manera y amplitud de las funciones relativas al interés familiar.

Al lado de los mismos, encontramos, además, personas investidas exclusivamente del poder de excitar tales funciones; investidas, por consiguiente, podemos decir, de un poder de vigilancia en sentido amplio. Hemos ya demostrado que las mismas están llamadas a cuidar un interés familiar: aquí correlativamente, aseveramos que las mismas expresan una voluntad familiar. Se tiene voluntad familiar en estos casos porque la voluntad está dirigida al cuidado de un interés

que no es propiamente individual de quien quiere, sino que es interés superior, es el interés único familiar.

21.- Distingue Cicú las asociaciones voluntarias de las necesarias; encontrando diversidad de estructura en las mismas. Encontrando fundamentalmente que las asociaciones necesarias, se presentan como formas históricas, de una cierta persistencia y constancia; ya que aún cuando se haga abstracción del modo y causa de su formación, su persistir revela una razón de ser independiente del arbitrio y del alternarse de deseos e intereses meramente individuales. Teniendo una gran importancia la consideración del móvil de la causa de la agrupación. En estas asociaciones necesarias existe una voluntad superior que es el medio necesario de la función jurídica, "función primera, específica y esencial del Estado". Aquí se hace necesario precisamente eliminar la libertad individual, sustituir a la cooperación libre, deficiente o inadaptada, una cooperación condicionada, a una voluntad común, sustituir aquí una voluntad superior; la cual especialmente es exigida cuando se trata de intereses que se extienden en el tiempo, de manera que hacen referencia no solamente a la generación presente, sino también a las futuras, o aún sólo o predominantemente a éstas, de modo que venga a faltar el propio concepto de interés común entendido como suma o resultado de intereses de los coasociados en un determinado momento. El agregado que asuma tal cometido se presenta, por tanto, con una estructura diversa de aquella que se encuentra en una asociación libre; los individuos que en ella operan, aunque sacan provecho personal de su obra, no son jurídicamente considerados como operantes para la persecución de un interés que es suyo propio exclusivamente o propio de ellos como de cualquier otro asociado. Es solamente por eso y por este medio por el que viene a constituir un interés, no común, sino superior: superior no en el sentido de diverso, sino de dominante y trascendente, el mismo puede también no coincidir con el interés de todos los individuos.

Así, hemos constatado, con Cicú, que en las conciencias singulares se observa la formación de una psiquis social, que dominando la libertad individual, se pone frente a ella como una necesidad, como voluntad superior, así en las conciencias singulares constatamos la formación junto al sentimiento del interés individual, el sentimiento de un interés social superior. Dos diversos aspectos o posiciones del interés, pues, según que el mismo se afirme como exigencia individual o como exigencia social: dos diversos significados, por consiguiente, de la expresión interés colectivo: en el primer caso, suma de intereses comunes; en el segundo, interés único, superior, aunque individualmente, y por consiguiente

te, colectivamente sentido. Esto es interés colectivo en el primer caso es interés individual común a varias personas singulares; en el segundo no es interés individual, esto es, no es interés del uno o del otro, sino que es interés único, superior, sentido por la colectividad, por el individuo, pero no como interés propio, exclusivo, sino superior.

Así pues, Cicú funda la autonomía del Derecho Público frente al Derecho Privado sobre la individualización de un interés y de una voluntad estatal, diversos por naturaleza del interés y voluntad individuales. Atribuyendo también al Derecho Familiar una autonomía frente al Derecho Privado y una afinidad con el Derecho Público, pero distinto a éste, pues también el Derecho Familiar tiene un bien jurídicamente tutelado diverso al del Estado.

- 22.- Como hemos visto, Antonio Cicú, coloca al Derecho Familiar junto al Derecho Público no como una rama del Derecho Privado, pues las características de ésta está en la actuación del Estado como extraño en las relaciones particulares, reconociendo al individuo libertades para crear sus relaciones jurídicas y realizar sus propios fines, en cambio, en el Derecho Público, igual que en el Derecho Familiar el Estado interviene en todas las relaciones jurídicas, originadas entre los distintos sujetos interesados, y además, procura alcanzar directamente los fines superiores, bien sean del propio Estado, o del grupo familiar.

Actualmente difícilmente podemos encontrar una relación jurídica sin ingerencia del Estado, es ésta una etapa superada en la tesis de Cicú.

Cicú concluye así: erróneo y peligroso es, por tanto, servirse en la valoración de derecho familiar del concepto de normas de orden público como ha venido elaborándose en la ciencia del Derecho Privado. Puesto que éste tiene su razón de ser en un interés general y superior que viene a limitar — y no a excluir— la libertad individual, así para decidir si cada norma de derecho de familia es o no de orden público, podría ser necesario indagar caso por caso si concurre un interés general. Para nosotros el interés no general, sino superior, existe siempre; el mismo excluye, y no limita, la libertad individual de establecer y perseguir fines individuales.

Posteriormente, y como lo asevera Cicú, se dio una interpretación errónea a su teoría, pues según sus propias palabras: "no queremos afirmar que el Derecho de Familia deba incluirse en el derecho público". Esta aclaración la hizo el

autor diez o doce años después de pronunciar el discurso inaugural en la Real Universidad de Macerata el 23 de Noviembre de 1913, y lo tituló "El espíritu del Derecho Familiar". Todas estas ideas de Cicú, fueron profundizadas por Roberto de Ruggiero. Así, dice: "la mayor parte de los autores que se ocupan de los problemas por mí planteados, se mostraron poco propicios a admitir la separación del Derecho de Familia, del Derecho Privado. Algunos de ellos me atribuyen erróneamente el propósito de incluir el Derecho de Familia en el Derecho Público; lo que en realidad he intentado es aproximar uno a otro, y ese intento de aproximación me ha movido la identidad estructural de la relación en ambas esferas.

Otros creen que la diversidad de principios, ampliamente admitida, no constituye razón suficiente para destacar el derecho de familia del derecho privado, pudiendo tal diversidad explicarse recurriendo al concepto de norma de orden público, el cual hallaría en el derecho de familia una extensa aplicación. Los autores que esto propugnan no advierten que tal concepto presupone el principio de libre disposición privada, que la norma de orden público limita para tutelar el interés de los terceros o el público; ahora bien, no puede haber disposición privada allí donde la tutela jurídica atiende a la satisfacción de un interés superior. Lo que verdaderamente importa a los fines científicos, es examinar si los principios jurídicos propios del derecho privado, y el espíritu que anima a éste y que debe presidir la interpretación de las normas y la resolución de los casos no previstos en la ley, son o no los mismos que gobiernan e inspiran al derecho de familia. Si no lo son, para mantener al derecho de familia en su puesto dentro del derecho privado, habría que dar a éste mucha mayor amplitud".

