

875209



UNIVERSIDAD VILLA RICA

ESTUDIOS INCORPORADOS A LA U.N.A.M.
FACULTAD DE DERECHO

"ANALISIS DEL DEPOSITO
JUDICIAL
Y LA CUSTODIA"

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

Yadira García Alcocer

DIRECTOR DE TESIS

Mic. Alfredo Hernández Perri

REVISOR DE TESIS

Mic. Cuauhtémoc Sánchez Ferrero

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

H. Veracruz, Ver. 1996.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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.

A mis Padres

Lic. en Derecho
Ismael García Benitez

Profesora
Eunice Mireya Alcocer de García

A mi Hermano

Ismael García Alcocer

A mis Hermanas.

Lic. en Derecho
Eunice Zamira García de Gómez

Lic. en Derecho
Perla García Alcocer

A mis Sobrinos

Alexandro Gómez García

Gerardo Gómez García

A Eduardo A. Chávez Origel

Al Licenciado Héctor Ariza Azpiroz

Al Licenciado Cuahutémoc Sánchez Serrano

viii

Al Licenciado Alfredo Fernández Peri

A mis seres queridos.

I N D I C E

CAPITULO I. FUNDAMENTOS GENERALES DE LA PATRIA
POTESTAD Y DE LA CUSTODIA.

1.1. Antecedentes Históricos de la Patria Potestad	2
1.1.1. Fuentes de la Patria Potestad	4
1.1.2. La patria potestad germánica	9
1.1.3. Influencia de la Iglesia	10
1.1.4. La Patria Potestad Nahua	10
1.2. Conceptos y definiciones	12
1.2.1. Definición de Custodia	12
1.2.2. Concepto de la Patria Potestad	14
1.2.3. Concepto de Emancipación	17
1.2.4. Concepto de Tutela	18

CAPITULO II. SUJETOS Y OBJETOS DEL DERECHO FAMILIAR.

2.1. Los sujetos del derecho de familia	23
2.2. Generalidades	24
2.3. Objetos del Derecho Familiar	24
2.4. Supuestos Especiales del Derecho Familiar . .	37
2.5. Consecuencias del Derecho Familiar	41

CAPITULO III. NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA
POTESTAD, Y LA CUSTODIA.

3.1. Patria Potestad	44
3.1.1. De los efectos de la Patria Potestad respecto de la persona de los hijos . .	44
3.1.2. De los efectos de la Patria Potestad respecto de los bienes de los hijos . .	46
3.1.3. De los modos de acabarse y suspenderse la Patria Potestad	49
3.2. Tutela	50

3.2.1. Disposiciones Generales	50
3.2.2. De la Tutela testamentaria	53
3.2.3. De la tutela legítima de los menores . .	54
3.2.4. De la tutela legítima de los dementes, idiotas, imbeciles, sordomudos, ebrios y de los que habitualmente abusan de las drogas enervantes	55
3.2.5. De la legítima de los menores abandonados	55
3.2.6. De la tutela dativa	56
3.2.7. De los inhábiles para el desempeño de la tutela	57
3.2.8. De las excusas para el desempeño de la tutela	59
3.2.9. De la garantía que deben prestar los tutores para asegurar su manejo	60
3.2.10. Del desempeño de la tutela	63
3.2.11. De las cuentas de la tutela	70
3.2.12. De la extinción de la tutela	72
3.2.13. De la entrega de los bienes	72
3.2.14. Del curador	74
3.2.15. De los consejos locales de tutela y de los jueces pupilares	75
3.2.16. Del estado de interdicción	76

**CAPITULO IV. PROBLEMAS POLITICO, PATRIMONIAL,
TELEOLOGICO Y AXIOLOGICO DEL DERECHO DE
FAMILIA.**

4.1. Problema Politico del Derecho de Familia . . .	79
4.2. Problema Patrimonial del Derecho de Familia . .	81
4.3. Problema Teleológico del Derecho de Familia . .	85
4.4. Problema Axiológico	85

**CAPITULO V. LA AXIOLOGIA JURIDICA COMPARADA AL
DERECHO DE FAMILIA.**

5.1. Relaciones entre valor y deber	90
5.1.1. Nociones Generales sobre el deber . . .	90
5.1.2. Teorías relevantes sobre el fundamento del deber	91

5.1.2.1. Teoría Kantiana del deber . . .	92
5.2. Teoría del deber como influjo motivador de la sanción	93
5.3. Teoría fenomenológica del deber	94
5.4. Teoría del deber a la luz del pensamiento tradicional	96
5.5. Relaciones entre valor, deber, y fin	97
5.6. Valores que representan un principio universal para la regulación de lo social	99
5.6.1. El bien común	101

CAPITULO VI. SEMBLANZA CRITICA SOBRE LA NECESIDAD DE ACEPTARSE A LA CUSTODIA EN NUESTRA LEY CIVIL.

6.1. Depósito Judicial en el Código Civil del Estado	113
6.2. Análisis del Depósito Judicial	116
6.3. Aplicación Judicial del Depósito Judicial . .	118
6.4. Consecuencias del Depósito Judicial	120
6.5. Casos en que da lugar el Depósito Judicial . .	120
6.6. Propuesta	121

CONCLUSIONES. INTERES DEL TRABAJO POR EL BIENESTAR DE LA FAMILIA

1.1. Importancia del estudio	127
1.1.1. Mujer; educación y autoestima	128
1.1.2. La Humanidad y La Familia	131
1.1.3. Avanze hacia el porvenir	131
1.1.4.1. La familia, unidad básica . .	131
1.1.4.2. Enciclica Laborem Exerns . . .	133
1.1.4.3. El pontificado y la Familia. La grandeza de ésta	134

1.1.4.4. Violentos enemigos	136
1.1.5. La familia en el concilio	137
1.1.5.1. Crítica al concilio de la familia	139
1.1.6. Elementos de política familiar. Las diez pripriidades	141

Evolución histórica de la familia.

2.1. Naturaleza y cultura de la familia	143
2.2. Tipos varios de familia	143
2.3. Evolución y cambios de la familia monógama	146
2.4. La familia según la teoría materialista	147
2.4.1. El Estado prehistórico	148
2.4.2. Antítesis de Engels	153
2.5. Algunas enseñanzas de la historia de la familia	
2.5.1. El pueblo de Israel	155
2.5.2. Naciones Paganas	155
2.5.3. La India	160
2.5.4. China	163
2.5.5. Egipto	165
2.5.6. El Pueblo Etrusco	168
2.5.7. Grecia	172
2.5.8. La Familia Nahua	173
2.5.8.1. Patria Potestad	174
2.5.8.2. El hogar y la educación	174
	176

Doctrina sociológica de las formas sociales.

3.1. Fernando Toennies como precursor de la teoría de las formas sociales	179
3.1.1. Diferencia entre la comunidad y la asociación	180
3.1.2. Relaciones entre ambas	181
3.2. Problema de origen y fundamento de la sociedad. Aristóteles, teoría naturalista	182
3.2.1. La naturaleza humana como causa eficiente de la sociedad	182
3.2.1.2. La definición del hombre como un "zoon politikon"	182
3.2.1.3. El argumento lógico	183
3.2.1.4. El fundamento antropológico	183
3.2.1.5. La comprobación histórica	183
3.2.2. Teoría contractualista: Tomas Hobes, Montesquieu	184

3.2.2.1. El hombre "como un lobo del hombre"	184
3.2.2.2. La sociedad como un acto de paz	185
3.2.2.3. La sociedad como un acto de reconocimiento. Montesquieu . .	185
3.2.3.1. Clasificación de las fuerzas sociales	186
4.1. Motivación del tema; ¿Cual es el interés? . .	188
5.1. Análisis del tema. Esbozo de los capítulos . .	189
6.1. Soluciones	191
BIBLIOGRAFIA	197

CAPITULO I

FUNDAMENTOS GENERALES DE LA PATRIA POTESTAD Y DE LA CUSTODIA

- 1.1. Antecedentes Históricos de la Patria Potestad.
 - 1.1.1. Fuentes de la Patria Potestad
 - 1.1.2. La patria potestad germánica.
 - 1.1.3. Influencia de la Iglesia

- 1.2. Conceptos y definiciones.
 - 1.2.1. Definición de Custodia.
 - 1.2.2. Definición de la Patria Potestad.
 - 1.2.3. Definición de Emancipación.
 - 1.2.4. Definición de Tutela.

1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PATRIA POTESTAD.

Para poder centrarnos en los antecedentes, es necesario remontarnos a la época del Imperio Romano hasta nuestros días, iniciaremos con lo que dice el Derecho Privado Romano.

La Patria Potestad, Este poder, que normalmente duraba hasta la muerte del *paterfamilias*, nos muestra los siguientes aspectos:

a) El padre o el abuelo tenía un poder disciplinario, casi ilimitado, sobre el hijo; hasta podía matarlo (*ius vitae necisque*), aunque en caso de llegar a este extremo, sin causa justificada, el *paterfamilias* se exponía a sanciones por parte de las autoridades gentilicias o del censor. Este derecho se fue suprimiendo en varias etapas. Quien puede lo más, puede lo menos. Si el padre pudo, por mucho tiempo, matar al hijo, a *fortiori* pudo venderlo o exponerlo. La venta está todavía permitida por Justiniano, siempre que se trate de situaciones de emergencia financiera. La exposición es objeto de una amplia y variada legislación, durante el Bajo Imperio, y, finalmente, tratada como un crimen, equiparable al homicidio. Actualmente de este amplio poder del padre sobre los hijos no nos queda más que un moderato derecho de castigar, como el mencionado en el artículo 423 del Código Civil.

b) Por ser el *paterfamilias* la única "persona" verdadera dentro de la familia, originalmente, el hijo no podía ser titular de derechos propios, todo lo que adquiría entraba a formar parte del patrimonio del *paterfamilias*, principio suavizado, poco a poco, por la mayor independencia de los hijos en relación con los peculios que les fueron confiados, y por la creciente frecuencia de la emancipación.

Augusto, permite ya que el hijo sea propietario de "un peculio *castrense*", ganado por su actividad militar, y, bajo Constantino, se añade a este privilegio un derecho análogo respecto del peculio *quasi-castrense*, obtenido por el ejercicio de alguna función pública o eclesiástica. Además, este emperador concedía al *filusfamilias* la propiedad de los bienes adquiridos por la sucesión de su madre, sus abuelos, etc. (*bona adventicia*).

Originalmente, el usufructo del *peculio castrense* correspondía al *paterfamilias*, pero el emperador concede un importante privilegio más al *filusfamilias*: no solo

que, en caso de muerte del padre, el peculio en cuestión sea entregado directamente al hijo, sin entrar en la masa sucesoria, sino que el hijo pueda, inclusive, disponer por testamento de los bienes de que se trata. Un siglo después, Adriano suprime también aquel usufructo paternal.

No seguiremos aquí las diversas etapas de la liberación patrimonial del *filusfamilias*. Finalmente, en tiempos de Justiniano, sólo los *bona adventicia* quedan todavía bajo la administración del *paterfamilias*, quien goza, respecto de ellos, de una especie de usufructo.

Sin embargo, el donante o el de *cuius*, del cual estos bienes se habían obtenido, podía haber dispuesto que quedarían exentos de estas facultades paternas, a las cuales también el padre mismo podía renunciar en beneficio del hijo. Poco a poco, el derecho romano se acercaba así al derecho moderno, que ha suprimido la incapacidad patrimonial de los *alimentii iuris*.

Tratándose del mencionado usufructo legal, el padre no tenía la obligación de garantizar su manejo, recibiendo así una condición privilegiada en comparación del usufructo común y corriente. El derecho moderno ha reducido a la mitad el usufructo legal del padre respecto de los bienes de sus hijos. Confirmando la idea romana, exceptúa al padre del deber de dar la fianza que debe proporcionar normalmente todo usufructuario. Pero la gran diferencia respecto del sistema romano es que allí la administración y el usufructo duraban normalmente toda la vida del *paterfamilias*, mientras que para nosotros la mencionada situación termina normalmente cuando el hijo llega a los dieciocho años.

El *paterfamilias* era responsable de las consecuencias patrimoniales de los delitos cometidos por el *filusfamilias*, pero podía recurrir al "abandono noxal", entregando al culpable para que expiara su culpa mediante el trabajo.

c) La patria potestad que, en su origen, fue un poder establecido en beneficio del padre, se convirtió, durante la fase imperial en una figura jurídica en la que encontramos derechos y deberes mutuos. Así hallamos que, ya en tiempos de Marco Aurelio, se reconoce la existencia, en la relación padre-hijo, de un recíproco derecho a alimentos, según se expresa al principio de los artículos 303 y 304 del Código Civil: la *Patria potestad* se mueve hacia una *Patria pietas*.

La amplia extensión jurídica, unida a la excesiva duración de la patria potestad (hasta la muerte del *paterfamilias*), era un rasgo típico del derecho romano que el derecho moderno no ha adoptado. También en el

mundo mediterráneo antiguo fue considerado como una peculiaridad romana que encontraba su fundamento, no en el *ius gentium*, sino en el *ius civile*.

En la práctica, el sistema era soportable, cuando menos en los tiempos históricos, por la infundida costumbre de emancipar a los hijos cuando ellos lo deseaban y también por el sistema de los peculios, que los padres solían confiar a sus hijos para que los administraran, quedándose éstos con parte de los beneficios.¹

Las doce tablas hacía libre al hijo objeto de tres mancipaciones sucesivas, La Ley Julia De adulteriis quitó al marido el derecho de vida y muerte sobre la mujer. Se privó al padre del derecho de entregar como prenda a los hijos. La jurisdicción doméstica quedó reducida a un derecho de corrección. Se prohibió la venta de los hijos, salvo en los casos de extrema necesidad.²

1.1.1. Fuentes de la patria potestad.

Las Fuentes de la Patria Potestad. Como fuentes de la patria potestad, el derecho romano señala una natural y general, al lado de tres artificiales y excepcionales, entre las cuales la "legitimación" requiere, un fundamento natural. Faltaba, sin embargo, el actual reconocimiento por testamento y ante notario o autoridades.³

a) *Las iustae nuptiae*. Mientras los hijos nacidos dentro de un concubinato duradero son *naturales liberi*, exentos de la patria potestad, y mientras los hijos nacidos de relaciones transitorias son solo *spurii*, los nacidos después de ciento ochenta y dos días, contados desde el comienzo de las *iustae nuptiae*, o dentro de los trescientos días contados desde la terminación de éstas, son considerados como hijos legítimos del marido de la madre, salvo la prueba -a cargo del marido de la madre- de que no haya podido tener contacto carnal con ella, sea a causa de un viaje, sea por enfermedad, impotencia, etc. En el derecho preclásico, empero, ningún hijo valía como

¹ MARGRADANT S. Guillermo F. Derecho Romano Edit. Esfinge. México, D.F. 1985 p.p. 200.

² DE IBARROLA Antonio Derecho de Familia Edit. Porrúa Ita. Edic. México 1993 p.442.

³ MARGRADANT S. Guillermo F. Derecho Romano Edit. Esfinge. México, D.F. 1985 p.p. 200.

tal sin un acto expreso por parte del padre (*el tollere liberum*).

Entre los romanistas de los últimos siglos ha habido una famosa controversia sobre la condición del hijo nacido antes de los ciento ochenta y dos días de matrimonio. ¿Debe ser reconocido expresamente por el padre, como opina el gran pandectista Windschei? ¿O hay una gran presunción de que el marido sea el padre, pudiendo éste, con una mera declaración, quitar eficacia a esta presunción (Van der Kessel) o, más bien, se exigirá del marido de la madre la prueba de que el hijo no puede ser suyo (Donelo)?.