Será posible, ciertamente, conservar el derecho de familia en el campo del derecho privado y contraponer a ambos el derecho público, mientras no se reconozca como concepto base de todo el derecho público, el concepto de interés superior. Consideramos que no puede negarse en modo alguno, en el Derecho Familiar, la idea del interés superior, familiar y estatal que la familia debe satisfacer.

- 23.- Debe distinguirse el Derecho de Familia del Derecho Privado, para ello, es necesario según Cicú, distinguir primeramente el Derecho Público del Derecho Privado. Distinción que nos lleva necesariamente al concepto de Estado, entendido como un organismo. Porque existe dependencia de las partes constitutivas ligadas a un fin y esos elementos que forman al Estado son los hombres "no en cuanto entidades biológicas, sino como entidades espirituales; es decir, en cuanto tienen fines que realizar y conciencia y voluntad para realizarlas.

Los individuos se encuentran en el Estado originalmente unidos entre sí, por los fines por los cuales el Estado surge y vive, superan los fines del individuo como tal, se ofrecen no como fines del individuo aisladamente considerados, sino del individuo como género; no como fines comunes a todo individuo, sino como fines superiores a los fines individuales.

Por ser superiores tales fines, se presentan al particular como necesarios, de biendo ser realizados, el individuo depende de ellos, y, como consecuencia, del Estado que los personifica, se habla de situación de interdependencia con relación a los demás individuos". Se trata de explicar que el individuo como tal no tiene mayor importancia en el Derecho Público, porque existe un interés superior como es el del Estado, al igual que el de la Familia.

La distinción entre derecho público y derecho privado resulta, por tanto, de una diversa posición que el individuo reconoce al Estado: posición de dependencia con respecto al fin en el derecho público, posición de libertad en el derecho privado. Además de esto desprendemos que de la posición del individuo con el Estado, resulta una relación jurídica, la cual tiene como factores principales, la voluntad y el interés, este último en el derecho privado, se manifiesta por lo que cada individuo de los que intervienen en la relación jurídica pretenden, dándose esta situación entre antes autónomos donde cada uno busca la satisfacción de su interés personal, con la libertad otorgada por el mismo Estado. En tanto que el interés del Estado, es interés superior a los intereses individuales.

Dándose la relación orgánica, pues encontrando un interés único y voluntades convergentes a su satisfacción. La voluntad, incluso cuando es soberana, se subordina aquí al interés, ya que ésta se presenta como exigencia necesaria, superior, que debe ser satisfecha. Y le llamamos relación orgánica porque existe coordinación de las voluntades a un fin único y subordinación de esas voluntades a tal fin. Así, pues, el Estado y la Familia tienen un interés superior, único, que debe ser cumplido.

De donde resulta que esencial es solamente la existencia de un todo, de una relación orgánica entre individuos, determinada la misma por un interés superior al arbitrio individual.

Basta por tanto que aún dos personas solamente, como los cónyuges, se encuentren en relación de conexión orgánica entre sí, para que pueda hablarse de interés superior, distinto y eventualmente opuesto al interés individual; pero es sentido este interés como miembro y no como individuo, claro, como miembro de la familia, esto es, como miembro del todo familiar, y no como individuo. Así precisamente como en el Estado; es interés familiar, no es interés del individuo A o del B, sino de A padre, tutor, pariente, mujer, hijo, etc.

Así pues, el interés familiar es único, al igual que el del Estado; y esto aun que falte la unidad jurídica de un ente familiar, al cual debe darse dicha personalidad jurídica. Es un interés único, precisamente porque es el interés del agregado y no de cada individuo. Pero esto merece aclaración, puesto que no tenemos en la familia un vínculo único que ligue en un todo a sus miembros, sino distintos vínculos y relaciones según la diversidad de las funciones y de las personas, como el interés de cónyuge, de padre, de hijo, de pariente, de mujer, etc. Pero en cada caso el mismo es interés de miembro del todo, esto es, interés vinculado a la posición que se tiene en la familia, y en este sentido hablamos de unidad del interés.

Con todo lo anterior es suficiente para hablar sobre la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, además, con el fin de transportar las relaciones jurídicas de derecho público o privado, al campo del Derecho Familiar, en este aspecto, si analizamos ahora las relaciones del Derecho Familiar en su estructura, será fácil convencerse de que en ellas no se tutelan los intereses individuales como intereses autónomos, independientes, opuestos, ni se tutela tampoco una libertad de querer referente a estos intereses.

Es más, la subordinación de las voluntades a un interés unitario, superior, por consiguiente a los intereses individuales, se manifiesta mucho más claramente que en el derecho público.

El matrimonio, verbigracia, a pesar de ser algo de lo más privado en el hombre antes de que se celebre, el Estado interviene para regularlo en todos sus aspectos, pues no hay libertad alguna para su celebración o terminación, puesto que el Estado determina todo en este sentido. Así una vez celebrado éste, les impone todo un ordenamiento jurídico, que tiene que ser cumplido por los cónyuges, dejándoles cierta libertad para decidir algunas cuestiones relativas a la educa

ción, etc., de los hijos, siempre que no vayan contra los fines de la Institución. De donde podemos inferir que es un error, atendiendo a la estructura tan diversa incluir al derecho familiar en el derecho privado, por tanto debe salir de éste.

También tienen objetos diferentes que tutelar, así en el derecho privado se regulan los conflictos de intereses, principalmente sobre la base de la voluntad y de la responsabilidad de los particulares interesados. En tanto que en el derecho de familia, a semejanza del público, se garantiza el interés superior frente a los intereses de los individuos.

Otra diferencia entre ambas disciplinas jurídicas está en que mientras en el derecho privado, las relaciones valen en principio fundadas en la voluntad individual, en las relaciones entre las partes, siendo capaz dichas relaciones de producir algún efecto jurídico conforme al propósito práctico perseguido por el interés individual de las partes; en cambio en el derecho de familia la voluntad individual es incapaz de producir, no ya efectos frente a terceros, ni siquiera entre las partes, esto es en el derecho de familia la ley no reconoce ni garantiza por sí misma el propósito práctico que los particulares quieren perseguir. Así, aseveramos que en el Derecho de Familia no tiene aplicación el concepto privatístico de negocio jurídico. Referida esta relación del negocio jurídico a lo que es la manifestación típica del derecho privado; la persecución libre de propósitos privados, individuales.

Por tanto, el Derecho Familiar tiene diversa estructura, respecto a las demás ramas jurídicas.