Notemos a este respecto que el derecho mexicano presume que tal hijo es fruto del matrimonio en el cual nació, aunque fuera concebido antes, limitando drásticamente la facultad del padre de combatir esta presunción.

Los hijos nacidos de *iustae nuptiae*, respecto de los cuales el padre no haya intentado, o no haya logrado, comprobado la imposibilidad precitada, caen bajo la patria potestad. Pueden (desde la época clásica) reclamar alimentos del padre y, a su vez, tienen el deber de proporcionarlos.

En caso de hijas, éstas tienen derecho además (desde el emperador Augusto) a que el padre les de una dote adecuada a su clase social.

Otras consecuencias del nacimiento en *iustae nuptiae* son que los hijos deberán obtener el consentimiento del padre para celebrar a su vez un "justo matrimonio", y que el padre tiene un derecho de administración y usufructo sobre determinados bienes adquiridos por el hijo, con todos los efectos que ya hemos señalado.

En cuanto a la prueba de la filiación, el derecho romano admite:

- 1.- Una comprobación mediante los registros públicos de nacimiento, establecidos quizá por Augusto, en relación con su legislación caducaria.
- 2.- La comprobación de constante posesión de estado de hijo legítimo.
- 3.- En último caso la prueba testimonial.

El derecho mexicano confirma estas soluciones, exigiendo, empero, que la prueba testimonial debe siempre acompañarse de algún otro medio probatorio.

b) *La legitimación.* Este procedimiento sirve para establecer la patria potestad sobre los hijos naturales y se realiza en una de las siguientes formas:

1.- El "justo matrimonio" con la madre, algo que no siempre era posible. Aquí encontramos el antecedente del artículo 354 del Código Civil.

2.- Un *rescripto* del emperador, posible escape en los casos en que el matrimonio entre los padres no era realizable o aconsejable. El emperador sólo autorizaba la legitimación en caso de ausencia de hijos legítimos.

3.- La "oblación a la curia". En este caso el padre se hacía responsable de que su hijo aceptara la desagradable y arriesgada función de *decurión*, consejero municipal, que respondía con su propia fortuna del resultado de los cobros fiscales decretados por el exigente Bajo Imperio. Además, el padre debía separar de su patrimonio inmuebles por cierta cantidad, para garantizar la gestión de su hijo en la Curia.

El derecho moderno todavía reconoce la "legitimación" como modo excepcional de establecer la filiación, sólo que sus efectos son algo distintos, debido al diferente alcance que nuestro derecho da a la patria potestad.

Así, en Roma, la legitimación de una persona mayor de edad, hacía sufrir a esta última una *capitis deminutio minima*. En cambio, en el derecho moderno, el hijo mayor legitimado no sufre una reducción en sus derechos, sino que recibe importantes ventajas, como son: derechos sucesorios *abintestato*, derecho al apellido del padre, e incluso a alimentos, en caso de necesidad. A cambio de ellos, solo se le impone el deber de dar alimentos, en el caso de que el padre legitimante caiga en la miseria.

Otra diferencia es que el derecho moderno concibe, como modo de legitimación, únicamente el matrimonio subsecuente de los padres. No necesitamos en la actualidad modos semejantes al *rescripto imperial*, ya que el padre moderno tiene la facultad de reconocer a sus hijos naturales ante el oficial del Registro Civil, por escritura notarial, por testamento o por confesión judicial, y, a causa de estas nuevas y generosas vías que el derecho moderno otorga al respecto, se pueden reducir a una sola las tres antiguas formas posibles de legitimación.

c) *La adopción.* Por este procedimiento, el *paterfamilias* adquiriría la patria potestad sobre el *filiusfamilias* de

otro ciudadano romano. Este último debía prestar, desde luego, su consentimiento para ello.

Originalmente, la adopción se lleva a cabo mediante tres ventas ficticias de la persona por adoptar. Vendiendo a ésta tres veces y recuperando su patria potestad después de cada venta, el antiguo *paterfamilias* perdía la patria potestad, según las XII tablas; y después de la tercera venta, el adoptante reclamaba ante el pretor la patria potestad sobre la persona por adoptar, cuyo antiguo *paterfamilias* figuraba en este proceso ficticio como demandado. Como este no se defendía, el magistrado aceptaba luego, como fundada, la acción del actor-adoptante. Así se combinaban las tres ventas ficticias con un proceso ficticio para llegar al resultado de la *adoptio*.

Justiniano decide que tal acumulación de ficciones no es necesaria y que basta con una mera declaración ante el magistrado, hecho por ambos *patresfamilias*.

Como *adoptio naturam imitatur*, el adoptante debía tener dieciocho años más que el adoptado y la *adoptio* creaba los mismos impedimentos matrimoniales que la filiación natural. Además, como el derecho imperial quiere estimular los matrimonios, sólo permite la *adoptio* a ancianos mayores de sesenta años. Si un joven quiere tener hijos, que se case.

El derecho moderno mexicano ha reducido el mínimo de edad del adoptante, de sesenta años a treinta, ya que para él, la única justificación de este límite es la de asegurar que el adoptante comprenda lo que está haciendo.

Ambos derechos exigen, además, que el adoptante no tenga hijos legítimos -un requisito tratado con más elasticidad en el derecho romano que en el moderno-, para evitar que la adopción perjudique a los intereses de éstos.

Notemos de paso que la adopción es el típico ejemplo de un acto jurídico que no admite término, ni condición.

Como el adoptado salla de su familia original, perdía allí sus derechos sucesorios; y, en el caso de que su nuevo *paterfamilias* lo emancipara, se encontraba de pronto "solo en el mundo", privado de todo derecho sucesorio *abintestato*. Por eso, Justiniano declaró que el adoptado, además de adquirir un derecho sucesorio *abintestato* con relación al adoptante -pero no respecto de los parientes de éste-, conservaba tal derecho dentro

de su familia original. Además, normalmente, el adoptante no adquiría la patria potestad sobre el adoptado. Esta opción, estructurada por Justiniano, es realmente una sombra de lo que esta figura había sido originalmente. Fue calificada como *adoptio minus plena*; en casos excepcionales, empero, hubo todavía una *adoptio plena*, que otorgaba la patria potestad al adoptante, creando además derechos sucesorios mutuos, *abintestato*.

Después de una larga fase en la que la adopción cayó en desuso (salvo en unas familias aristocráticas que la utilizaron para perpetuar su nombre), la Revolución Francesa, hizo de nuevo popular esta institución. Fue copiada por el derecho anglosajón, en este siglo, y creció en importancia por el impacto de las dos guerras mundiales. El derecho moderno, empero, suele restringir la adopción de mayores (México la permite solo tratándose de incapacitados). Por lo demás, encontramos rasgos de la *adoptio plena* y de la *adoptio minus plena* (el adoptado no pierde sus derechos sucesorios de su antigua familia).

d) *La adrogatio*.- Esta permite que un *paterfamilias* adquiriera la patria potestad sobre otro *paterfamilias*, por ejemplo., su propio hijo natural, en cuyo caso la *adrogatio* servía como un sustituto del moderno reconocimiento.

La *adrogatio* está rodeada de los mismos requisitos de fondo que hemos señalado en el caso de la *adoptio*. Sin embargo, el procedimiento formal es más severo. Esto es explicable por las siguientes razones:

Por la *adrogatio* podía extinguirse eventualmente un culto doméstico; también podía tener como consecuencia, que una *gens* perdiera alguna rica *domus* a favor de otra *gens*, lo cual podría perturbar el equilibrio político en la antigua Roma; y, finalmente, como el adrogado entraba con todo su patrimonio bajo el poder del adrogante (ejemplo de una transmisión a título universal), existía un peligro de *adrogationes* inspiradas en motivos deshonestos. De ahí que la Roma republicana exigía para esta institución la aprobación de los comicios (por curias), con intervención sacerdotal. Cuando los comicios cayeron en desuso, se exigió el consentimiento de treinta lictores, hasta que Diocleciano decidió que la aprobación personal del emperador era necesaria para la *adrogatio*, además, claro está, del consentimiento del adrogante y del adrogado.

La adrogación de impúberes sólo se permitió a partir de Antonino Pío. La legislación trataba de proteger, en tal caso, los intereses patrimoniales del adrogado. Si moría antes de llegar a la pubertad, el adrogante debía devolver el patrimonio del adrogado a los parientes originales de éste. En caso de ser desheredación, el adrogado podía reclamar una cuarta parte de lo que hubiera correspondido en caso de sucesión por vía legítima, o sea, abintestato.

En el derecho moderno, como la división *alieni iuris sui iuris* ya no existe (pues, repetimos, la división entre mayores y menores se funda en un criterio totalmente distinto) Tampoco se necesita el dualismo de una *abrogatio* al lado de una *adoptio*.

Observemos, finalmente, que el derecho canónico medieval, en su afán de contrariar a los padres pecaminosos -pero con resultados muy perjudiciales para los hijos-, prohibió el establecimiento artificial de la patria potestad respecto de los hijos propios, adulterinos o incestuosos. El sistema canónico mismo ha revisado, entre tanto, esta severa actitud, pero su posición anterior ha dejado huellas en el derecho civil de muchos países; no así en México, que ha orientado su legislación, sobre todo, al interés de los hijos (que no tienen la culpa de ser adulterinos o incestuosos), permitiendo que sean reconocidos por el padre, aún en estos dos supuestos excepcionales.

1.1.2. La patria potestad germanica.

Por lo que hace a la patria potestad germánica, en ella la familia (*Sippe*, el linaje), presenta un tipo más reducido, casi de carácter militar. Al casarse, el marido adquiere una potestad que se llama *Munt* sobre la mujer y los hijos de ésta.

La patria potestad se parece algo a la romana. La ejerce solamente el padre; éste tiene una facultad de corrección que puede llegar hasta la pena de muerte; por ejemplo, si el padre sorprende bajo el techo paterno en adulterio a su hija, puede "hacer de ella lo que quiera".

La hija no puede contraer matrimonio sin consentimiento del padre, quien puede venderla. El contacto con los romanos descompuso en cierto modo esta

organización de la familia hasta el punto de que, en pueblos germanos se estableció el divorcio.⁴

1.1.3. Influencia de la iglesia.

Según la acertada tesis de Slange Réglade: "La Iglesia que enseña el mismo catecismo a todos sus fieles cualquiera que sea su origen, estableció sus principios sobre la familia, los hizo penetrar en las leyes, y después sustituyó éstas con su propia ley, por el simple consentimiento de hombres y mujer se estableció el matrimonio para toda la vida. Se suprimió el divorcio.

Para la Iglesia todo derecho nace de una obligación: como los padres tienen la obligación de mantener y educar a sus hijos, necesitan del derecho de mandar en ellos, de corregirlos y dirigirlos, sin otra intervención que la indispensable de la sociedad. En el fondo, y después de varios trastornos (alguno tan grave como la Revolución Francesa) éste es el espíritu que perdura en los códigos civilizados modernos.⁵

1.1.4. La patria potestad nahua.

Era el hombre el jefe de la familia; pero en derecho, estaba en igualdad de circunstancias con su mujer. El hombre educaba y castigaba a los hijos varones, la mujer a las niñas. Ambos podían amonestar a sus hijos sin distinción.

Con frecuencia encontramos discursos del padre o de la madre dirigidos a uno y a otro sexo, pero siempre prevaleció la costumbre de que el padre impartiera el castigo a los hijos y la madre a las hijas.

La patria potestad era muy amplia. El padre solía vender a sus hijos como esclavos cuando a causa de su pobreza le era imposible mantenerlos. También estaba facultado para casar a sus hijos, y el matrimonio que se celebraba sin el consentimiento del padre era tenido como ignominioso.

⁴ DE IBARROLA Antonio Derecho de Familia Edit. Porrúa 4ta. Edic. México 1993 p.442.

⁵ Ibid. p.p. 442 a 443.

Para castigar a los hijos, podían los padres usar de la violencia. Generalmente los herían con espinas de magüey; les cortaban el cabello, y cuando el hijo era tenido por incorregible, el padre, previo permiso de las autoridades, podía venderlo como esclavo o exponerlo a los helados rigores de una noche en la montaña, atado y desnudo en un charco de lodo. Eran los nahuas muy estrictos; podían reprender con azotes, con punzamientos, con aplicación de humo de chile en el rostro de los mal educados, y con una incisión pequeña en el labio de los mentirosos.

Pocos de entre nosotros estamos enterados de que el heroico Cuahutémoc sufrió su primer martirio no por cierto a manos de los españoles, sino de sus profesores nahuas. Habiendo asistido el joven a una amena reunión con primos y amigos circuló en ella abundantemente el excelente octli (pulque), esta bebida tan apetecible y eminentemente diurética. El joven, que sabía medirse, no la probó. A media fiesta llegaron los severos profesores. Uno de los contertulios, Coanacoch por cierto, ocultó tímidamente su jarro o esterilla cerca del lugar del futuro soberano, no sin que éste dejare de advertirlo. Algún profesor nada prudente acusó a Cuahutémoc de haber apurado a octli en exceso, cosa imperdonable en un universitario, por llamarlo así. Bien pudo el joven haber señalado al verdadero culpable, pero se abstuvo de hacerlo y fue llevado a respirar humo de chile por cerca de un cuarto de hora. No hubieran resistido los bronquios y habría sobrevenido inevitablemente la muerte, de no haber intervenido oportunamente en favor de nuestro héroe un anciano sacerdote, de los que creían por cierto en un verdadero Dios. También en él creía la madre del heroico muchacho, dama letrada distinguidísima, señora de Tlatelolco.

Los hijos isima, señora de Tlatelolco.

Los hijos de los nobles, de los ricos y de los de la clase media vivían en la casa de sus padres hasta los 15 años. A los 15 años eran entregados al *calmecac* o al *telpochcalli*, según la promesa que se hubiera hecho el día de la imposición del nombre. *Telpochtli* era el adolescente, *calli* su casa.

En el caso de muerte del padre, el hermano de éste podía ejercer todos los derechos de la patria potestad, siempre y cuando casara con la viuda. Se ignora si en ausencia de éste requisito, los abuelos podían suplir a los faltantes. No se ve que los huérfanos acudieran a los abuelos en especial, sino a cualquier pariente para que

los sustentara, quien indudablemente adquiriría la tutería de los menores. Esta última institución era de gran responsabilidad: la mala disposición de los bienes encomendados hacía al tutor merecedor de la pena de la horca.

Si moría la mujer durante el parto, su destino quedaba asimilado al de un guerrero muerto en combate o sacrificio. Los soldados bisoños trataban de hurtar el cuerpo durante el cortejo fúnebre, y de lograrlo, le cortaban el dedo de enmedio de la mano izquierda, pues para ellos era cosa santa que habría de volverlos valientes y esforzados. De no ser así, buscaban robar el cuerpo ya sepultado y le cortaban el cabello además del dedo.

Los padres y parientes de aquella mujer muerta en el parto decían que iba a la casa del sol, ya que éste la había llamado por su valentía. Las mujeres muertas en la guerra y las que al primer parto fallecían (*mocihuazquetzque*) residían en la parte occidental, *Ciuatlampa*, del cielo. Las mujeres muertas durante el primer parto se convertían en diosas, y se las denominaba *ciuateteo*, mujeres divinas, mucho más todavía que *ciuatlatocin*, reina, dama de alto rango.⁶

1.2 CONCEPTOS Y DEFINICIONES.

A continuación iniciaremos este apartado con un breve concepto de la Custodia. El Instituto de Investigaciones Jurídicas lo define etimológicamente del verbo latín "custos" que significa guardia o guardian y ésta a su vez deriva del *curtos*, forma del verbo *curare* que quiere decir cuidar. Es por lo tanto la acción y el efecto de custodiar o sea guardar con cuidado alguna cosa.