- 24.- La familia no es ente público, no porque no esté sujeta, como los entes públicos, a la vigilancia y a la tutela del Estado, sino porque los intereses que debe cuidar no son, como los entes públicos, intereses de la generalidad — sino intereses de cada una de las familias —, por lo cual no está organizada como éstos. Por tanto al Derecho de Familia se le podría y se le debe asignar un lugar independiente de las demás ramas y disciplinas jurídicas, como un nuevo género dentro del campo jurídico, porque la institución de Derecho Familiar representa un nuevo género.

Así, el Derecho Familiar ni es parte del Derecho Público, del Derecho Social, ni mucho menos del Derecho Privado, concretamente del Derecho Civil, sino que representa un nuevo género dentro del campo jurídico.

- 25.- Podríamos referirnos respecto al derecho público, que éste tutela un interés general, en tanto que el Derecho Familiar se ocupa de un interés no general, sino superior. Tampoco tenemos inconveniente en referirnos respecto a las dos Instituciones, la de Derecho Público y la Familiar, como protectoras de un interés superior, pero distinguiéndolas.
- 26.- En fin, una legislación autónoma para la familia, a nadie perjudica, por lo menos a nadie que busque una verdadera legislación protectora de ese primer núcleo social, sólo perjudica a aquellos impreparados, que ven en esas legislaciones tradicionales, un jugoso medio de enriquecimiento. Pero esos intereses mezquinos deben terminar, ya que debemos convencernos que una legislación autónoma para el núcleo familiar es benéfica a todas las instituciones de nuestro país, claro, es una tarea ardua, no obstante ello, el bienestar redituado, permitirá el mejor desarrollo de esta Institución Familiar. Por ello luchamos.
- 27.- La naturaleza jurídica del Derecho Familiar, es la de ser un nuevo género dentro del campo jurídico, que tiene por objeto la tutela del interés familiar superior.
- 28.- Los principios del derecho privado no pueden aplicarse al Derecho Familiar, así, no pueden aplicarse la reglamentación de modalidades a los negocios jurídicos familiares, no pueden ser objeto de término, condición, etc. Por ejemplo, el matrimonio no puede estar sujeto a término, condición, etc., que pudieran ser pactados por los consortes.

Otro principio no aplicable al derecho familiar es la renunciabilidad y enajenación de los derechos subjetivos familiares, no puede transmitirse verbigracia la tutela, la patria potestad, la potestad paterna, la marital, etc. Otro principio no aplicable es la representación, la cual sin embargo, en México, sufre una excepción, puesto que aquí sí se admite la celebración del matrimonio por apoderado. Otro principio consiste en la enorme intervención estatal en las relaciones de derecho familiar, pues en el privado, se deja que las partes decidan a su libre arbitrio cómo será su conducta, y en el derecho familiar,

es el Estado el que atribuye las potestades. De tal suerte que los vínculos que se establecen en el Derecho Familiar reposan en la idea de que los poderes se otorgan no tanto por crear derechos como por imponer deberes. Lo que se manifiesta elocuentemente en el hecho de que tanto la violación del deber, como el abuso y hasta el mal uso de las facultades correlativas determinan la privación de ellas, así que los poderes se pierden si se ejercitan mal y, en cambio, no se extinguen por prescripción ni por renuncia voluntaria.

Es por tanto, siempre el aspecto de obligación o de deber el que predomina en toda relación, precisamente porque se trata de un interés superior.

- 29.- El Derecho Familiar, constituye más deberes a cumplir que derechos a exigir.
- 30.- Para considerar a una disciplina jurídica autónoma, es necesario que ésta satisfaga cuatro criterios, cuando menos, el legislativo, el científico, el didáctico y el criterio jurisdiccional. Además de los criterios de la autonomía Institucional y Procesal.
- 31.- El criterio legislativo, consiste en que la rama de derecho tenga sus propias leyes y códigos, que su legislación, aún cuando haya formado parte de otra, sea en un momento dado independiente y autónoma, con principios básicos propios, y exposición de motivos; el Derecho Familiar en algunos lugares y épocas, ha satisfecho el criterio legislativo; en México el criterio legislativo del Derecho Familiar se dio desde la Ley Sobre Relaciones Familiares, promulgada por Don Venustiano Carranza en Veracruz, el 9 de Abril de 1917, y su autonomía del Código Civil de 1884, vigente en México en aquel entonces, derogándose las disposiciones relativas del citado Código por el artículo 9º transitorio de la Ley Sobre Relaciones Familiares; Además de existir una infinidad de leyes, decretos, etc. que comprueban este criterio legislativo del Derecho Familiar.

El criterio científico, consiste en la producción literaria y bibliográfica especializada y dada con independencia de cualquier otro género del derecho. La elaboración de libros, ensayos, artículos, originados independientemente de la rama del derecho que los haya creado, nos permite palpar el criterio científico de una ciencia. El Derecho Familiar posee una gran producción literaria, doctrinal, independiente del Derecho Civil, por lo que este criterio científico es una realidad en el Derecho Familiar.

El criterio didáctico, consiste en la enseñanza del contenido del Derecho Familiar como rama independiente del Derecho Privado en general, y en particular del Derecho Civil. Es con la enseñanza universitaria del derecho familiar, como se complementa el criterio didáctico. La autonomía docente está dada, en la facultad de Derecho de la U.N.A.M. y en la de estudios superiores de la misma, donde el Derecho Familiar se enseña en forma independiente. Además de haberse impartido en México varios cursos en los que se trata la materia familiar como una disciplina autónoma de la del Derecho Civil.

El criterio jurisdiccional, se refiere a la existencia de tribunales autónomos para la resolución de las controversias familiares. Este criterio se cumple en México, con la creación de los tribunales familiares o juzgados familiares, con la iniciativa de Luis Echeverría Álvarez.

El criterio Institucional, consiste en que la rama o disciplina jurídica posea Instituciones propias, distintas en particular de aquellas pertenecientes a la disciplina que pretende su autonomía. Basta que sean instituciones no novedosas, sino que su nuevo espíritu y proyección resulten definitivamente incompatibles con las anteriores. Este criterio Institucional es el más importante porque mientras los demás se refieren a cuestiones externas o incidentales haciendo depender de su eventual acontecer la autonomía de una rama del conocimiento jurídico, aquel se refiere al aspecto sustantivo, al aspecto más importante, el Derecho Familiar posee Instituciones propias, tales como: el matrimonio, la tutela, la patria potestad, la adopción, etc. Por lo que este criterio es también una realidad en el Derecho Familiar; por lo tanto, tienen principios, espíritu común y definido y objeto de conocimiento exclusivo. Basta esto para consagrar la autonomía institucional del derecho de familia.