1.2.1. Custodia.

En derecho romano tuvo dos acepciones: en derecho penal y en derecho civil. En éste último significó una clase especial de diligencia que debía aplicar el deudor

⁶ *Ibid.* p.109.

de cuidar la cosa debida como un *bonus pater familias*. En general esa clase especial de diligencia debia emplearse en todo caso en el cuidado de una cosa ajena a fin de conservarla y vigilar de tal manera que no pudiera perderse, o ser robada o usucapida por terceros.

La obligación de custodia ha surgido desde el derecho romano de las más variadas relaciones jurídicas y especialmente de cualquiera de los contratos por los cuales se entraba a la tenencia de alguna cosa ajena, pues por el principio de *custodiam praestare*, el deudor respondía por las pérdidas o detrimentos de la cosa ocurridos por su dolo o culpa.

Especialmente, la custodia ha sido el objeto y la esencia del contrato de depósito. En derecho romano, en un principio debia haber convenio expreso para que existiera la obligación de cuidado con la clase especial de diligencia antes mencionada; posteriormente se consideró que debia establecerse la obligación aun sin el convenio expreso de los interesados, exceptuándose los casos de fuerza mayor. La obligación de custodia variaba en el contrato de depósito según fuera voluntario o necesario. Considerándose más rigurosa en el segundo caso puesto que el depositante no podía elegir al depositario.

En los códigos civiles actuales, la custodia se considera como la primera de las obligaciones del deudor tanto en los contratos como en los derechos reales por los cuales hay tenencia de cosa ajena, como en los casos de depósito, comodato, usufructo, prenda, etc. La doctrina española incluye a los "contratos de custodia" como una clase especial dentro de la clasificación general de los contratos, en la cual anota el depósito común, los depósitos especiales y el depósito de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones (aa. 1783 y 1784 del CC español).

En derecho mexicano es poco empleado el vocablo custodia, ya que excepcionalmente lo encontramos en algunas disposiciones legales como las siguientes: a. 423 del CC que se refiere a la facultad de corrección que se concede a quienes ejercen la patria potestad, o tienen hijos bajo su custodia; a. 549 del CPC., que establece que en el caso de secuestro sobre los bienes muebles que no sean dinero, alhajas, ni créditos, el depositario tendrá el carácter de custodio de los objetos puestos a su cuidado; a. 2136 del CC. para el Estado de Tlaxcala, que se refiere al contrato de depósito y determina que el depositario contrae la obligación de custodiar el bien, y

el a. siguiente osea el 2137 que siguiendo las ideas del derecho romano establece que "el depositario se obliga a guardar el bien y conservarlo con la diligencia de un buen padre de familia si el depósito es oneroso y si es gratuito con el cuidado y diligencia que emplee en sus propios bienes".

En otras disposiciones legales en que efectivamente hay custodia, pues el sentido es precisamente la guarda de una persona o cosa con toda diligencia y cuidado, se emplean frases como: "poner a los hijos al cuidado de" (a.282, fr. VI, CC): "los hijos quedarán en poder de" (a. 283CC): "a quien sean confiados los hijos" (a.273, fr. I CC); " guarda de la persona y bienes" (a. 499 CC).

En derecho penal custodia es la persona o escolta que vigila a un preso a fin de que no escape, e igualmente la acción y efecto de custodiar a un preso.

Una vez que hemos mencionado algunos de los conceptos y definiciones de la custodia, ahora mencionaremos los de la Patria Potestad, a fin de esclarecer sus diferencias.⁷

1.2.2. Patria potestad.

Por patria potestad entendemos, según el significado de la palabra, el poder que corresponde a los padres.

La patria potestad, tal como la conocemos en nuestros días, no se presenta a nuestra consideración y ejercicio en la forma en que antiguamente se practicó.

Entre los romanos, no era solamente el poder que se tenía sobre los hijos, sino que venía a constituir un verdadero derecho de propiedad sobre ellos, una vez que quien la ejercía podía vender los, esclavos, etc., ejerciendo así un derecho semejante al que se tenía sobre las cosas inanimadas objeto de propiedad.

El ejercicio de este poder era de por vida y correspondía al ascendiente mayor que sobrevivía, quedando sometidos a él, cualquiera que fuera su condición, todos los miembros de la familia, de los que resultaba que no llegaba a extinguirse, como actualmente, por la mayoría de edad.

⁷ GALINDO Garfías Ignacio y et al Diccionario Jurídico Mexicano Edit. Porrúa S.A. México D.F. 1993 p. 803.

Con la invasión de los pueblos germánicos y la introducción de su derecho consuetudinario, así como por la aportación de nuevas ideas, se modificó completamente el concepto de patria potestad, llegando a considerarse como la ayuda y protección que los ascendientes deben impartir a las personas que de ellos descienden, con objeto de suplir su falta de desarrollo físico e intelectual y, de este modo, defenderlas en atención a que, por la falta de ese desarrollo, no pueden aquéllas hacerlo.

Definimos la patria potestad como el *poder que los ascendientes ejercen sobre la persona y bienes de sus descendientes menores de edad hasta que llegan éstos a la mayoría de edad o se emancipan*. Adviértase que, siendo una institución de orden público, no es renunciable y que solo pueden excusarse de su ejercicio los que tengan más de sesenta años cumplidos o aquellos que, por mal estado de salud crónico, no pueden atenderla debidamente.

El ejercicio de la patria potestad produce, en su calidad de institución jurídica, derechos y obligaciones. Entre los principales enumeramos los siguientes: a) facultad de corregir a los sujetos a ella; b) derecho a administrar los bienes de los que están sujetos a dicho ejercicio y percibir la mitad del usufructo, cuando esos bienes no hayan sido adquiridos por el trabajo; c) obligación de educar convenientemente a los descendientes; d) obligación de éstos de honrar y respetar a quienes la ejerzan; e) obligación de los sujetos a ella a vivir al lado de los ascendientes, al menos que éstos o la autoridad judicial permitan que se separen del domicilio de aquéllos.

El ejercicio de la patria potestad se sujeta a las reglas siguientes:

a) sobre los hijos legítimos la ejercen: en primer término, los padres; a falta de éstos, los abuelos paternos, y a falta de unos y otros, los abuelos maternos. Fuera de tales personas, la ley no atribuye a nadie más la facultad de ejercerla.

b) Sobre los hijos naturales, la ejerce el progenitor que primero los hubiere reconocido; si ambos han verificado el reconocimiento en el mismo acto y viven juntos, los dos ejercerán este poder y si no vivieren juntos convendrán en quién de ambos deberá ejercerla, en la inteligencia de que si no hubiere acuerdo resolverá el juez de primera instancia con audiencia de los padres y

del ministerio público. A falta de padres, el ejercicio corresponde a los abuelos paternos y maternos, respectivamente, como en el caso de los legítimos.

c) Sobre los hijos adoptivos, el ejercicio de la patria potestad se da, exclusivamente, a quienes adoptaron.

La patria potestad es susceptible de terminar, perderse a suspenderse, según concurran las distintas circunstancias que la ley señala.

I. Acaba este ejercicio: a) con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien pueda recaer; b) con la emancipación del sujeto a él derivada del matrimonio; c) por la mayor edad de los hijos.

II. Se pierde la patria potestad: a) por condena expresa a la pérdida de este derecho; b) porque sea condenado, dos o más veces, por delitos graves quien esté en el ejercicio; c) en caso de divorcio necesario, respecto del cónyuge declarado culpable; d) cuando se comprometa la salud, la seguridad o la moralidad de los sujetos a ella, por las costumbres inmorales de los ascendientes, malos tratos o incumplimiento de sus deberes; e) por abandono durante más de seis meses o por dejar abandonados en la vía pública a los que están sujetos a este ejercicio.

III. La patria potestad se suspende; a) por incapacidad de quienes la ejercen, siempre que haya sido declarada jurídicamente; b) por ausencia declarada formalmente; c) por sentencia que imponga tal suspensión como pena,⁸ y se extingue o modifica de acuerdo con modos limitativamente previstos por el derecho objetivo.

En materias tan delicadas, y de orden público, no podemos dar rienda suelta a la voluntad de los particulares: *iura sanguinis nullo iure dirimi possunt*; una formulación algo torpe para decir que los derechos de la sangre no pueden anularse libremente por actos jurídicos privados. Un simple convenio entre padre e hijo no basta, por tanto, para terminar con la patria potestad.

Esta se extingüía por las siguientes causas:

a) Por la muerte del padre (o por su *capitis deminutio maxima* o *media*).

⁸ PEREZ Duarte y N. y et al Diccionario Jurídico Mexicano Edit. Porrúa S.A. México D.F. p.p. 2351 a 2353.

b) Por la muerte del hijo (o por su *capitis deminutio maxima o media*).

c) Por la adopción del hijo por otro *paterfamilias* o la *adrogatio del paterfamilias*.

d) Por casarse una hija *cum manu*.

e) Por el nombramiento del hijo para ciertas altas funciones religiosas, o, en el derecho justiniano, también burocráticas.

f) Por emancipación, figura que evolucionó desde ser un castigo (expulsión de la *domus*) hasta convertirse en una ventaja concedida al hijo a solicitud suya.

g) Por disposición judicial, como castigo del padre o, automáticamente, por haber expuesto al hijo, cosa frecuente en tiempos del Bajo Imperio, caracterizado por su pobreza general. Por la extinción de la patria potestad, el hijo se convertía en *paterfamilias* -aún sin ser necesariamente padre, como hemos visto-, salvo en caso de adopción, adrogación del *paterfamilias* o muerte del hijo.

La hija -fuera de los casos de adopción, adrogación del *paterfamilias*, muerte o matrimonio *cum manu*- se convertía en una persona *sui iuris*, sin llegar a ser jefe de una *domus*; normalmente entraba bajo la tutela de algún pariente.

1.2.3. Emancipación.

En virtud de que el objetivo de esta tesis es llegar a una verdad, cabe también agregar el concepto de la emancipación como otra figura similar a la Custodia, objeto de la presente.

A consecuencia de la reforma hecha al Código Civil para el Distrito Federal, publicadas en el *Diario Oficial* correspondiente al 28 de Enero de 1970, aquella definición resulta ahora ineficaz por no encontrarse ya de acuerdo con la realidad jurídica mexicana.

En tal virtud intentamos, como propia, la siguiente definición: emancipación es la facultad otorgada por la ley de dieciocho años que haya contraído matrimonio, para

governarse por sí mismo y administrar libremente sus bienes, con las limitaciones que la propia ley establece.

Se considera que el concepto que ahora damos es válido, en atención a que, de inmediato, nos indica la única causa que puede determinar su verificación y los efectos que produce.

En la actualidad, solamente el matrimonio del menor de edad puede determinar la emancipación de éste, quedando abolido el antiguo sistema que permitía la emancipación por acto de voluntad de quienes ejercían la patria potestad o la tutela sobre los menores de veintiún años, pero mayores de dieciocho años de edad; de donde, entonces, el procedimiento respectivo para lograr tal finalidad, que debía seguirse ante el Juez de la Familiar correspondiente, conforme a las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles, ha quedado suprimido.

De toda suerte, aunque el matrimonio del mayor de edad se disuelva por cualquier circunstancia, el cónyuge que se hubiera emancipado no quedará sujeto nuevamente a la patria potestad de los ascendientes que la ejercían con anterioridad al matrimonio.

Aún cuando el emancipado adquiere la libre administración de sus bienes, su capacidad de ejercicio es limitada, por cuanto que requiere, durante la minoría de edad, autorización judicial para enajenar, gravar a hipotecar bienes raíces de su propiedad, así como el ser provisto de un tutor especial que lo represente en negocio judiciales, en mérito de que no puede intervenir en éstos por sí mismo.⁹

1.2.4. Tutela.

La institución que ahora estudiamos, siendo creación humana diferentemente de la patria potestad y de la custodia que se da por razón natural y por virtud de la sangre, para que exista y produzca todos sus efectos requiere ser declarada y discernida por la autoridad judicial, mediante el procedimiento que la ley establece. Integra con la patria potestad las instituciones que velan por los incapaces y sus bienes, esto es, aquélla para los menores y la tutela par los demás incapaces.

⁹ GONZALEZ Juan Antonio. Elementos de Derecho. Edit. Trillas. México, D.F. 1982 p.p.235.

Creada en el derecho romano, esta institución no presenta las características de la que ahora se desenvuelve en nuestro sistema jurídico.

En efecto, en aquel viejo monumento, la tutela y la curatela, como complemento de aquélla, podríamos decir, constituyen medidas de defensa que se ponen en práctica en interés vital de la familia. La primera velaba por los impúberes de ambos sexos y por las mujeres púberes; la segunda, por los locos, los pródigos y los menores de veinticinco años.

La denominación -tutela- se justifica si atendemos a que una persona no púber es *pupillus* y quien estaba encargada de protegerla a ella y a sus intereses era el tutor, que viene de *tueri* -proteger-, y la potestad de éste constituye la tutela. Empero, en un principio, la tutela no era una institución de protección para el pupilo, sino un medio precautorio para salvaguardar los intereses de los parientes del impúber.

Heredada dicha institución por nuestro derecho, a través del derecho español, ha sufrido modificaciones profundas, en orden a la forzada evolución del derecho, de la que ya hemos tratado en múltiples ocasiones.

Siendo suficiente clara la noción que de la tutela da el Código Civil, recurrimos a su artículo 449 para definirla en los siguientes términos: "Es la institución que tiene por objeto 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 mismo.

De esta suerte, si no hay persona que ejerza la patria potestad sobre un menor, o bien si se trata de un mayor de edad que, por incapacidad, se encuentre en estado de interdicción se abre para ellos el ejercicio de la tutela.

Se hace necesario indicar que, por las finalidades que esta institución persigue, la ley la considera de orden público, razón por la cual, salvo por causa legítimamente justificada, nadie está en posibilidad de eximirse de su ejercicio.

Los artículos 503 y 504 del Código Civil, con absoluta claridad establece las causas que impiden el desempeño de la tutela y las que determinan la separación del cargo de tutor, lo que implica que, tratándose de las primeras, ellas se presentan con anterioridad al mismo.

Por su parte, el artículo 511 del mismo ordenamiento legal enumera las razones por la cuales las personas pueden excusarse, siguiendo el procedimiento que marca el Código de Procedimiento Civiles, de ser tutores. Queda bien entendido que aquel que teniendo excusa legítima para serlo, acepta el cargo, por ese solo hecho se entenderá que ha renunciado a la excusa de que se trate.

En la Tutela se distinguen tres clases a saber:

a) *Testamentaria*, que es la que se designa en testamento.

b) *Legítima*, que es aquella a cuyo ejercicio llama la ley a determinadas personas enumeradas limitadas personas enumeradas limitativamente, cuando no hay quién ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario, o cuando, por otra parte, deba nombrarse tutor por causa de divorcio.

c) *Dativa*, o sea la que se da el Juez de la familiar, en el evento de que no haya tutor testamentario o persona en quien deba recaer la legítima; o bien, cuando habiendo tutor testamentario, éste se encuentra temporalmente impedido o no haya parientes colaterales hasta el cuarto grado inclusive.

Las obligaciones de los tutores, en orden a la clasificación verificada precedentemente, se encuentra prolijamente reglamentada por los artículos 537 a 550 del Código Civil, en la inteligencia de que los derechos que les asisten quedan enumerados en los artículos 585 y siguientes serán remunerados con una retribución no menor del cinco por ciento, ni mayor del diez por ciento de las rentas líquidas de los bienes del pupilo, la cual podrá ser elevada por el juez, con audiencia del curador, hasta un veinte por ciento de tales rentas si éstas tuvieren aumento que se deba a la diligencia y buena administración del tutor.