El criterio Procesal, consiste en que la disciplina de que se trata posea procedimientos propios, el derecho familiar tiene procedimientos propios, particulares, si bien frecuentemente se tramitan entre tribunales que no conocen exclusivamente de cuestiones relativas al Derecho Familiar.

En México existen procedimientos específicos tratándose de divorcio voluntario, tutela y curatela, enajenación de bienes de menores e incapaces y transacción acerca de sus derechos, además de todas las controversias de orden familiar se deben tramitar sumariamente.

Pero con la iniciativa de Luis Echeverría se crean los Juzgados Familiares, lo que nos viene a demostrar la existencia y cumplimiento de este criterio respecto del Derecho Familiar.

- 32.- El Estado eleva a las cuestiones familiares a la categoría de "orden público", en el artículo 940 del Código de Procedimientos Civiles, porque no ha encontrado un lugar más elevado donde colocarlos. Por lo que debe reconocerse el concepto de interés superior en el ámbito jurídico. Para resolver todos estos problemas, dándose la independencia del Derecho Familiar. Por lo que debe reconocerse tal autonomía.

Por lo que, además, los problemas de derecho familiar, no pueden ser tratados como los conflictos de Derecho Privado, pues media en los primeros un interés superior familiar.

En la gran mayoría de los países socialistas, el Derecho Familiar es tratado en forma independiente, autónoma del derecho privado, y desde luego del derecho civil.

#### C A P I T U L O I V

##### "LA FAMILIA EN NUESTRA LEGISLACION".

- 33.- La organización familiar sufrida en nuestro país, fue semejante a la sufrida en otros países, por lo que la teoría de Lewis H. Morgan es aplicable a la familia mexicana. Así la familia mexicana, pasó por las siguientes épocas: época del México antiguo, la familia en la época colonial, la familia indígena actual; y la familia mexicana contemporánea.

- 34.- Las características más importantes del Código de Napoleón, Código Civil, son las siguientes:

1º.- De corte inminentemente individualista.

2º.- Encontramos una potestad marital absoluta sobre la mujer, ésta al contraer matrimonio pasa a ser representada por el marido.

3º.- La mujer es incapaz para realizar actos jurídicos por sí misma, sobre todo respecto al manejo de sus bienes.

4º.- En un principio se seculariza el matrimonio, permitiéndose el divorcio, pero posteriormente éste se prohibió, permitiéndose sólo el divorcio canónico, es decir la separación de cuerpos, pero sin el rompimiento del vínculo matrimonial.

5º.- Consideró al matrimonio como contrato civil.

6º.- Hizo distinción entre los hijos, habló de hijos naturales y de hijos legítimos; rechazando el propio Estado a los hijos naturales, refiriéndose a ellos así: " el Estado no tiene necesidad de bastardos".

7º.- El Código Civil de Napoleón, reguló mal a la familia.

35.- La Constitución de Cádiz de 1812, no se preocupó de la familia; existe influencia de la Iglesia y la familia no es reglamentada debidamente, sólo encontramos disposiciones relativas al matrimonio entre los indios y entre los españoles con los indios.

36.- El Código Civil de Oaxaca de 1827, es el primer Código Civil entre nosotros, se inspiró en todo en el Código Civil Francés de 1804, de corte eminentemente religioso. Sus características principales son:

1º.- La edad de 14 años en el hombre, y 12 años en la mujer eran indispensables para poder contraer matrimonio, con consentimiento de los padres; para poder contraer nupcias, sin consentimiento de los padres, el hombre debía tener 25 años y la mujer: 23 años de edad.

2º.- Se ejerció una potestad marital absoluta en cuanto a la mujer e hijos.

3º.- Se regulan los mismos impedimentos para casarse, que los que prevé el Derecho Canónico.

4º.- Se reguló el matrimonio putativo.

37.- No es sino hasta las Leyes de Reforma de 1859 cuando se otorga a la Familia

su lugar, ya que la Constitución de 1857 no se ocupó de ella sólo vislumbró en el matrimonio un carácter eminentemente religioso.

Con estas Leyes de Reforma se dan reformas en lo económico, político, social y religioso, que venían siendo necesarias para la sociedad mexicana, desde los tiempos mismos del coloniaje español.

Estas Leyes fueron:

- a).- Ley de 12 de julio de 1859, de nacionalización de bienes eclesidásticos, separación de la Iglesia y el Estado, libre contratación de los servicios religiosos. Con esta Ley Juárez separa al Estado e Iglesia.
- b).- La Ley sobre matrimonio civil indisoluble, dada el 23 de julio de 1859. Por ésta, se decreta que el matrimonio es un contrato civil, que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil. Es en esta Ley donde encontramos la razón histórica de considerar al matrimonio como un contrato civil, ya que lo que pretendió Juárez, fue precisamente quitar la tutela de la familia que tenía la Iglesia a través del control de los matrimonios, registros, etc. Antes de esta Ley. Indicando ésta que la celebración del matrimonio, así como los demás actos del estado civil, son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil. Por lo que los referidos actos sólo pueden celebrarse ante los órganos estatales competentes y certificarse por ellos para que tengan plenos efectos jurídicos en la República Mexicana.
- c).- Después de la Ley Orgánica del Registro Civil de 28 de julio, se expidió el decreto de secularización de los cementerios, el 31 de julio de 1859.
- d).- El 11 de agosto de 1859 se decreta qué días deben tenerse como festivos, cuáles dejaban de serlo y para qué efectos; se hacía una declaración acerca de las funciones públicas en las Iglesias, prohibiéndose la asistencia oficial a los funcionarios del gobierno a dichas Iglesias.
- e).- La Ley de Libertad de Cultos de 4 de diciembre de 1860.

Estas Leyes de Reforma se adicionaron como reformas a la Constitución de 1857, en el año de 1873.

Durante el período del Presidente Porfirio Díaz ( 1884-1911) no fueron derogadas, pero de hecho la Iglesia poco a poco volvió a tener influencia decisiva, impidiendo la disolución del matrimonio, hasta el año de 1914, con Don Venustiano Carranza quien promulga la Ley del Divorcio Vincular de 1914.