Discernido el cargo por el Juez de lo Familiar, aquél se ejerce por el tutor con intervención del curador, que actúa como vigilante de los actos del tutor, el Juez de lo familiar y el consejo local de tutelas.

Este ejercicio se encuentra, por la importancia de la institución, esmeradamente reglamentado por la ley en sus artículos 535 a 605 del Código que hemos consultado, a los que remitimos a aquellos de nuestros lectores que experimenten interés en la secuencia de ese ejercicio.

La tutela, en términos de la ley, se extingue: a) por la muerte del pupilo o porque cese la incapacidad que le afectaba; b) cuando el pupilo, por reconocimiento o por adopción quede sujeto a la patria potestad.

Concluida la tutela, el tutor está obligado a entregar todos los bienes y documentos que pertenezcan al pupilo, dentro del mes siguiente a la extinción de aquélla, a menos que el Juez de lo familiar ampliare el plazo; empero, dicha entrega deberá iniciarse dentro del término indicado.¹⁰

¹⁰ Ibid. p. 345.

CAPITULO II

- 2.1. Los Sujetos del Derecho de Familia.
- 2.2. Generalidades.
- 2.3. Objetos del Derecho Familiar
- 2.4. Supuestos Especiales del Derecho Familiar.
- 2.5. Consecuencias del Derecho Familiar.

2.1. LOS SUJETOS DEL DERECHO DE FAMILIA.

Sujetos del derecho familiar.- Ya hemos indicado que los sujetos en esta rama del derecho civil son fundamentales los parientes (por consanguinidad, afinidad o adopción) los cónyuges y las personas que ejerzan la patria potestad o tutela. También deben mencionarse a los concubinarios, dado que algunos sistemas y, especialmente nuestro código civil vigente, la reconocen ciertas consecuencias jurídicas al concubinato, entre las partes como con relación a los hijos habidos en el mismo.

En el derecho de familia los sujetos que intervienen son personas físicas. Excepcionalmente tenemos la ingerencia de algunos órganos estatales como ocurren en el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de los hijos, la patria potestad y la tutela; también deben reconocerse la intervención del consejo de tutelas como un organismo estatal que en el código vigente tiene funciones importantes de cumplir.

Personas que ejercen la Patria potestad y menores sujetos a la misma.- Dentro del parentesco se originan las relaciones específicas que impone la patria potestad entre padres e hijos o, en su caso, entre abuelos y nietos. Por consiguiente, se destacan aquí sujetos especiales del derecho familiar que deben diferenciarse de los parientes que en general determinan el parentesco. Después trataremos tanto de la filiación legítima como natural y de los efectos de la patria potestad, sobre esa clase de sujetos.

Tutores e incapaces.- La incapacidad de ciertos sujetos (menores no sujetos a patria potestad y mayores de edad privados de inteligencia o afectados en sus facultades mentales) origina que el derecho familiar regule relaciones específicas mediante la institución de la tutela, creándose así, como nuevos sujetos, a los tutores e incapaces, con el conjunto de derechos y obligaciones que después determinaremos al tratar de la citada institución.

Curadores, consejos locales de tutela y jueces pupilares.- En relación con la tutela misma se hace necesaria la intervención de otros sujetos que cumplen funciones especiales. Tales los curadores, los consejos locales de tutela y los jueces familiares a que ya nos

hemos referido al tratar el problema político en el derecho familiar, es decir, de la intervención Estado en la organización jurídica de la familia.¹¹

2.2. GENERALIDADES.

LOS CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DE FAMILIA.

Los Sujetos del Derecho de Familia

1.- *Enumeración de los conceptos fundamentales.* - Los conceptos jurídicos fundamentales del derecho en general, son los siguientes: 1.- Sujetos del derecho; 2.- Objetos jurídicos; 3.- Supuestos jurídicos; 4.- Consecuencias del derecho; 5.- Nexos jurídicos; 6.- Relaciones jurídicas.

Trataremos sucesivamente lo relacionado con los sujetos, objetos, supuestos, consecuencias y relaciones del derecho familiar. Respecto del nexo jurídico, por ser simplemente un elemento de enlace entre el supuesto y la consecuencia, para constituir la relación jurídica, no haremos especial referencia.

2.3. OBJETOS DEL DERECHO FAMILIAR.

1.- *Enumeración de los objetos del derecho en general.* - Hemos definido el derecho como el conjunto de normas que tienen por objeto regular la conducta intersubjetiva que se manifiesta en facultades, deberes y sanciones. Por consiguiente, de este concepto se desprende cuál es el objeto del derecho subjetivo, así como los diversos contenidos que puede presentar dicho objeto a través de la facultad jurídica, del deber o de la sanción.

¹¹ ROJINA Villegas Rafael Compendio de Derecho Civil , p.p. 232 a 234.

2.- *Definición de los derechos subjetivos familiares.*- Cabe definir los derechos subjetivos familiares diciendo que constituyen las distintas facultades jurídicas que se originan por el matrimonio, el parentesco, la patria potestad o la tutela por virtud de los cuales un sujeto está autorizado por la norma del derecho para interferir lícitamente en la persona, en la conducta, en la actividad jurídica o en el patrimonio de otro sujeto.

3.- *Clasificación de los derechos subjetivos familiares.*- Hasta ahora hemos tratado de los derechos subjetivos familiares de carácter extrapatrimonial; pero existen también los derechos subjetivos familiares de carácter patrimonial. En consecuencia, desde este punto de vista los podemos clasificar en dos grandes categorías:

- (a) Derechos subjetivos familiares no patrimoniales,
y
- (b) Derechos subjetivos familiares patrimoniales.

En términos generales decimos que un derecho es patrimonial, cuando es susceptible de valorarse en dinero, de manera directa o indirecta. En cambio se caracteriza como no patrimonial, cuando no es susceptible de dicha valoración.

Las características que anteceden son aplicables a los derechos familiares de carácter no patrimonial. En cuanto a los de naturaleza patrimonial, como son el derecho de alimentos y de heredar en la sucesión legítima, encontramos aspectos distintos. No obstante que en ambos existe como naturaleza común el ser valorables en dinero, el derecho a exigir alimentos se distingue del derecho a heredar, por tener los atributos que hemos señalado para los derechos no patrimoniales. Es decir, los alimentos son irrenunciables, intransmisibles, inalienables, imprescriptibles, intransigibles, inembargables, a diferencia del derecho subjetivo de heredar que, como los de carácter patrimonial, tiene las características opuestas. Podemos clasificar los derechos subjetivos familiares desde ocho puntos de vista:

- a) Derechos familiares patrimoniales y no patrimoniales.
- b) Derechos familiares absolutos y relativos.

-
- c) Derechos familiares de interés público y de interés privado.
 - d) Derechos familiares transmisibles e intransmisibles.
 - e) Derechos familiares temporales y vitalicios.
 - f) Derechos familiares renunciables e irrenunciables.
 - g) Derechos familiares transigibles e intransigibles.
 - h) Derechos familiares transmisibles por herencia y exigibles por la muerte de su titular.

A continuación se hará el estudio de las clasificaciones que anteceden.

4.- *Derechos absolutos y derechos relativos del orden familiar.*- Generalmente los autores consideran que los derechos subjetivos familiares tienen las características de los derechos absolutos, que pueden ser oponibles a todo el mundo, valederos "erga omnes". Se fundan, para tal aseveración, en que tales facultades jurídicas se presentan como manifestaciones del estado civil de las personas participando de la naturaleza del mismo. Consideran que así como el estado civil es oponible a los demás, de tal suerte que no se puede ser casado frente a algunos y divorciado frente a otros, ni tampoco se puede gozar de la calidad del hijo respecto de ciertas personas y carecer de la misma en cuanto a otras, de la misma suerte debe razonarse para los derechos subjetivos familiares que son simple consecuencia del estado civil de las personas.

En este sentido Kipp y Wolff, en su "Derecho de familia" del *Tratado de Derecho Civil* de Enneccerus, Kipp y Wolff, sostienen que los derechos conyugales son derechos absolutos.¹²

No obstante, los derechos subjetivos familiares son relativos, por ser oponibles exclusivamente a determinados sujetos pasivos, como son respectivamente los cónyuges, los parientes, los hijos o nietos menores de edad frente a sus padres o abuelos que ejercen la patria potestad y los incapaces respecto a su tutor. En el concepto de Rojina Villegas, la confusión se debe a la

¹² Cit. por ROJINA Villegas Rafael Compendio de Derecho Civil . p.p. 234 a 237.

equiparación indebida del estado civil de las personas y los derechos familiares. Es indiscutible que el estado civil si crea una situación jurídica oponible a todo el mundo, por cuanto que no se puede y no ser al mismo tiempo. Por este supremo principio lógico nadie puede ser al mismo tiempo casado y soltero, hijo y no hijo, etc., etc.; pero de aquí no se desprende como consecuencia, que por ser el estado civil oponible a los demás, para lograr la uniformidad y respecto del mismo, los derechos que se derivan de las calidades de cónyuge, pariente, tutor o persona que ejerza la patria potestad, sean también veleaderos erga omnes. Siendo cierto, como evidentemente lo es, que cada cónyuge puede exigir del otro determinadas prestaciones o abstenciones, así como los que ejercen la patria potestad o tutela frente a los incapaces, o los parientes entre sí, debemos aceptar que tales pretensiones sólo pueden ser oponibles al sujeto señalado expresamente por el derecho objetivo, como sujeto pasivo de la relación.

5.- *Derechos familiares públicos y privados.*- Desde otro punto de vista se pueden clasificar los derechos subjetivos familiares, tomando en cuenta el interés público y privado que existe en su constitución y ejercicio.

Los derechos familiares de interés público y privado que existe en su constitución y ejercicio.

Los derechos familiares de interés público son los que principalmente organiza el derecho objetivo de la familia, tanto en las relaciones conyugales como en las que nacen del parentesco, la patria potestad o la tutela. Ya hemos señalado que tanto estos derechos familiares no patrimoniales, como los que sean susceptibles de valorarse en dinero, principalmente el derecho de alimentos, se constituyen y se ejercitan tomando en cuenta un interés familiar y no un interés particular.

6.- *Derechos familiares transmisibles e intransmisibles.*- Todos los derechos familiares que no tienen carácter patrimonial son intransmisibles en virtud de que se conceden en consideración a la persona del titular o a la especial relación jurídica que se constituye. De esta suerte, en los derechos conyugales no cabe transferencia alguna, ni aún en los de carácter patrimonial, como después indicaremos; en los derechos inherentes a la patria potestad, a la tutela o al

parentesco, existen las dos circunstancias antes indicadas, es decir, se conceden tanto en consideración a la persona del titular, como atendiendo a la naturaleza misma de la relación jurídica de potestad, de tutela o de parentesco. Por consiguiente, son también derechos intransmisibles. Además el carácter de interés público que existe en todos ellos nos lleva a la misma conclusión.

En cuanto a los derechos familiares de carácter patrimonial, como los mismos se encuentran indisolublemente ligados a las relaciones jurídicas personales de que dimanar, tampoco cabe admitir la posibilidad de transmisión de los mismos.

7.- *Derechos familiares temporales y vitalicios.*- Los derechos inherentes a la patria potestad y a la tutela se caracterizan como temporales debido a que se confieren sólo durante la menor edad de los incapaces o bien durante el tiempo que dure la interdicción de los mayores sujetos a tutela. También la emancipación de los menores extingue tales derechos. En cambio, en el matrimonio y en el parentesco, los derechos familiares tienen el carácter de vitalicios, pues se conceden durante la vida del cónyuge o del pariente respectivo. En los sistemas que admiten el divorcio o la ruptura absoluta del vínculo conyugal, los derechos familiares pueden tener la característica de temporales. Sin embargo, manteniéndose el matrimonio, las facultades de cada consorte tendrán el carácter de vitalicias.

8.- *Derechos familiares renunciables e irrenunciables.*- Los derechos familiares patrimoniales se caracterizan como irrenunciables, pero puede haber excusa para desempeñar respectivamente la patria potestad, la tutela o la curatela. En las relaciones conyugales, no cabe la renuncia de ninguna de las facultades que origina el matrimonio, de tal manera que cualquiera estipulación en ese sentido carecerá de efectos jurídicos. En cuanto a los derechos patrimoniales, la facultad de exigir alimentos se caracteriza como irrenunciable, pero entendida como derecho a los alimentos en el futuro, no a las pensiones ya causadas, pues respecto a estas sí cabe que el acreedor alimentista renuncie a dichas pensiones.

9.- *Derechos familiares transigibles e intransigibles.*- Expresamente el artículo 2948 del Código Civil vigente estatuye: "No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre la validez del matrimonio". En consecuencia, no puede celebrarse el contrato de transacción respecto de los derechos familiares extrapatrimoniales, como son todos los que derivan del estado civil de las personas.

En cuanto a los derechos familiares de carácter patrimonial, previene el artículo 2949 que: "Es válida la transacción sobre los derechos pecuniarios que de la declaración de estado civil pudieran deducirse a favor de una persona; pero la transacción en tal caso, no importa la adquisición del estado". No obstante, el alcance general del precepto transcrito, se reduce sensiblemente en sus aplicaciones prácticas, toda vez que en materia de alimentos se prohíbe expresamente la transacción en los artículos 321 y 2950, fracción V, permitiéndose sólo en el artículo 2951 cuando versa sobre las cantidades ya causadas, es decir, las que ya son debidas por alimentos.

10.- *Derechos familiares transmisibles por herencia y extinguidos por la muerte de su titular.*- Todos los derechos conyugales terminan con la muerte de uno de los cónyuges, pero en cuanto a la facultad para heredar en la sucesión legítima, como cónyuge superstite, la ley reconoce expresamente esta posibilidad, permitiendo en el artículo 1624 que concorra a la herencia con los descendientes del de cujus y reciba la misma parte que correspondería a un hijo, siempre y cuando carezca de bienes o los que tenga al morir el autor de la sucesión no igualen a la porción que a cada hijo deba corresponder.

Los derechos derivados del parentesco se extinguen necesariamente con la muerte del titular, aún en sus consecuencias patrimoniales relativas a alimentos. Sólo en materia hereditaria encontramos una modalidad en la herencia por estirpes. En los alimentos, no cabe la posibilidad de que se transmitan hereditariamente, pues este hecho se concede sólo a la persona del titular y en razón de sus necesidades individuales.

11.- *Tesis de Cicu respecto a los derechos subjetivos familiares.*- Este tema es desarrollado por el citado autor, determinando en primer lugar la diferente

estructura en las relaciones familiares y de las relaciones privadas, para considerar que aquellas se identifican con las relaciones públicas, pues en ambas el centro de gravedad radica fundamentalmente en el deber más que en el derecho, tal como ocurre tratándose de la patria potestad y de la tutela.

Partiendo Cicu de su tesis básica, osea, de la identificación entre las relaciones familiares y las del derecho público, considera que las distintas funciones del ordenamiento jurídico reconoce para lograr la solidaridad familiar, excluye toda idea de libertad individual. Por consiguiente, acepta que el centro de gravedad de tales relaciones radica en los deberes jurídicos y no en los derechos subjetivos, pues para entender bien la estructura jurídica de la familia, deben tomarse en cuenta las funciones que sus distintos miembros deben realizar, bien sea por virtud del parentesco, del matrimonio, de la patria potestad o de la tutela. Por esto la doctrina uniformemente reconoce que en las relaciones paterno-filiales principalmente existe en quienes desempeñan la patria potestad un conjunto de obligaciones más que de derechos, otorgándose éstos sólo en la medida necesaria para cumplir aquéllas.

12.- *Definición de los deberes subjetivos familiares.*- Los deberes subjetivos familiares se definen como los distintos estados de sujeción jurídica en los que se encuentran colocados respectivamente un cónyuge frente al otro los incapaces frente a los que ejercen la patria potestad o tutela y los parientes entre sí.

El estado de sujeción jurídica que constituye el género próximo de la definición anterior, es inherente a todo deber jurídico y consiste en la subordinación que desde el punto de vista del derecho guarda un sujeto que se denomina "obligado" frente a otro sujeto llamado "pretensor". En los deberes subjetivos familiares, este estado de sujeción jurídica adquiere las características de una situación permanente, por cuanto que se manifiesta en un conjunto o serie de obligaciones que se van renovando continuamente, a diferencia de lo que ocurre en los deberes jurídicos personales, osea, de los que existen a cargo del deudor, pues estos se caracterizan generalmente como temporales y se extinguen, por lo tanto, una vez que son cumplidos, sin que haya posibilidad de renovación. Se exceptúan aquellas obligaciones que nacen de los contratos de tracto sucesivo, como el arrendamiento, el depósito, el comodato, el mandato, la sociedad, etc., en los distintos

obligados si reportan deberes jurídicos de renovación sucesiva.

13.- *Clasificación de los deberes jurídicos familiares.* - Los deberes jurídicos familiares admiten las mismas clasificaciones que anteriormente enumeramos para los derechos subjetivos familiares. Por consiguiente podemos hablar de deberes patrimoniales y no patrimoniales, absolutos y relativos, de interés público y de interés privado, renunciables e irrenunciables, transmisibles e intransmisibles, temporales y vitalicios, transigibles e intransigibles, transmisibles por herencia y extinguidos por la muerte de su titular. Para no incurrir en repeticiones inútiles, podemos decir en términos generales que los deberes de familia tendrán las características de los derechos correlativos. En consecuencia, habiendo determinado ya en qué casos tales facultades tienen los atributos mencionados, podemos consecuentemente apreciar a su vez la naturaleza jurídica de las obligaciones que son correlativas. Justamente la correlatividad a que nos referimos permite dar el mismo contenido a la facultad y al deber, pero vistos desde el ángulo del pretensor o del obligado.

14.- *Actos jurídicos familiares.* Los actos jurídicos familiares son aquellas manifestaciones de voluntad unilateral o plurilateral que tienen por objeto crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones de carácter familiar o crear situaciones jurídicas permanentes en relación con el estado civil de las personas.

15.- *Clasificación de los actos jurídicos familiares.* - Ya se ha expresado un primer criterio de clasificación para distinguir tales actos en unilaterales, bilaterales o plurilaterales. Desde otro punto de vista podemos distinguir actos jurídicos privados, públicos o mixtos.

Los actos jurídicos privados son aquellos que se realizan por la simple intervención de los particulares. Es decir, no requieren para su constitución que intervenga un funcionario público.

Los actos jurídicos mixtos son aquellos que para su constitución misma requieren la intervención de los particulares y de un funcionario del Estado, como elemento esencial para que pueda existir el acto. En el

matrimonio, en la adopción, en el reconocimiento de hijo, en el divorcio voluntario, en la revocación de la adopción, etc., tenemos siempre la concurrencia de las partes interesadas, pero, además, la necesaria intervención de un funcionario público, sin el cual no puede celebrarse el acto jurídico.

Los actos jurídicos públicos son aquellos que se realizan por la intervención única de un órgano del Estado, sin que en su celebración concurren las manifestaciones de voluntad de la parte o partes que resulten afectadas por el acto. En resumen, en el derecho familiar, se pueden considerar como actos jurídicos públicos, exclusivamente a las sentencias que se pronuncien en los conflictos familiares, tales como la nulidad de matrimonio, la del divorcio, y las que establezcan la paternidad o maternidad.

16.- *Tesis de Cicu en relación con los actos jurídicos del derecho familiar.*- Bajo la denominación de "negocios jurídicos del derecho familiar" se analizan por el jurista italiano un gran número de cuestiones jurídicas de indiscutible importancia. Desde luego estima que la teoría del negocio jurídico tal como se formula en el derecho privado, no tiene aplicación en el derecho público y, por consiguiente, en el derecho familiar. Partiendo de esta tesis, concluye que el matrimonio no es un contrato, sino un acto de poder estatal; que tampoco es un contrato la promesa de matrimonio (esponsales). Carecen así mismo de carácter contractual la separación conyugal, y la reconciliación entre los cónyuges, la adopción, el reconocimiento de un hijo natural y el desconocimiento de la paternidad legítima.

17.- *Especialidad de los actos jurídicos del derecho familiar.*- Parte Cicu de la siguiente observación: en el derecho privado es fundamental la teoría del negocio jurídico, de tal suerte que constituye la base de la mayor parte de las instituciones. Puede afirmarse que gran parte del edificio jurídico de carácter patrimonial depende exclusivamente de la autonomía de la voluntad para la libre consecución de propósitos individuales. En consecuencia, este dato sería suficiente para dudar a priori de que la teoría del negocio jurídico sea aplicable al derecho de familia.

"Expresamos la convicción de que la teoría de los negocios de derecho público debe ser radicalmente separada de la teoría de los negocios de derecho privado; esto en conformidad con la dirección aquí afirmada y con la diversa estructura que atribuimos a las

relaciones jurídicas en uno y otro campo. La falta de certeza y la escasa elaboración de la doctrina de los negocios jurídicos de derecho público, nos impide proporcionar aquí una prueba positiva de la verdad de lo que afirmamos. Pero se nos consentirá, en aclaración de nuestro pensamiento, decir también que atribuimos a una dirección exageradamente formalista la tendencia a propugnar un concepto unitario de negocio jurídico. Que concurra en todo caso una manifestación de voluntad, que ésta tenga en general requisitos de validez, nos parecen elementos demasiado escasos para una teoría unitaria, cuando se contraponga a ella la consideración de que, en un caso, el cometido del derecho objetivo es valorar voluntades en conflicto, a la luz del principio de responsabilidad individual; en el otro, en cambio, el de valorar una o varias voluntades como manifestación vinculada de un interés superior establecido a priori".

18.- *Actos del derecho familiar que no son contratos.*- Aplica su tesis al matrimonio para considerar que es el principal negocio del derecho familiar que aun cuando se construye mediante el acuerdo de dos voluntades, no es un contrato. Al tratar de las diferentes tesis sobre este importante problema jurídico, expondremos la opinión de Cicu.

Considera también que la promesa de matrimonio o esponsales no tiene el carácter de un contrato, pues no da derecho a un vínculo familiar y, por lo tanto, ni siquiera puede ser incluida entre los negocios del derecho de familia. La ley le priva de toda eficacia vinculativa. Sus efectos le son extracontractuales, siendo impotente la voluntad de las partes para obligarse a celebrar el matrimonio. La ley sólo puede sancionar con el pago de daños y perjuicios el rompimiento injustificado de los esponsales.

19.- *Ineficacia de la voluntad en los actos jurídicos del derecho familiar para producir ciertas consecuencias.*- Fundado en las premisas que anteceden, afirma el jurista italiano que la voluntad privada no es eficaz para constituir, modificar o disolver los vínculos jurídicos familiares. Presenta como ejemplo los siguientes:

a) Es nulo el pacto de contraer solamente el matrimonio solamente religioso; b) Es así mismo nulo todo pacto que tienda a modificar los atributos de la patria potestad; c) Es nulo todo pacto o acto unilateral que tienda a modificar los atributos de la patria potestad marital o los derechos y deberes de cada uno de los cónyuges; d) Es también nulo todo pacto o acto unilateral que tienda a modificar el ordenamiento de la tutela: los padres consentidos por la ley al testador o progenitor

han considerarse como excepcionales; e) Es nulo el pacto en el que se excluya la emancipación que se producirá como consecuencia necesaria del matrimonio y aquel en el cual el progenitor se obliga a emancipar al hijo, o restringir los efectos de la emancipación; f) Son nulos los pactos en los cuales el hijo acepte o rechaze un reconocimiento, o aquellos en los cuales los progenitores se obliguen a excluir de la legitimación por subsecuente matrimonio, a determinado hijo; g) Finalmente carecen de eficacia las transacciones sobre los derechos familiares.¹³

20.- *Los actos jurídicos del derecho familiar no admiten términos ni condiciones.*- Tampoco se pueden sujetar a términos o condiciones los actos del derecho familiar en los que la voluntad privada funciona como condición de un pronunciamiento estatal y que se distingue de aquellas en donde sólo existe manifestación del poder familiar. Por esta razón, la separación entre los cónyuges, la reconciliación y la adopción no pueden quedar sujetas a modalidades. Fadda y Bensa en sus notas a las pandectas, t. I, página 1025, consideran que no cabe establecer condiciones suspensivas en la separación que acuerden los consortes porque ésta "debe ser fruto de una reflexión ponderada; debe ser la consecuencia de una imposibilidad actual de vida en común". (Meneti, Dusì, Chironi y Abello.

En nuestro derecho expresamente en el artículo 147 del Código Civil estatuye que "Cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta".¹⁴

21.- *La representación en los actos jurídicos familiares.*- En el capítulo referente a la representación en los actos jurídicos del derecho de familia, Cicu admite como principio la improcedencia de esta institución, que se acepta en el derecho privado como una consecuencia de la autonomía de la voluntad; pero en el derecho de familia, propiamente no es que exista una representación legal, sino una función orgánica para los casos que ya antes se enumeran.

En nuestro derecho el artículo 44 estatuye: "Cuando los interesados no puedan concurrir personalmente, no

¹³ CICU.. Cit. por ROJINA Villegas Compendio de Derecho Civil .. p.p. 237 a 243.

¹⁴ Cit por ROJINA Villegas. p.243.

podrán hacerse representar por un mandatario especial para el acto, cuyo nombramiento conste por lo menos en un instrumento privado otorgado ante dos testigos. En los casos de matrimonio o de reconocimiento de hijos, se necesita poder otorgado en escritura pública o mandato extendido en escrito privado firmado por el otorgante y dos testigos y ratificadas las firmas ante Notario Público, Juez de Primera Instancia, Menor o de Paz". En consecuencia, partimos de un principio opuesto al que postula Cicu, que depende de las disposiciones especiales del Código Civil Italiano.

22.- *Ennumeración de las sanciones del derecho familiar.*- Las siguientes sanciones que regula el derecho de familia son las siguientes: inexistencia, nulidad, revocación, divorcio, reparación del daño, ejecución forzada, uso de la fuerza pública y cumplimiento por equivalente de algunas prestaciones.

Podemos distinguir en términos generales las sanciones del derecho privado y del derecho público.

Las sanciones del derecho privado comprenden las distintas formas antes enunciadas. Por consiguiente, no obstante las características que tiene el derecho familiar y el indiscutible interés público que existe en sus normas e instituciones, las sanciones que regula pertenecen a las grandes categorías del derecho privado.

23.- *Inexistencia.*- La inexistencia es una sanción que tiene por objeto declarar que un acto jurídico carece de sus elementos esenciales y, por lo tanto, es "la nada" para los efectos del derecho. Es decir, se desconoce toda la existencia al acto jurídico y se le priva totalmente de efectos en virtud de que le falta al mismo un elemento esencial o de definición, sin el cual no puede concebirse siquiera.

24.- *Nulidad.*- La nulidad ha sido considerada como la sanción perfecta del derecho, en virtud de que tiene por objeto privar de efectos y consecuencias al acto jurídico. Desde el momento en que la ley destruye con carácter retroactivo todas las consecuencias que pudo haber producido un acto nulo, se considera que existe una sanción perfecta, pues el derecho impide que tenga eficacia el acto contrario a la ley o bien el acto en el cual existen ciertos vicios internos como son la

incapacidad, los vicios de voluntad y la inobservancia de las formalidades legales.

25.- *Revocación.*- La revocación puede tener dos aspectos como sanción cuando una de las partes está facultada para dejar sin efectos un acto jurídico o bien como un simple acuerdo entre los interesados para destruir, por mutuo disenso, todas las consecuencias de un acto jurídico.

La revocación como sanción jurídica está reconocida en el derecho de familia tratándose de la adopción, pues el artículo 405 permite que por ingratitud del adoptado, el adoptante exija judicialmente que se declare por sentencia la revocación. En el artículo 406 se precisan los casos de ingratitud que comprenden diversos hechos ilícitos. En cambio, la fracción primera del artículo 405 se refiere a un caso de revocación por mutuo disenso que no tiene las características de una sanción jurídica.

En la tutela existe como sanción la revocación del cargo en los términos del artículo 504 y por las causas que el citado precepto señala. Dice así: "Serán separados de la tutela:

- I.- Los que sin haber caucionado su manejo conforme a la ley, ejerzan la administración de la tutela;
- II.- Los que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, ya sea respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado;
- III.- Los tutores que no rindan sus cuentas dentro del término fijado por el artículo 590;
- IV.- Los comprendidos en el artículo anterior, desde que sobrevenga o se averigüe su incapacidad;
- V.- El tutor que se encuentre en el caso previsto en el artículo 159;
- VI.- El tutor que permanezca ausente por más de seis meses del lugar en que debe desempeñar la tutela".

26.- *Sanciones especiales del derecho familiar.*- Además del divorcio como sanción específica en las relaciones conyugales, podemos citar la pérdida y suspensión de la patria potestad en los casos que después indicaremos, así como las incapacidades para desempeñar el cargo de tutor, y la pérdida y suspensión del mismo.

De acuerdo con el artículo 444: "La patria potestad se pierde:

-
- I.- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;
- II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;
- III.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos y abandono de sus deberes; pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal;
- IV.- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses". Además conforme el artículo 447 la patria potestad puede suspenderse por virtud de una sentencia condenatoria que implique como pena tal suspensión; es decir, en este caso se presenta como consecuencia de un hecho ilícito. En las dos primeras fracciones del mencionado artículo, la suspensión de la patria potestad ocurre por incapacidad declarada judicialmente o por ausencia. Se trata por consiguiente, de casos que no implican hechos ilícitos y, por lo tanto, no quedan incluidos dentro de los casos de las sanciones.

2.4. DEL DERECHO FAMILIAR.

Enumeración de los supuestos propios del derecho familiar. - Para la enumeración mencionada, partiremos de una clasificación inicial, distinguiendo al efecto supuestos principales y supuestos secundarios. En el caso de la patria potestad, esta se encuentra ubicada en los supuestos secundarios, entre los que destacan la concepción del ser, el nacimiento, los distintos grados durante la minoría de edad, la emancipación, la mayoría de edad, la edad de sesenta años para los avocados a la patria potestad o a la tutela, la muerte, el reconocimiento de hijos, la legitimación, las causas de divorcio, la nulidad del matrimonio, las causas de disolución de la sociedad conyugal y, en general la

condición moral de determinadas personas. Para el estudio que nos atañe, solo tocaremos tres nociones.,

1.- *Concepción del ser.*- Este hecho jurídico viene a realizar diferentes hipótesis normativas que se refieren respectivamente al derecho de las personas, al derecho de la familia, al derecho hereditario y al contrato de donación.

- a) Por lo que se refiere al derecho de las personas, la concepción del ser es fundamental para que se otorgue la protección jurídica que menciona el artículo 22 del Código Civil.
- b) En cuanto al derecho de familia, se toma en cuenta la concepción del ser para determinar el momento inicial en la filiación legítima y para presumir la filiación paterna en el concubinato.

La misma base admite el artículo 383 al estatuir: "Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

- I.- Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato;
- II.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre la vida el concubinario y la concubina".
- c) En el derecho hereditario se atiende a la concepción del ser para que exista la personalidad jurídica en el heredero o en el legatario.
- d) Para el contrato de donación el artículo 2357 expresamente estatuye: "Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquella se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337".