- 38.- Don Justo Sierra a petición de Don Benito Juárez, crea el "Proyecto de Código Civil Mexicano de 1861". El mismo se inspira en el Código Napoleón, así como en otras leyes europeas, trató Don Justo Sierra de adaptar las leyes francesas a la realidad mexicana. Este proyecto no llegó a convertirse en Código.
- 39.- El Código Civil para el Distrito y Territorio de la Baja California de 1870, tuvo las características siguientes, respecto a la familia:
- a).- Los redactores de este Código, se inspiraron en el Derecho Romano, en la antigua legislación española, en los Códigos de Austria, Holanda y Portugal, asimismo como en los proyectos de Don Justo Sierra y del juriconsulto español Florencio García Goyena, siendo sin embargo su principal fuente de inspiración el Código Napoleónico.
  - b).- Reglamenta al matrimonio, el parentesco, la paternidad, la filiación y la separación de cuerpos.
  - c).- La Iglesia influye notablemente, impidiendo el Divorcio Vincular, permitiendo únicamente la separación de cuerpos.
  - d).- Define al matrimonio como "la sociedad legítima de un solo hombre y de una sola mujer que se unen con el vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".
  - e).- Repite el espíritu de las Leyes de Reforma en el sentido de que el matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios civiles designados por la ley, considerando al matrimonio como contrato indisoluble.
  - f).- Establece la potestad marital sobre la mujer y los hijos.

- g).- Fija las causales para poder separar a los cuerpos; siendo ésta una especie de divorcio, pero no vincular.
- 40.- El Código Civil de 1870, comentado, fue de corte eminentemente liberal e individualista.
- 41.- El Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884, copió el Código Civil de 1870, y su única aportación fue la libre testamentificación.
- 42.- Tanto el Código Civil de 1870 como el de 1884, antes comentados, no se ocuparon de regular el concubinato ni la adopción.
- 43.- Posteriormente a estas legislaciones civiles, la situación jurídica y social en nuestro país no permitieron el desarrollo de instituciones familiares ni mucho menos leyes protectoras de la familia, siguió nuestro país en su lento desarrollo, hasta que las diferencias de clases sociales fueron tan marcadas, que dió por resultado un gran cambio social, brusco, violento, pero necesario, cimentado en principios socialistas, que llevaron a nuestro país al gran movimiento armado de 1910, dañándose la Revolución Mexicana, la que estaba ávida de instituciones sociales protectoras de las clases débiles y productoras del país, que tan mal tratadas habían sido por el entonces gobierno del país. Surgen pues, los principios socialistas, no individualistas del siglo XVIII e inicios y finales del siglo XIX.
- 44.- Una gran aportación para el Derecho Familiar, fue la Ley del Divorcio Vincular de 1914, dada por Don Venustiano Carranza, por medio de esta ley, se permitió la disolución del vínculo matrimonial, dejando a los consortes en aptitud de contraer uno nuevo.

Modificándose al respecto, la Ley de 24 de diciembre de 1874, la que establecía que el divorcio no disolvía el vínculo matrimonial, modificada esta Ley en el sentido del establecimiento del divorcio con la disolución del vínculo matrimonial; con la Ley del Divorcio Vincular de 29 de diciembre de 1914, se reformó la fracción IX del artículo 23 de la Ley de 24 de diciembre de 1874, antes citada; quedando dicha reforma en los términos siguientes: " Art. 1º. Se reforma la fracción IX del artículo 23 de la Ley de 24 de diciembre de 1874. Fracción IX. El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado, o en

cualquier tiempo, por causas que hagan imposible o indebido la realización de los fines del matrimonio o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desaveniencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima.

Art. 2º.- Entre tanto se establece el orden Constitucional en la República, los Gobernadores de los Estados quedan autorizados para hacer en los respectivos Códigos Civiles, las modificaciones necesarias, a fin de que esta Ley pueda tener aplicación". Ver. 29 de dic. de 1914.

45.- La Ley del Divorcio Vincular de 1914, fue acertada, ya que constituyó un "remedio" a la gran proliferación de hijos "ilegítimos". Dejando las viejas legislaciones el recuerdo de un camino que había sido bloqueado por ellas, impidiendo la formación de nuevos hogares, protegidos por la Ley, en concordancia con la dignidad humana, rompió los tradicionales lazos de la indisolubilidad del matrimonio, para dar paso a la ruptura del vínculo matrimonial, paso que se hacía necesario. No aplaudimos al divorcio, por saber que representa desintegración familiar, pero consideramos que es mil veces preferible un divorcio, a una vida conyugal y familiar tormentosa, tanto para los cónyuges, como para quienes nada tienen de culpa: los hijos, sí, aseveramos que el divorcio, a veces es la mejor salida, para aquellos que han perdido los sentimientos más bellos y profundos que dentro del hogar deben imperar, pero, ciertamente, también afirmamos que siendo un mal el divorcio, es preferible, en ciertas circunstancias, siendo de esta suerte un mal menor para la familia, principalmente para los hijos, los cuales corren el peligro de ser traumatizados por los constantes conflictos conyugales, luego entonces, el divorcio se hace necesario, por lo que debe permitirse como el último recurso, pero entendido como divorcio-remedio, no como divorcio-sanción. Siendo de mayores beneficios el permitir a los cónyuges el separarse, que tenerlos "atados" para toda la vida, la cual se la harán seguramente imposible, en estas circunstancias, traumando y perjudicando, consiguientemente a los hijos; esto no puede aceptarse sólo por un capricho religioso, o por capricho legislativo del año de 1870, 1884, 1874, etc.

46.- La Ley Sobre Relaciones Familiares de 9 de abril de 1917, dada por Don Venustiano Carranza, ha sido la que mejor ha organizado a la familia mexicana, dotándola de una legislación propia, autónoma del Código Civil, de 1884, Código que se encontraba en vigor en ese entonces en nuestro país, pero que fue derogado en todo lo concerniente a la materia del Derecho Familiar. Por esta Ley Sobre Relaciones Fa-

miliares. Ciertamente todavía esta Ley no otorgó todos los derechos y obligaciones necesarias para una mejor organización familiar, pero dió mejor organización a la familia, en relación con los Códigos Civiles anteriores; así las características más importantes de esta Ley fueron, según nuestro criterio, las siguientes:

- 1º.- El matrimonio se define como "un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida"; con esto, el matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la Ley con todas las formalidades que ella exige.
- 2º.- Los impedimentos para contraer matrimonio son los que actualmente contempla el Código Civil para el Distrito Federal, vigente, el cual las copió de esta Ley.
- 3º.- La mayoría de edad es adquirida a los 21 años; antes de esta edad los que pretendan contraer matrimonio deberán contar con autorización de sus padres, fijándose la edad de 16 años en el hombre y 14 en la mujer.
- 4º.- La Patria Potestad es otorgada a los dos cónyuges; a falta de ellos a los abuelos paternos, maternos, etc. En orden jerárquico; los primeros excluyen de este ejercicio a los siguientes; con lo que se otorga igualdad a los cónyuges, en este sentido.
- 5º.- Se otorga a los cónyuges autoridad y consideraciones iguales en el hogar.
- 6º.- Se le prohíbe a la mujer el prestar servicios personales a favor de persona extraña, salvo permiso del marido, así como ejercer una profesión, o establecer un comercio, esto no lo podía hacer sin autorización del marido.
- 7º.- Hace distinción entre hijos legítimos y naturales; éstos cuando son reconocidos por el padre o por la madre, sólo adquieren el derecho de llevar el apellido de quien lo reconoce.
- 8º.- Crea la institución de la adopción; pero el adoptado sólo tiene los

derechos de los hijos naturales: el llevar el apellido del adoptante.