En el derecho de familia la concepción del ser determina el momento inicial de las relaciones de parentesco y, especialmente, las que se derivan de la filiación legítima o natural; por lo tanto, prepara las consecuencias que después van a sobrevenir si hay un nacimiento viable. Expresamente el artículo 337 dispone que no podrá entablarse demanda respecto a la determinación de la paternidad cuando no exista un nacimiento viable, es decir, cuando el nacido no viva 24 horas completamente desprendido del seno materno o no sea presentado vivo al Registro Civil.

2.- *Nacimiento.*- El nacimiento es un supuesto jurídico de múltiples consecuencias en todo el derecho y,

especialmente, en el derecho de familia, pues en primer lugar inicia de manera plena la personalidad que sólo para ciertos efectos se reconoce en el ser concebido. Además, origina ya las relaciones de parentesco, con la obligación de alimentos a cargo de los progenitores y es la base para originar la patria potestad o la tutela en determinados casos.

3.- *Distintos grados durante a minoría de edad.*- La capacidad de las personas físicas va sufriendo una modificación constante desde la concepción del ser hasta que llegan a la mayor edad.

4.- *Emancipación.*- La emancipación interesa tanto al derecho de las personas como al derecho de familia. Respecto al primero, determina una semicapacidad de ejercicio en el menor emancipado, pues conforme al artículo 643 del Código Civil, éste tiene la libre administración de sus bienes, con las restricciones que el propio precepto señala para contraer matrimonio, enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces y comparecer en juicio como actor o demandado. Al derecho de familia le interesa también la emancipación, por cuanto que de acuerdo con el artículo 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". Es decir, el estado de emancipación se presenta en este caso como consecuencia del matrimonio del menor emancipado.

Los efectos que interesan al derecho de familia respecto a la emancipación, además de los ya mencionados, son una consecuencia del nuevo estado que se crea en el menor y consisten:

a) En la extinción de la patria potestad según lo declara expresamente el artículo 443 fracción II. y

b) En la modificación de la tutela.- En el artículo 606, fracción I, se estatuye: "La tutela se extingue:

I.- Por la muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad". En esta última parte del precepto se reconocen los efectos de la emancipación en cuanto que modifica la tutela, pues por virtud de aquella ha desaparecido el estado de incapacidad". En esta última parte del precepto se reconocen los efectos de la emancipación en cuanto que modifica la tutela, pues por virtud de aquella ha desaparecido el estado de

incapacidad del menor para la administración de sus bienes y la ejecución de actos de dominio respecto de cosas o derechos muebles. Para la enajenación, gravámen o hipoteca de bienes raíces se conserva una incapacidad de ejercicio, pero ya no se requiere la intervención del tutor, supuesto que tales actos tendrán que llevarse a cabo mediante autorización judicial (artículo 643, fracción II). Sólo para que el menor emancipado comparezca en juicio se requiere de un tutor (artículo 643, fracción II). Por esto en el artículo 449 se dice que 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 incapacidad legal a que se refiere el precepto es justamente la de los menores emancipados; al efecto el artículo 451 dice: "Los menores de edad emancipados por razón del matrimonio tienen incapacidad legal para los actos que se mencionan en el artículo relativo del capítulo I del título décimo de este libro".

En conclusión podemos sostener que respecto a la tutela no existe propiamente una extinción de la misma en todas sus manifestaciones, dado que para el menor emancipado se mantiene tal institución, pero sólo a efecto de que pueda ser representado por un tutor en los negocios judiciales. Por consiguiente, encontramos un efecto modificativo más que extintivo de la tutela.

5.-Muerte.- La muerte está prevista en diferentes preceptos del derecho familiar para operar consecuencias importantes. Las principales son las siguientes:

- a) Las relaciones parentales de consanguinidad, afinidad y adopción terminan con la muerte de cualquiera de los parientes relacionados.
- b) En el matrimonio, la muerte de uno de los cónyuges o de ambos, en su caso, extingue el vínculo conyugal con todas las consecuencias inherentes a tal situación.
- c) En materia de donaciones entre consortes, de acuerdo con el artículo 232, la muerte del cónyuge donante origina la consecuencia importante de que vendrá a hacer irrevocable la donación.
- e) La patria potestad se extingue por la muerte del ascendiente que la ejerce, en los términos del artículo 443: "La patria potestad se acaba: I.- Con la muerte del que la ejerce, sino hay otra persona en quien recaiga; II.- Con la emancipación

derivada del matrimonio; III.- Por la mayor edad del hijo".

- f) En la tutela, también se extingue este estado jurídico del pupilo porque desaparezca su personalidad. (Artículo 666, fracción I). La muerte del tutor, como es natural, no puede originar la terminación de la misma, pues en este caso se procederá a la designación de nuevo tutor.

6.- *Reconocimiento de hijos.*- El reconocimiento de un hijo puede tener dos efectos principales:

- a) declarativo y
- b) constitutivo.

Existe el efecto declarativo cuando estando ya acreditada la filiación por otros medios, el reconocimiento sólo tiene por objeto hacerla constar de manera indubitable, con todos sus derechos y obligaciones.

7.- *Legitimación.*- La legitimación, como el reconocimiento, produce la consecuencia importante de que acredita para todos los efectos legales una situación de hecho difícil de probar y, sobretodo, ignorada para el derecho en la mayoría de los casos. En la legitimación se produce además la consecuencia de que cambia la situación jurídica del hijo natural para convertirse en hijo legítimo, con todos los derechos y obligaciones reconocidos para esta última categoría. Conforme al artículo 354: "El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración".

2.5. CONSECUENCIAS DEL DERECHO FAMILIAR.

1.- *Consecuencias de creación de derechos de obligaciones y de estados jurídicos.*- En el derecho familiar las consecuencias constitutivas o de creación se presentan principalmente respecto a los estados jurídicos, que a su vez originan un conjunto de derechos y obligaciones de manera más o menos permanente.

Los principales estados jurídicos que se crean dentro del seno de la familia, constituyen las diversas manifestaciones del estado civil de las personas en sus

distintas calidades de parientes o incapaces sujetos a la patria potestad y tutela.

2.- *Consecuencias de la transmisión de derechos, deberes y estados jurídicos.*- Las consecuencias de transmisión son excepcionales en el derecho familiar, sin embargo pueden presentarse en dos casos: a) en la adopción, y b) en la tutela testamentaria.

3.- *Consecuencias de modificación de derechos.*- Las consecuencias modificativas que se presentan en el derecho familiar, generalmente operan como un efecto de las consecuencias constitutivas, traslativas o extintivas. Por ejemplo, el matrimonio y la adopción son instituciones cuya función principal consiste en crear los estados jurídicos respectivos., pero por virtud de tal creación se viene a modificar la situación jurídica de las partes. En las consecuencias traslativas ya se ha precisado con anterioridad qué efectos de modificación a su vez ocurren en los dos casos analizados. Por último en las consecuencias extintivas, como son las relativas a la emancipación, a la pérdida o terminación de la patria potestad o de la tutela, se producen a su vez efectos de modificación, pues si es verdad que extingue un estado jurídico, también no es menos que se cambia el estado general de capacidad de la persona, o la situación de la misma dentro del grupo familiar.

4.- *Consecuencias de extinción respecto a los derechos, obligaciones y estados jurídicos del derecho familiar.*- Son frecuentes esta clase de consecuencias que el Código Civil regula en distintos casos. Principalmente podemos señalar que en la patria potestad y en la tutela, las consecuencias de extinción se presentan bien sea por muerte de los incapaces o porque salgan de ese estado.

CAPITULO III

NATURALEZA JURÍDICA DE LA PATRIA PROTESTAD Y LA CUSTODIA.

- 3.1. Patria Potestad.
 - 3.1.1. De los efectos de la Patria Potestad respecto de la persona de los hijos.
 - 3.1.2. De los efectos de la Patria Potestad respecto de los bienes de los hijos.
 - 3.1.3. De los modos de acabarse y suspenderse la Patria Potestad.

- 3.2. Tutela
 - 3.2.1. Disposiciones Generales
 - 3.2.2. De la Tutela Testamentaria
 - 3.2.3. De la Tutela Legítima de los menores.
 - 3.2.4. De la Tutela legítima de los dementes, idiotas, imbeciles, sordomudos, ebrios y de los que habitualmente abusan de las drogas enervantes.
 - 3.2.5. De la legítima de los menores abandonados.
 - 3.2.6. De la Tutela Dativa.
 - 3.2.7. De los inhábiles para el desempeño de la Tutela.
 - 3.2.8. De las excusas para el desempeño de la Tutela.
 - 3.2.9. De las garantías que deben prestar los Tutores para asegura su manejo.
 - 3.2.10. Del desempeño de la Tutela.
 - 3.2.11. De las cuentas de la Tutela.
 - 3.2.12. De la extinción de la Tutela.
 - 3.2.13. De la entrega de los bienes.
 - 3.2.14. Del Curador.
 - 3.2.15. De los Consejos Locales de Tutela y de los Jueces Pupilares.
 - 3.2.16. Del estado de Interdicción

DE LA PATRIA POTESTAD , TUTELA, CUSTODIA.

LO QUE DICE EL TITULO OCTAVO, DE LA PATRIA POTESTAD del Código Civil del Estado de Veracruz.

3.1. PATRIA POTESTAD.

Es menester conocer los fundamentos legales tocantes a la Patria Potestad, para así poder hacer el análisis respectivo al tema de esta tesis. La información de este capítulo se ha obtenido del Código Civil para el Estado de Veracruz.¹⁵

3.1.1. De los efectos de la patria potestad en los hijos.

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

341.-Los hijos menores de edad no emancipados, están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley.

342.-La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guardia y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con las leyes sobre previsión social y delincuencia infantil que se expidan en el Estado.

343.-La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejercen:

- I.-Por los padres;
- II.-Por los abuelos;
- III.-Derogada.

¹⁵ Código Civil para el Estado libre y soberano de Veracruz. (Reim. de la Tercera Edición). Edit. Cajica, S.A. Puebla, Pue., 1992. p.p. 98 a 145.

344.-Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad.

Si viven separados, se observará en su caso lo dispuesto en los artículos 305 y 306.

305.-Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo, en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá sobre él la patria potestad; y en caso de que no lo hicieren, el juez de Primera instancia del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor.

306.-En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la patria potestad el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el juez de Primera Instancia del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público.

345.-En los casos previstos en los artículos 305 y 306, cuando por cualquiera circunstancia deja de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrará a ejercerla el otro.

346.-Cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivían juntos se separen, continuará ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto, el progenitor que designe el juez, teniendo en cuenta siempre los intereses del hijo.

347.-A falta de padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo los demás ascendientes a que se refiere la fracción II del artículo 343, en el orden que determine el juez de lo Civil, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

348.-La patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente las personas que lo adopten.

349.-Solamente por falta o impedimento de los padres, entrarán al ejercicio de la patria potestad los demás ascendientes en términos del artículo 347. Si solo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho.

350.-Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.

351.-A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela de las personas de que se trata no cumplen esa obligación, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda.

352.-Los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a estos de buen ejemplo.

Las autoridades, en caso necesario, auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente.

353.-El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el juez.

3.1.2. De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes de los hijos.

354.-Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este código.

355.-Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por ambos padres, abuelos o adoptantes, la administración de los bienes será conjunta y, se requerirá el consentimiento expreso de ambos para los actos más importantes de la administración.

356.-La persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio, los arreglos para terminarlo requerirán del consentimiento expreso de ambos ascendientes, cuando su ejercicio sea conjunto; y de la autorización judicial cuando la Ley lo requiera expresamente.

357.-Los bienes del hijo, mientras esté en la patria potestad, se dividen en dos clases:

I.-Bienes que adquiera por su trabajo;

II.-Bienes que adquiera por cualquier otro título.

358.-Los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo.

359.-En los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo, corresponde a las personas que ejerzan la patria potestad. Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto.

360.-Los padres pueden renunciar su derecho a la mitad del usufructo, haciendo constar su renuncia por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda.

361.-La renuncia del usufructo hecha en favor del hijo, se considera como donación.

362.-Los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos o adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponda al hijo, pertenecen a éste, y en ningún caso serán frutos de que deba gozar la persona que ejerza la patria potestad.

363.-El usufructo de los bienes concedido a las personas que ejerzan la patria potestad, lleva consigo las obligaciones que expresa el Capítulo II del Título VI, y además, las impuestas a los usufructuarios, con excepción de la obligación de dar fianza, fuera de los casos siguientes:

I.-Cuando los que ejerzan la patria potestad han sido declarados en quiebra, o estén concursados;

II.-Cuando contraigan ulteriores nupcias;

III.-Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos.

364.-Cuando por la ley o por la voluntad del padre, el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará respecto de la administración como

emancipado, con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces.

365.-Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio, y previa la autorización del juez competente.

Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años; vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos, y ganados, por menor del valor del que se cotice en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos; ni dar fianza en representación de los hijos.

366.-Siempre que el Juez conceda licencia a los que ejercen la patria potestad, para enajenar un bien inmueble o un mueble precioso perteneciente al menor, tomará las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destinó, y para hacer que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor.

Al efecto, el precio de la venta se depositará en una institución de crédito, y la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer de él, sin orden judicial. Cuando el que enajene sea el padre o la madre del menor, el producto de la venta puede quedar en poder de dichos ascendientes, a su solicitud, mientras se impone o se invierte en la adquisición de otro inmueble.

367.-El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad, se extingue:

- I.-Por la emancipación o la mayor edad de los hijos;
- II.-Por renuncia.

368.-Las personas que ejercen la patria potestad tienen la obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos.

369.-En todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos, serán éstos representados en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso.

370.-Los jueces tienen la facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que, por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan.
Estas medidas se tomarán a instancias de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años, o del Ministerio Público en todo caso.

371.-Las personas que ejerzan la patria potestad, deben entregar a sus hijos, luego que estos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen.

3.1.3.- De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad.

372.-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;
- III.-Por la mayor edad del hijo.

373.-La patria potestad se pierde:

- I.-Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;
- II.-En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 157;
- III.-Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal;
- IV.-Por la exposición que los padres hicieren de sus hijos, o por que los dejen abandonados por más de seis meses.

374.-Los padres y abuelos que pasen a segundas nupcias, no pierden por este derecho la patria potestad.

375.-El nuevo cónyuge no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior.

376.-La patria potestad se suspende:

- I.-Por incapacidad declarada judicialmente;
- II.-Por la ausencia declarada en forma;

III.-Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

377.-La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla, pueden excusarse:

I.-Cuando tengan sesenta años cumplidos;

II.-Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño.

378.-En los diversos casos que señala el artículo 373. Los ascendientes que ejercían la patria potestad pierden los derechos inherentes a ésta, pero no quedan liberados de las obligaciones que les incumben, las cuales continuarán en todo su vigor en favor de los hijos, hasta tanto que la patria potestad no se acabe.

3.2. TUTELA.

3.2.1. Disposiciones generales.

379.-El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la 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 342.

380.-Tienen incapacidad natural y legal:

I.-Los menores de edad;

II.-Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos;

III.-Los sordomudos que no saben leer ni escribir;

IV.-Los ebrios consuetudinarios, y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes.

381.-Los menores de edad emancipados, tienen incapacidad legal para los actos que se mencionan en el artículo 573.

382.-La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima.

383.-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.

384.-La tutela se desempeñará por el tutor con intervención del curador, del juez pupilar y del Consejo Local de Tutelas, en los términos establecidos en éste Código.

385.-Ningún incapaz puede tener a un mismo tiempo a más de un tutor y de un curador definitivos.

386.-El tutor y el curador pueden desempeñar respectivamente la tutela y la curatela hasta de tres incapaces. Si éstos son hermanos o son coherederos o legatarios de la misma persona, puede nombrarse un solo tutor y un curador a todos ellos, aunque sean más de tres.

Cuando los intereses de alguno o algunos de los incapaces, sujetos a la misma tutela, fueren opuestos, el tutor lo pondrá en conocimiento del juez, quien nombrará un tutor especial que defienda los intereses de los incapaces que él mismo designe, mientras se decide el punto de oposición.

387.-Los cargos de tutor y de curador de un incapaz no pueden ser desempeñados al mismo tiempo por una sola persona. Tampoco puede desempeñarse por personas que tengan entre sí parentesco en cualquier grado de la línea recta, o dentro del cuarto grado de la colateral.

388.-No pueden ser nombrados tutores o curadores las personas que desempeñen el Juzgado Pupilar y las que integren los Consejos Locales de Tutelas; ni los que estén ligados con parentesco de consanguinidad con las mencionadas personas, en la línea recta, sin limitación de grados, y en la colateral dentro del cuarto grado inclusive.

389.-Cuando fallezca una persona que ejerza la patria potestad sobre un incapacitado a quien deba de nombrarse tutor, su ejecutor testamentario y en caso de interesado los parientes y personas con quienes haya vivido, están obligados a dar parte del fallecimiento al juez pupilar, dentro de ocho días, a fin de que se provea a la tutela, bajo la pena de veinticinco a cien pesos de multa.

Los oficiales del Registro Civil, las autoridades administrativas y las judiciales tienen obligación de dar aviso a los jueces pupilares de los casos en que sea necesario nombrar tutor y que llegue (sic ¿lleguen?) a su conocimiento en el ejercicio de sus funciones.

390.-La tutela es testamentaria, legítima o dativa.

391.-Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare en los términos que disponga el Código de Procedimientos Civiles, el estado de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella.

392.-Los tutores y curadores no pueden ser removidos de su cargo sin que previamente hayan sido oídos y vencidos en juicio.

393.-El menor de edad que fuere demente, idiota, imbecil, sordomudo, ebrio consuetudinario o que habitualmente abuse de las drogas enervantes, estará sujeto a la tutela de menores, mientras no llega a la mayor edad.

Si al cumplirse ésta continuare el impedimento, el incapaz se sujetará a nueva tutela, previo juicio de interdicción, en el cual serán oídos el tutor y el curador anteriores.

394.-Los hijos menores de un incapacitado quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda conforme a la ley, y no habiéndolo se les prooverá del tutor.

395.-El cargo de tutor del demente, idiota, imbecil, sordomudo, ebrio consuetudinario y de los que habitualmente abusen de las drogas enervantes, durará el tiempo que subsista la interdicción, cuando sea ejercitado por los descendientes o los ascendientes. El cónyuge sólo tendrá obligación de desempeñar ese cargo mientras conserve su carácter de cónyuge. Los extraños que desempeñen la tutela de que se trata, tienen derecho de que se les releve de ella a los diez años de ejercerla.

396.-La interdicción de que habla el artículo anterior no cesará sino por la muerte del incapacitado o por sentencia definitiva, que se pronunciará en juicio seguido conforme a las mismas reglas establecidas para el de la interdicción.

397.-El juez pupilar 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.

398.-El juez que no cumpla las prescripciones relativas a la tutela, además de las penas en que incurra conforme a las leyes, será responsable de los daños y perjuicios que sufran los incapaces.

3.2.2. De la tutela testamentaria.

399.-El ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deba ejercer la patria potestad conforme a lo dispuesto en el artículo 343, tiene derecho aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquéllos sobre quienes la ejerza, con inclusión del hijo póstumo.

400.-El nombramiento del tutor testamentario hecho en los términos del artículo anterior, excluye de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados.

401.-Si los ascendientes excluidos estuvieren incapacitados o ausentes, la tutela cesará cuando cese el impedimento o se presenten los ascendientes, a no ser que el testador haya dispuesto expresamente que continúe la tutela.

402.-El que en su testamento, aunque sea un menor no emancipado, deje bienes, ya sea por legado o por herencia, a un incapaz que no esté bajo su patria potestad, ni bajo la de otro, puede nombrarle tutor solamente para la administración de los bienes que le deje.

403.-Si fueren varios los menores podrá nombrárseles un tutor común, o conferirse a persona diferente la tutela de cada uno de ellos,, observándose, en su caso, lo dispuesto en el artículo 386, parte final.

404.-El progenitor que ejerza la tutela de un hijo sujeto a interdicción por incapacidad intelectual, puede nombrarle tutor testamentario si el otro progenitor ha fallecido o no puede legalmente ejercer la tutela.

405.-En ningún otro caso hay lugar a la tutela testamentaria del incapacitado.

406.-Siempre que se nombren varios tutores, desempeñará la tutela el primer nombrado, a quien substituirán los demás, por el orden de su nombramiento, en los casos de muerte, incapacidad, excusa o remoción.

407.-Lo dispuesto en el artículo anterior no regirá cuando el testador haya establecido el orden en que los tutores deben sucederse en el desempeño de la tutela.

408.-Deben observarse todas las reglas, limitaciones y condiciones puestas por el testador para la administración de la tutela, que no sean contrarias a las leyes, a no ser que el juez, oyendo al tutor y al curador, las estime dañosas a los menores, en cuyo caso podrá dispensarlas o modificarlas.

409.-Si por un nombramiento condicional de tutor, o por algún otro motivo, faltare temporalmente el tutor testamentario, el Juez proveerá de tutor interino al menor, conforme a las reglas generales sobre nombramiento de tutores.

410.-El adoptante que ejerza la patria potestad tiene derecho de nombrar tutor testamentario a su hijo adoptivo: aplicándose a esta tutela lo dispuesto en los artículos anteriores.

3.2.3. De la tutela legítima de los menores.

411.-Ha lugar la (sic. ¿a?) tutela legítima:

I.-Cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario;

II.-Cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio.

412.-La tutela legítima corresponde:

I.-A los hermanos, prefiriéndose a los que sean por ambas líneas;

II.-Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive.

413.-Si hubiere varios parientes del mismo grado, el Juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo; pero si el menor hubiere cumplido dieciséis años, él hará la elección.

414.-La falta temporal del tutor legítimo, se suplirá en los términos establecidos en los dos artículos anteriores.

3.2.4. De la tutela legítima de los dementes, idiotas, imbeciles, sordomudos, ebrios y de los que habitualmente abusan de las drogas enervantes.

415.-El marido es tutor legítimo y forzoso de su mujer, y ésta lo es de su marido.

416.-Los hijos mayores de edad son tutores de su padre o su madre viudos.

417.-Cuando haya dos o más hijos, será preferido el que viva en compañía del padre o de la madre; y siendo varios los que estén en el mismo caso, el juez elegirá al que le parezca más apto.

418.-El padre, o la madre, son de derecho tutores de sus hijos, solteros o viudos, cuando ellos no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela.

419.-A falta de tutor testamentario y de persona que, con arreglo a los artículos anteriores, deba desempeñar la tutela, serán llamados a ella sucesivamente: los abuelos, los hermanos del incapacitado y los demás colaterales a que se refiere la fracción II del artículo 412; observándose en su caso lo que dispone el artículo 413.

420.-El tutor del incapacitado que tenga hijos menores bajo su patria potestad, será también tutor de ellos, si no hay otro ascendiente a quien la ley llame al ejercicio de aquel derecho.

3.2.5. De la tutela legítima de los menores abandonados y de los acogidos por alguna persona o depositados en establecimientos de beneficencia.

421.-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.

414.-La falta temporal del tutor legítimo, se suplirá en los términos establecidos en los dos artículos anteriores.

3.2.4. De la tutela legítima de los dementes, idiotas, imbeciles, sordomudos, ebrios y de los que habitualmente abusan de las drogas enervantes.

415.-El marido es tutor legítimo y forzoso de su mujer, y ésta lo es de su marido.

416.-Los hijos mayores de edad son tutores de su padre o su madre viudos.

417.-Cuando haya dos o más hijos, será preferido el que viva en compañía del padre o de la madre; y siendo varios los que estén en el mismo caso, el juez elegirá al que le parezca más apto.

418.-El padre, o la madre, son de derecho tutores de sus hijos, solteros o viudos, cuando ellos no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela.

419.-A falta de tutor testamentario y de persona que, con arreglo a los artículos anteriores, deba desempeñar la tutela, serán llamados a ella sucesivamente: los abuelos, los hermanos del incapacitado y los demás colaterales a que se refiere la fracción II del artículo 412; observándose en su caso lo que dispone el artículo 413.

420.-El tutor del incapacitado que tenga hijos menores bajo su patria potestad, será también tutor de ellos, si no hay otro ascendiente a quien la ley llame al ejercicio de aquel derecho.

3.2.5. De la tutela legítima de los menores abandonados y de los acogidos por alguna persona o depositados en establecimientos de beneficencia.

421.-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.

422.-Los directores de las inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia donde se reciben expósitos, desempeñarán la tutela de éstos, con arreglo a las leyes y a lo que prevengan los estatutos del establecimiento.

423.-En el caso del artículo anterior, no es necesario el discernimiento del cargo.

3.2.6. De la tutela dativa.

424.-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 412.

425.-El tutor dativo será designado por el menor si ha cumplido dieciséis años. El juez pupilar 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.

426.-Si el menor no ha cumplido dieciséis años, el nombramiento del tutor lo hará el juez pupilar 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.

427.-Si el juez no hace oportunamente el nombramiento del tutor, es responsable de los daños y perjuicios que se sigan al menor por esa falta.

428.-Siempre será dativa la tutela para asuntos judiciales del menor de edad emancipado.

429.-A Los menores de edad que no estén sujetos a patria potestad, ni a tutela testamentaria o legítima, aunque no tengan bienes se les nombrará tutor dativo. La tutela en este caso tendrá por objeto el cuidado de la persona del menor, a efecto de que reciba la educación que corresponda a su posibilidad económica y a sus aptitudes. El tutor será nombrado a petición del Consejo Local de

Tutelas, del Ministerio Público, del mismo menor, y aún de oficio por el juez pupilar.

430.-En el caso del artículo anterior, tienen obligación de desempeñar la tutela mientras duran en los cargos que a continuación se enumeran:

I.-El Presidente Municipal del domicilio del menor;

II.-Los demás regidores del Ayuntamiento;

III.-Las personas que desempeñen la autoridad administrativa en los lugares donde no hubiere Ayuntamiento;

IV.-Los profesores oficiales de instrucción primaria, secundaria o profesional, del lugar donde vive el menor;

V.-Los miembros de las juntas de beneficencia pública o privada que disfruten sueldo del Erario;

VI.-Los directores de establecimientos de beneficencia pública.

431.-Los jueces pupilares nombrarán de entre las personas mencionadas las que en cada caso deban desempeñar la tutela, procurando que este cargo se reparta equitativamente, sin perjuicio de que también puedan ser nombrados tutores las personas que figuren en las listas que deben formar los Consejos Locales de Tutela, conforme a lo dispuesto en el Capítulo XVI de este Título, cuando estén conformes en desempeñar gratuitamente la tutela de que se trata.

432.-Si el menor que se encuentre en el caso previsto por el artículo 429, adquiere bienes, se le nombrará tutor dativo, de acuerdo con lo que disponen las reglas generales para hacer esos nombramientos.

3.2.7. De las personas inhabiles para el desempeño de la tutela y de las que deben ser separadas de ella.

433.-No pueden ser tutores, aunque estén anuentes a recibir el cargo:

I.-Los menores de edad;

II.-Los mayores de edad que se encuentren bajo tutela;

III.-Los que hayan sido removidos de otra tutela por haberse conducido mal, ya respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado;

IV.-Los que por sentencia que cause ejecutoria hayan sido condenados a la privación de este cargo o a la inhabilitación para obtenerlo;

V.-El que haya sido condenado por robo, abuso de confianza, estafa, fraude o por delitos contra la honestidad;

VI.-Los que no tengan oficio o modo de vivir conocido o sean notoriamente de mala conducta;

VII.-Los que al deferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el incapacitado;

VIII.-Los deudores del incapacitado en cantidad considerable, a juicio del juez, a no ser que el que nombre tutor testamentario lo haya echo con conocimiento de la deuda declarándolo así expresamente al hacer el nombramiento;

IX.-Los jueces, magistrados y demás funcionarios o empleados de la administración de la justicia;

X.-El que no esté domiciliado en el lugar en que deba ejercer la tutela;

XI.-Los empleados públicos de Hacienda, que por razón de su destino tengan responsabilidad pecuniaria actual o la hayan tenido y no la hubieren cubierto;

XII.-El que padezca enfermedad crónica contagiosa;

XIII.-Los demás a quienes lo prohíba la ley.

434.-Serán separados de la tutela:

I.-Los que sin haber caucionado su manejo conforme a la ley, ejerzan la administración de la tutela;

II.-Los que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, ya sea respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado;

III.-Los tutores que no rindan sus cuentas dentro del término fijado por el artículo 520;

IV.-Los comprendidos en el artículo anterior, desde que sobrevenga o se averigüe su incapacidad;

V.-El tutor que se encuentre en el caso previsto en el artículo 95;

VI.-El tutor que permanezca ausente por más de seis meses, del lugar en que debe desempeñar la tutela.

435.-No pueden ser tutores ni curadores del demente los que hayan sido causa de la demencia, ni los que la hayan fomentado directa o indirectamente.

436.-Lo dispuesto en el artículo anterior se aplicará en cuanto fuere posible, a la tutela de los idiotas, imbéciles, sordomudos, ebrios consuetudinarios y de los que abusan habitualmente de las drogas enervantes.

437.-El Ministerio Público y los parientes del pupilo, tienen derecho a promover la separación de los tutores que se encuentren en alguno de los casos previstos en el artículo 434.

438.-El tutor que fuere procesado por cualquier delito, quedará suspenso en el ejercicio de su encargo desde que se provea el auto motivado de prisión, hasta que se pronuncie sentencia irrevocable.

439.-En el caso de que trata el artículo anterior, se proveerá a la tutela conforme a la ley.

440.-Absuelto el tutor, volverá al ejercicio de su encargo. Si es condenado a una pena que no lleve consigo la inhabilitación para desempeñar la tutela, volverá a ésta, al extinguir su condena, siempre que la pena impuesta no exceda de una año de prisión.

3.2.8. De las excusas para el desempeño de la tutela.

441.-Pueden excusarse de ser tutores:

I.-Los empleados y funcionarios públicos;

II.-Los militares en servicio activo;

III.-Los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes;

IV.-Los que fueren tan pobres, que no puedan atender a la tutela sin menoscabo de sus subsistencia;

V.-Los que por mal estado habitual de su salud, o por rudeza e ignorancia, no puedan atender debidamente a la tutela;

VI.-Los que tengan sesenta años cumplidos;

VII.-Los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría;

VIII.-Los que por su falta de ilustración, por su inexperiencia en los negocios, por su timidez o por otra causa igualmente grave a juicio del juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela.

442.-Si el que teniendo excusa legítima para ser tutor acerca del cargo se entiende que renuncia por el mismo hecho a la excusa que le concede la ley.

443.-El tutor debe proponer sus impedimentos o excusas dentro del término fijado por el Código de Procedimientos Civiles, y cuando transcurra el término sin ejercitar el derecho, se entiende renunciada la excusa.

444.-Si el tutor tuviere dos o más excusas las propondrá simultáneamente, dentro del plazo respectivo; y si propone una sola se entenderán renunciadas las demás.

445.-Mientras que se califica el impedimento o la excusa, el Juez nombrará un tutor interino.

446.-El tutor testamentario que se excuse de ejercer la tutela, perderá todo derecho a lo que le hubiere dejado el testador por este concepto.