9º.- A la mujer se le prohibió adoptar sin el consentimiento de su marido, en cambio a éste sí se le permitió dicha adopción, con la restricción de no llevarlo a vivir a la casa conyugal. Aún sin el consentimiento de la mujer.

10º.- Se admite el divorcio vincular.

11º.- Con esta Ley debió crearse en 1928, el Primer Código Familiar para el Distrito Federal, y las consiguientes leyes adjetivas o de procedimientos en materia de Derecho Familiar.

12º.- Se estableció el régimen de separación de bienes, tratando de tutelar a la mujer, respecto del marido, en relación con sus bienes.

13º.- Esta Ley representa para nuestra tesis un gran apoyo, pues legistó al Derecho Familiar en forma autónoma, independiente del Código Civil de 1884, vigente en México en aquel entonces, desgraciadamente el legislador del 28, no quiso dar el paso siguiente en materia familiar y prefirió en vez de dictar el Primer Código Familiar para el Distrito Federal, y consiguientemente el primero en la República, dictó después de fusilarse, con ciertas modificaciones la Ley Sobre Relaciones Familiares, la que dijo haber abrogado, un Código Civil, que copió en gran parte el articulado de dicha Ley.

47.- El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928, hoy Código Civil para el Distrito Federal, de 1928, copió a la Ley Sobre Relaciones Familiares, modificándola en ciertos aspectos; de tal suerte que lo más sobresaliente de este Código fue:

1º.- Se equiparó la capacidad jurídica del hombre y la mujer, estableciéndose que ésta no quedaba sometida, por razón de su sexo, a restricción legal alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos; esto se logró con las reformas que sufrió posteriormente este Código.

- 2º.- Se dispuso que la mujer podía, aún sin autorización del marido, emplearse, ejercer una profesión, establecer un comercio o dedicarse a él.
- 3º.- En cuanto a los hijos se preocupó por darles iguales derechos.
- 4º.- Legisló mejor a la adopción; pero consideramos que tuvo una gran falla al permitir que el adoptante y el ex adoptado, pudieran contraer matrimonio entre sí.
- 5º.- Se le dio ciertos efectos jurídicos al concubinato.
- 6º.- Al regular sobre la materia de divorcio, se admitió el llamado divorcio administrativo, poniendo las bases para terminar con la unidad familiar pues consideramos un grave error del legislador esta forma de disolver a la familia.

El legislador consideró al respecto: "Se estableció una forma expedita para obtener el divorcio por mutuo consentimiento, cuando los cónyuges son mayores de edad, no tienen hijos y de común acuerdo liquidan la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron. En tales condiciones, los cónyuges no necesitan recurrir a la autoridad judicial para que decreta el divorcio, sino que personalmente se presentarán ante el oficial - ahora "juez" - del Registro Civil del lugar de su domicilio y, previa identificación de los consortes, y comprobación de las circunstancias que se han mencionado, el mismo registrador los declarará divorciados, levantándose el acta correspondiente". Además de esto, estableció: "El divorcio en este caso sólo perjudica directamente a los cónyuges - y le parece muy poco esto-, que obran con pleno conocimiento de lo que hacen, y no es necesario para decretarlo que se llenen todas las formalidades de un juicio" ¿Para qué? Si es una cosa común el crear y destruir una familia, ¿Verdad?. Y además agregó: "Es cierto que hay interés social en que los matrimonios no se disuelvan fácilmente; pero también está interesada la sociedad en que los hogares no sean focos constantes de disgustos y que, cuando no están en juego los sagrados intereses de los hijos, o de terceros, no se dificulte innecesariamente

la disolución de los matrimonios, cuando los cónyuges manifiestan su decidida voluntad de no permanecer unidos". Respetamos la forma de pensar del legislador, más no la compartimos, pues, no consideramos, en principio de razonamiento que un "registrador" pueda desempeñar un papel tan importante en cuanto a la orientación que debe dárseles, sobre todo a los cónyuges jóvenes que a las primeras de cambio quieren divorciarse, para tratar de evitar ese desenlace. Por lo que consideramos que el divorcio no debe encomendarse al "Juez" del Registro Civil". Debería desaparecer esta forma de disolución matrimonial, pues no debe permitirse que se rompa tan fácilmente el vínculo matrimonial y con ello la desintegración familiar, o por lo menos dejar esta forma de divorcio en manos del Juez Familiar que se supone está más preparado para la resolución de un problema tan importante como es el Familiar. Así se cometió el grave error de permitir el divorcio voluntario administrativo, ante un "juez" del Registro Civil, empleado administrativo, al cual ni siquiera se le exige ser licenciado en Derecho.

- 7º.- Se estableció la mayoría de edad a los 18 años.
- 8º.- Permite en cuanto a capitulaciones matrimoniales a los sistemas o régimen de separación de bienes, sociedad conyugal; o un régimen mixto.
- 9º.- Se comprueba con la comparación de la Ley Sobre Relaciones Familiares y el Código Civil Vigente, en estudio, que éste casi copió la Ley antes citada.
- 10º.- En cuestiones de alimentos, el adoptado adquiere los derechos de cualquier hijo de matrimonio, igual sucede con los hijos que son reconocidos, es decir, los llamados "naturales".
- 11º.- En cuanto a la investigación de la paternidad, se amplió.
- 12º.- El reconocimiento de un hijo nacido antes del matrimonio puede ser hecho por ambos cónyuges.

13<sup>o</sup>.- El reconocimiento de el hijo hecho por uno solo de los padres, tras aparejado el derecho del reconocido de llevar los apellidos del reconocedor, con lo que la ley lo equipara como hermano del que lo reconoce, de acuerdo con el artículo 389 Fracción I, del Código Civil vigente.

48.- Hemos tratado de realizar una breve reseña de la evolución jurídica en materia familiar en nuestro país, de acuerdo con nuestra legislación positiva y vigente, con esto hemos comprobado que en el concepto de matrimonio dicha evolución también se ha hecho notar, puesto que el matrimonio ha sido visto desde el punto de vista del concepto romano del mismo, del concepto canónico y desde el punto de vista laico en varios derechos positivos y vigentes.

49.- Asimismo la naturaleza jurídica del matrimonio ha sido contemplada desde muy diversos puntos de vista; así se le ha considerado como:

1<sup>o</sup>.- El matrimonio como institución.

2<sup>o</sup>.- El matrimonio como acto jurídico condición.

3<sup>o</sup>.- El matrimonio como acto jurídico mixto.

4<sup>o</sup>.- El matrimonio como contrato ordinario.

5<sup>o</sup>.- El matrimonio como contrato de adhesión.

6<sup>o</sup>.- El matrimonio como estado jurídico.

50.- Las teorías que consideramos tienen aplicación al matrimonio, desde determinados puntos de vista son: la que lo considera como una Institución, teoría que compartimos; la que ve en su celebración un Acto Jurídico Mixto, que también compartimos; la que ve en él un Estado Jurídico, creado por virtud del matrimonio, que también tiene cierta aceptación entre nosotros; las que definitivamente rechazamos son las restantes, sobre todo la que ve en él un Contrato.

51.- Consideramos, por nuestra parte al matrimonio como una Institución social y permanente, solemne, de naturaleza mixta en su celebración que une jurídicamente a un solo hombre con una sola mujer, que con paridad de derechos y obligaciones crean el nacimiento y estabilidad de una familia; así como la realización de los fines propios de esta institución.

52.- Es una institución social, porque surge de la permanencia conyugal, para crear a la familia, y porque esta institución puede ser creada por cualquiera pareja de sexos opuestos, que cumplan con los requisitos previstos por la ley, para la celebración de la misma.

Es permanente, porque su objeto es la vida en común y la ayuda mutua en el curso de la vida. Entendida como una institución duradera, sólida.

Es solemne, porque para su existencia, la voluntad de los consortes no basta, sino que ésta debe manifestarse ante el juez del Registro Civil.

Es de naturaleza mixta, porque en su celebración interviene no sólo la voluntad particular de los contrayentes, sino también la voluntad estatal, sin la cual no hay matrimonio —debemos observar un aspecto muy interesante en esto, ya que la voluntad particular se manifiesta ante el juez del Registro Civil, hasta aquí, podríamos decir que tiene validez la autonomía de la voluntad de las partes, propia del derecho civil, pero ésta no basta para el matrimonio, luego una vez celebrado el mismo, el Estado a través de todo su poder impone a los cónyuges todo un ordenamiento jurídico que tendrán que cumplir: El Derecho Familiar, que impone a los cónyuges deberes y otorga ciertos derechos igualitarios a los mismos. Aquí observamos cómo el Estado sustrae esa voluntad y regula el interés superior de que hemos venido hablando, con lo que suprime la voluntad particular de los cónyuges, cuando ésta se encamina contra los fines de institución tan alta y superior— .

Si se nota, el carácter contractual, en nuestra definición no aparece, por considerarlo muy secundario en materia Familiar, sin embargo, el mismo existe, pero únicamente en cuanto a los bienes de los contrayentes, de una manera secundaria para nosotros.

53.- Además de que con el matrimonio se crea un estado jurídico, que trae situaciones jurídicas permanentes, permitiendo que se aplique todo un estatuto legal, llamado Derecho Familiar.

54.- Consideramos al Derecho Familiar como el conjunto de normas jurídicas que regulan el estado de familia, tanto matrimonial, cuanto extramatrimonial, así como sus efectos personales y patrimoniales.

Creemos haber demostrado nuestra tesis, esperamos el eco de los catedráticos progresistas, para lograr juntos la independencia del Derecho Familiar, y con ello la mejor organización del núcleo más importante de todas las sociedades.

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

- 1.- ALVAREZ JOSE ROGELIO-DIRECTOR. "ENCICLOPEDIA DE MEXICO" TOMO III EDITORA MEXICANA, S. A. de C. V. TERCERA EDICION MEXICO, 1977.
- 2.- ALVAREZ JOSE ROGELIO-DIRECTOR. "ENCICLOPEDIA DE MEXICO" TOMO IV EDITORA MEXICANA, S. A. de C. V. TERCERA EDICION MEXICO, 1977.
- 3.- ALVAREZ JOSE ROGELIO-DIRECTOR. "ENCICLOPEDIA DE MEXICO" TOMO II EDITORA MEXICANA, S. A. de C. V. TERCERA EDICION MEXICO, 1977.
- 4.- ALVAREZ JOSE ROGELIO-DIRECTOR. "ENCICLOPEDIA DE MEXICO" TOMOS VII, VIII y XI. - EDITORA MEXICANA, S. A. de C. V. TERCERA EDICION MEXICO, 1977.
- 5.- BARROSO FIGUEROA JOSE "ARTICULO EN LA REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO NUM. 65 "AUTONOMIA DEL DERECHO DE FAMILIA" U. N. A. M.
- 6.- BONNECASE JULIAN "TRADUCCION DE JOSE M. CAJICA JR. "LA FILOSOFIA DEL CODIGO DE NAPOLEON, APLICADA AL DERECHO DE FAMILIA" VOLUMEN II EDITORIAL CAJICA, S. A. -- PUEBLA, MEXICO, 1945.
- 7.- BURGOA ORIHUELA IGNACIO "DERECHO CONSTITUCION MEXICANO" EDITORIAL PORRUA, S. A. MEXICO, 1973.
- 8.- CICU ANTONIO " EL DERECHO DE FAMILIA " TRADUCCION DE SANTIAGO SENTIS MELENDO -- CON ESTUDIO PRELIMINAR Y ADICIONES DE DERECHO ARGENTINO POR VICTOR NEPPI EDIAR, S. A. EDITORES SUCESORES DE CIA. ARGENTINA DE EDITORES, S. de R. L. BUENOS AIRES, ARGENTINA, 1947. EL PRESENTE VOLUMEN CONSTITUYE LA TRADUCCION DE LA OBRA -- ITALIANA " IL DIRITTO DI FAMIGLIA " ATHENAEUM, ROMA, MCXIV ( 1914 ).
- 9.- CICU ANTONIO "LA FILIACION" TRADUCCION DE FAUSTINO JIMENEZ ARNAU Y SANTA CRUZ - TEIJEIRO JOSE MADRID REVISTA DE DERECHO PRIVADO MADRID, ESPAÑA, 1930.
- 10.- DE BUEN NESTOR "LAS TENDENCIAS MODERNAS EN EL DERECHO DE FAMILIA" CONFERENCIA - EN LA FACULTAD DE DERECHO EN PrensA, PAG. 4.

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

- 11.- DE PINA VARA RAFAEL "ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO" INTRODUCCION PERSONAS, FAMILIA VOLUMEN I SEXTA EDICION EDITORIAL PORRUA, S. A. MEXICO, 1972.
- 12.- POR EL DEPARTAMENTO DE DIVULGACION DE LA S. E. P. "JUAREZ" TALLERES GRAFICOS DE LA S.E.P. MEXICO, 1956.
- 13.- DIAZ DE GUIJARRO ENRIQUE "TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA" EDITORA TIPOGRAFICA ARGENTINA, BUENOS AIRES, 1953.
- 14.- DIAZ DE GUIJARRO ENRIQUE "DERECHO DE FAMILIA" EDITORIAL TEA, 1953.
- 15.- POR DUNCAN NORTON TAYLOR Y EL EQUIPO EDITORIAL DE LIBROS TIME-LIFE "LOS CELTAS" ORIGENES DEL HOMBRE EDITADO POR TIME-LIFE INTERNATIONAL DE MEXICO, S. A. de C.V. MEXICO, 1976.
- 16.- POR EL EQUIPO EDITORIAL DE LIBROS TIME-LIFE "EL PRIMER HOMBRE" ORIGENES DEL HOMBRE EDITADO POR TIME-LIFE INTERNATIONAL DE MEXICO, S. A. de C. V. MEXICO, 1981.
- 17.- POR EL EQUIPO EDITORIAL DE LIBROS TIME-LIFE "LA VIDA ANTES DEL HOMBRE" ORIGENES DEL HOMBRE EDITADO POR TIME-LIFE INTERNATIONAL DE MEXICO, S. A. de C. V., MEXICO, 1981.
- 18.- ENGELS FEDERICO "EL ORIGEN DE LA FAMILIA, LA PROPIEDAD PRIVADA Y EL ESTADO" EL PAPEL DEL TRABAJO EN LA TRANSFORMACION DEL MONO EN HOMBRE EN RALACION CON LAS INVESTIGACIONES DE LEWIS H. MORGAN EDICIONES DE CULTURA POPULAR, S. A. NOVENA REIMPRESION, MEXICO, 1977.
- 19.- ENSAYO DE ESPINOSA DE SERRANO, AMPARO "HABIA UNA VEZ MI FAMILIA..." EDITORIAL SIGLO XXI EDITORES MEXICO, 1981.
- 20.- GARCIA MAYNEZ EDUARDO "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO" VIGESIMA SEPTIMA EDICION EDITORIAL PORRUA, S. A. MEXICO, 1977.
- 21.- GÜITRON FUENTEVILLA JULIAN "DERECHO FAMILIAR" PUBLICIDAD Y PRODUCCIONES GAMA, S. A., MEXICO, 1972.

- 22.- GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO "DERECHO DE LAS OBLIGACIONES" QUINTA EDICION EDITORIAL CAJICA, S. A. PUEBLA, MEXICO, 1978.
- 23.- HANS Kelsen "TEORIA PURA DEL DERECHO" TEMAS DECIMOCUARTA EDICION EDITORIAL UNIVERSITARIA DE BUENOS AIRES, ARGENTINA, 1976.
- 24.- LANZ DURET MIGUEL "DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO" Y CONSIDERACIONES SOBRE LA REALIDAD POLITICA DE NUESTRO REGIMEN SEPTIMA IMPRESION COMPANIA EDITORIAL CONTINENTAL, S. A. MEXICO, 1980.
- 25.- LONER BERNARDO "ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA" TOMO XI EDITORIAL BIBLIOGRAFICA ARGENTINA, ARGENTINA, 1960.
- 26.- LONER BERNARDO "ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA" TOMO VII EDITORIAL BIBLIOGRAFICA ARGENTINA, ARGENTINA, 1964.
- 27.- TRADUCIDO DEL POLONES AL FRANCES POR MACIEJ SZEPIETOWSKI, BAJO LA REDACCION DE WITALD - CZACHORSKI, PROFESOR DE LA FACULTAD DE DERECHO DE VARSOVIA, 1966 "CODE DE FAMILLE ET DE TUTELLE DE LA REPUBLIQUE POPULAIRE DE POLOGNE" DE 1966.
- 28.- MAZEAUD HENRI LEON Y JEAN "LECCIONES DE DERECHO CIVIL" PRIMERA PARTE VOLUMEN III EDITORIAL EJE, 1959.
- 29.- MORENO DANIEL "DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO" QUINTA EDICION EDITORIAL PAX MEXICO LIBRERIA CARLOS CESARMAN, S. A. MEXICO, 1979.
- 30.- MUNOZ LUIS "COMENTARIOS A LOS CODIGOS CIVILES DE ESPANA E HISPANOAMERICA" EDICIONES JURIDICAS HERRERO IMPRESORA AZTECA, S. DE R. L. MEXICO, D. F., 1953.
- 31.- NAVARRO SALGADO JOSE LUIS "VIOLENCIA NO! VERDAD DE JUAREZ SI" EDITORIAL GUTENBERG DE MEXICO, D. F. MEXICO, 1969.
- 32.- PIRENNE JACQUES "HISTORIA UNIVERSAL" LAS GRANDES CORRIENTES DE LA HISTORIA VOLUMEN V "LA REVOLUCION FRANCESA" EDITORIAL EXITO, S. A. GROLIER JACKSON BARCELONA ESPANA, 1973.

LEGISLACION CONSULTADA.

- I.- "CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS". TEXTO VIGENTE. EDITORIAL PORRUA, S. A. MEXICO, 1982.
- II.- "LA CAMARA DE DIPUTADOS DONDE NACIO LA CONSTITUCION DE 1857 Y SU TEXTO ORIGINAL". ALBERTO TRUEBA URBINA. BIBLIOTECA CAMPECHANA, CAMPECHE, MEXICO, 1957.
- III.- "CÓDIGO PENAL" PARA EL DISTRITO FEDERAL. TRIGESIMA PRIMERA EDICION. EDITORIAL PORRUA, S. A., MEXICO, 1978.
- IV.- "LEY FEDERAL DEL TRABAJO DE 1970. REFORMA PROCESAL DE 1980". ALBERTO TRUEBA URBINA, JORGE TRUEBA BARRERA. EDITORIAL PORRUA, S. A. MEXICO, 1980.
- V.- "CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL". CUADRAGESIMA OCTAVA EDICION. EDITORIAL PORRUA, S. A. MEXICO, 1980.
- VI.- "CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL". "COLECCION NUESTRAS LEYES". 17. EDITORES MEXICANOS UNIDOS, S. A. MEXICO, 1978.
- VII.- "CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES". VIGESIMA CUARTA EDICION. EDITORIAL PORRUA, S. A. MEXICO, 1969.
- VIII.- "LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES". ANOTADA POR EL NOTARIO LIC. MANUEL ANDRADE. TERCERA EDICION. EDITORIAL EDICIONES ANDRADE, S. A. MEXICO, 1980.