447.-El tutor que sin excusa o desechada la que hubiere propuesto no desempeñe la tutela, pierde el derecho que tenga para heredar al incapacitado que muera intestado, y es responsable de los daños y perjuicios que por su renuncia hayan sobrevenido al mismo incapacitado. En igual pena incurre la persona a quien corresponda la tutela legítima, si habiendo sido legalmente citada, no se presenta al juez manifestando su parentesco con el incapaz.

448.-Muerto el tutor que esté desempeñando la tutela, sus herederos o ejecutores testamentarios están obligados a dar aviso al juez, quien proveerá inmediatamente al incapacitado del tutor que corresponda, según la ley.

3.2.9. De las garantías que deben prestar los tutores para el aseguramiento de su manejo.

449.-El tutor, antes de que se le discierna el cargo, prestará caución para asegurar su manejo, esta caución consistirá:

I.-En hipoteca o prenda;

II.-En fianza.

La garantía prendaria que preste el tutor se constituirá depositando las cosas dadas en prenda en una institución de crédito autorizada para recibir depósitos; a falta de ella se depositará en poder de persona de notoria solvencia y honorabilidad.

450.-Están exceptuadas de la obligación de dar garantía:

I.-Los tutores testamentarios, cuando expresamente los haya relevado de esta obligación el testador;

II.-El tutor que no administre los bienes;

III.-El padre, la madre, y los abuelos, en los casos que conforme a la ley son llamados a desempeñar la tutela de sus descendientes, salvo lo dispuesto en el artículo 453;

IV.-Los que acojan a un expósito, lo alimenten y eduquen convenientemente por más de diez años, a no ser que hayan recibido pensión por cuidar de él.

451.-Los comprendidos en la fracción I del artículo anterior, sólo estarán obligados a dar garantía cuando con posterioridad a su nombramiento haya sobrevenido causa ignorada por el testador que, a juicio del juez y previa audiencia del curador, haga necesaria aquélla.

452.-La garantía que presten los tutores no impedirá que el Juez Pupilar, a moción del Ministerio Público, del Consejo Local de Tutelas, de los parientes próximos del incapacitado o de éste si ha cumplido dieciséis años, dicte las providencias que se estimen útiles para la conservación de los bienes del pupilo.

453.-Cuando la tutela del incapacitado recaiga en el cónyuge, en los ascendientes o en los hijos, no se dará garantía; salvo el caso de que el Juez, con audiencia del curador y del Consejo local de Tutelas, lo crea conveniente.

454.-Siempre que el tutor sea también coheredero del incapaz, y éste no tenga más bienes que los hereditarios, no se podrá exigir al tutor otra garantía que la de su misma porción hereditaria a no ser que esta porción no iguale a la mitad de la porción del incapaz, pues en tal caso se integrará la garantía con bienes propios del tutor o con fianza.

455.-Siendo varios los incapacitados cuyo haber consista en bienes procedentes de una herencia indivisa, si son varios los tutores, sólo se exigirá a cada uno de ellos garantía por la parte que corresponda a su representado.

456.-El tutor no podrá dar fianza para caucionar su manejo, sino cuando no tenga bienes en qué constituir su hipoteca o prenda.

457.-Cuando los bienes que tenga no alcancen a cubrir la cantidad que ha de asegurar conforme al artículo siguiente, la garantía podrá consistir: parte en hipoteca o prenda, parte en fianza, o solamente en fianza, a juicio del juez, y previa audiencia del curador y del Consejo Local de Tutelas.

458.-La hipoteca o prenda, y en su caso la fianza, se darán:

I.-Por el importe de las rentas de los bienes raíces en los dos últimos años, y por los réditos de los capitales impuestos durante ese mismo tiempo;

II.-Por el valor de los bienes muebles;

III.-Por el de los productos de las fincas rústicas medio en un quinquenio, a elección del juez;

en dos años calculados por peritos, o por el término.

IV.-En las negociaciones mercantiles e industriales, por el veinte por ciento del importe de las mercancías y demás efectos muebles, calculado por los libros si están llevados en debida forma o a juicio de peritos.

459.-Si los bienes del incapacitado, enumerados en el artículo que precede, aumentan o disminuyen durante la tutela, podrán aumentarse o disminuirse proporcionalmente la hipoteca, prenda o fianza, a pedimento del tutor, del curador, del Ministerio Público o del Consejo local de Tutelas.

460.-El juez responde subsidiariamente con el tutor, de los daños y perjuicios que sufra el incapacitado por no haber exigido que se caucione el manejo de la tutela.

461.-Si el tutor, dentro de tres meses después de aceptado su nombramiento, no pudiere dar la garantía por las cantidades que fija el artículo 458, se procederá al nombramiento de nuevo tutor.

462.-Durante los tres meses señalados en el artículo precedente, desempeñará la administración de los bienes un tutor interino, quien los recibirá por inventario solemne, y no podrá ejecutar otros actos que los indispensables para la conservación de los bienes y precepción de los productos. Para cualquier otro acto de administración requerirá la autorización judicial la que se concederá, si procede, oyendo al curador.

463.-Al presentar el tutor su cuenta anual, el curador, o el Consejo Local de Tutelas deben promover información de supervivencia e idoneidad de los fiadores dados por aquel. Esta información también podrán promoverla en cualquier tiempo que los estimen conveniente. El Ministerio Público tiene igual facultad, y hasta de oficio el juez puede exigir esa información.

464.-Es también obligación del curador y del Consejo Local de Tutelas, vigilar el estado de las fincas hipotecadas por el tutor o de los bienes entregados en prenda, dando aviso al juez de los deterioros y menoscabo que en ellos hubiere, para que si es notable la disminución del precio, se exija al tutor que asegure con otros bienes los intereses que administra.

3.2.10. Del desempeño de la tutela.

465.-Cuando el tutor tenga que administrar bienes, no podrá entrar a la administración sin que antes se nombre curador, excepto en el caso del artículo 421.

466.-El tutor que entre a la administración de los bienes sin que se haya nombrado curador, será responsable de los daños y perjuicios que cause al incapacitado y, además, separado de la tutela; mas ningún extraño puede rehusarse a tratar con él judicial o extrajudicialmente alegando la falta de curador.

467.-El tutor está obligado:

I.-A alimentar y educar al incapacitado;

II.-A destinar de preferencia los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades o a su regeneración, si es un ebrio consuetudinario o abusa habitualmente de las drogas enervantes;

III.-A formar inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituya el patrimonio del incapacitado, dentro del término que el juez designe, con intervención del curador y del mismo incapacitado si goza de discernimiento y ha cumplido dieciséis años de edad;

El término para formar el inventario no podrá ser mayor de seis meses;

IV.-A administrar el caudal de los incapacitados, El pupilo será consultado para los actos importantes de la administración cuando es capaz de discernimiento y mayor de dieciséis años;

La administración de los bienes que el pupilo ha adquirido con su trabajo le corresponde a él y no al tutor;

V.-A representar al incapacitado en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos, del testamento y de otros estrictamente personales;

VI.-A solicitar oportunamente la autorización judicial para todo lo que legalmente no pueda hacer sin ella.

468.-Los gastos de alimentación y educación del menor deben regularse de manera que nada necesario le falte, según su condición y posibilidad económica.

469.-Cuando el tutor entre en el ejercicio de su cargo, el juez fijará, con audiencia de aquél, la cantidad que haya de invertirse en los alimentos y educación del menor, sin perjuicio de alterarla, según el aumento o disminución del patrimonio y otras circunstancias. Por

las mismas razones podrá el juez alterar la cantidad que el que nombró tutor hubiere señalado para dicho objeto.

470.-El tutor destinará al menor a la carrera u oficio que éste elija, según sus circunstancias. Si el tutor infringe esta disposición, puede el menor, por conducto del curador, del Consejo local de Tutelas o por sí mismo, ponerlo en conocimiento del juez pupilar para que dicte las medidas convenientes.

471.-Si el que tenía la patria potestad sobre el menor lo había dedicado a alguna carrera, el tutor no variará ésta, sin la aprobación del juez, quien decidirá este punto prudentemente y oyendo en todo caso al mismo menor, al curador y al Consejo Local de Tutelas.

472.-Si las rentas del menor no alcanzan a cubrir los gastos de su alimentación y educación, el juez decidirá si ha de ponerse a aprender un oficio o adoptarse otro medio para evitar la enajenación de los bienes, y si fuere posible, sujetará a las rentas de éstos, los gastos de alimentación.

473.-Si los pupilos fuesen indigentes o careciesen de suficientes medios para los gastos que demanden su alimentación y educación, el tutor exigirá judicialmente la prestación de esos gastos a los parientes que tienen obligación legal de alimentar a los incapacitados. Las expensas que esto origine, serán cubiertas por el deudor alimentista. Cuando el mismo tutor sea el obligado a dar alimentos por razón de su parentesco con el pupilo, el curador ejercitará la acción a que este artículo se refiere.

474.-Si los pupilos indigentes no tienen personas que estén obligadas a alimentarlos, o si teniéndolas no pudiesen hacerlo, el tutor, con autorización del juez pupilar, quien oirá el parecer del curador y del Consejo Local de Tutelas, pondrá al pupilo en un establecimiento de beneficencia pública o privada en donde pueda educarse. Si ni eso fuere posible, el tutor procurará que los particulares suministren trabajo al incapacitado, compatible con su edad y circunstancias personales, con la obligación de alimentarlo y educarlo. No por esto el tutor queda eximido de su cargo, pues continuará vigilando al menor, a fin de que no sufra daño por lo excesivo del trabajo, lo insuficiente de la alimentación o lo defectuoso de la educación que se le imparta.

475.-Los incapacitados indigentes que no puedan ser alimentados y educados por los medios previstos en los dos artículos anteriores, lo serán a costa de las rentas públicas del Estado; pero si se llega a tener conocimiento de que existen parientes del incapacitado que estén legalmente obligados a proporcionarle alimentos, el Ministerio Público deducirá la acción correspondiente para que se le reembolse al gobierno de los gastos que hubiere hecho en cumplimiento de lo dispuesto por este artículo.

476.-El tutor de los incapacitados a que se refiere la fracción II del artículo 467, está obligado a presentar al juz pupilar, en el mes de enero de cada año, un facultativo de dos facultativos que declaren acerca del estado del individuo sujeto a interdicción, a quien para este efecto reconocerán en presencia del curador.

El juez se cerciorará del estado que guarda el incapacitado y tomará todas las medidas que estime convenientes para mejorar su condición.

477.-Para la seguridad, alivio y mejoría de las personas a que se refiere el artículo anterior, el tutor adoptará las medidas que jusgue oportunas, previa la autorización judicial que se otorgará con audiencia del curador. Las medidas que fueren muy urgentes podrán ser ejecutadas por el tutor, quien dará cuenta inmediatamente al juez para obtener la debida aprobación.

478.-La obligación de hacer inventarios no puede ser dispensada ni aun por los que tienen derecho de nombrar tutor testamentario.

479.-Mientras que el inventario no estuviere formado, la tutela debe limitarse a los actos de mera protección a la persona y conservación de los bienes del incapacitado.

480.-El tutor está obligado a inscribir en el inventario el crédito que tenga contra el incapacitado: si no lo hace, pierde el derecho de cobrarlo.

481.-Los bienes que el incapacitado adquiriera después de la formación del inventario, se incluirán inmediatamente en él, con las mismas formalidades prescritas en la fracción III del artículo 467.

482.-Hecho el inventario no se admite al tutor rendir prueba contra de él en perjuicio del incapacitado ni antes ni después de la mayor edad de éste, ya sea que

litigue en nombre propio o con la representación del incapacitado.

Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior los casos en que el error del inventario sea evidente o cuando se trate de un derecho claramente establecido.

483.-Si se hubiere omitido listar algunos bienes en el inventario, el menor mismo, antes o después de la mayor edad, y el curador o cualquier pariente, pueden ocurrir al juez, pidiendo que los bienes omitidos se listen; y el juez, oído el parecer del tutor, determinará en justicia.

484.-El tutor dentro del primer mes de ejercer su cargo fijará, con aprobación del juez, la cantidad que haya de invertirse en gastos de administración y el número y sueldos de los dependientes necesarios. Ni el número, ni el sueldo de los empleados, podrá aumentarse después sino con aprobación judicial.

485.-Lo dispuesto en el artículo anterior no liberta al tutor de justificar, al rendir sus cuentas, que efectivamente han sido gastadas dichas sumas en sus respectivos objetos.

486.-Si el padre o la madre del menor ejercían algún comercio o industria, el juez, con informe de dos peritos, decidirá si ha de continuar o no la negociación; a no ser que los padres hubieren dispuesto algo sobre este punto, en cuyo caso se respetará su voluntad, en cuanto no ofrezca grave inconveniente a juicio del juez.

487.-El dinero que resulte sobrante después de cubiertas las cargas y atenciones de la tutela, el que proceda de las redenciones de capitales y el que se adquiera de cualquier otro modo, será impuesto por el tutor, dentro de tres meses contados de que se hubieren reunido dos mil pesos, sobre segura hipoteca, calificada bajo su responsabilidad, teniendo en cuenta el precio de la finca, sus productos y la depreciación que puede sobrevenir al realizarla.

488.-Si para hacer la imposición dentro del término señalado en el artículo anterior, hubiere algún inconveniente grave, el tutor lo manifestará al juez, quien podrá ampliar el plazo por otros tres meses.

489.-El tutor que no haga las imposiciones dentro de los plazos señalados en los dos artículos anteriores, pagará los réditos legales mientras que los capitales no sean impuestos.

490.-Mientras que se hacen las imposiciones a que se refieren los artículos 487 y 488, el tutor depositará las cantidades que perciba, en el establecimiento público destinado al efecto.

491.-Los bienes inmuebles, los derechos anexos a ellos, y los muebles preciosos, no pueden ser enajenados ni gravados por el tutor, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad del menor, debidamente justificada y previas la conformidad del curador y la autorización judicial.

492.-Cuando la enajenación se haya permitido para cubrir con su producto algún objeto determinado, el juez señalará al tutor un plazo dentro del cual deberá acreditar que el producto de la enajenación se ha invertido en su objeto. Mientras que no se haga la inversión se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 366.

493.-La venta de bienes raíces del menor es nula si no se hace judicialmente en subasta pública. En la enajenación de alhajas y muebles preciosos, el juez decidirá si conviene o no la almoneda, pudiendo dispensarla, acreditada la utilidad que resulte al menor. Los tutores no podrán vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados pertenecientes al incapacitado, por menor valor del que se coticie en la plaza el día de la venta; ni dar fianza a nombre de su pupilo.

494.-Cuando se trate de enajenar, gravar, o hipotecar a título oneroso, bienes que pertenezcan al incapacitado como copropietario, se comenzará por mandar justipreciar dichos bienes para fijar con toda precisión su valor y la parte que en ellos represente el incapacitado, a fin de que el juez resuelva si conviene o no que se dividan materialmente dichos bienes para que aquél reciba en plena propiedad su porción; o si, por el contrario, es conveniente la enajenación, gravamen o hipoteca, fijando en este caso las condiciones y seguridades con que deben hacerse, pudiendo, si lo estimare conveniente, dispensar la almoneda, siempre que consientan en ello el tutor y el curador.

495.-Para todos los gastos extraordinarios que no sean de conservación ni de reparación, necesita el tutor ser autorizado por el juez.

496.-Se requiere licencia judicial para que el tutor pueda transigir o comprometer en árbitros los negocios del incapacitado.

497.-El nombramiento de árbitros hecho por el tutor deberá sujetarse a la aprobación del juez.

498.-Para que el tutor transija, cuando el objeto de la reclamación consista en bienes inmuebles, muebles preciosos o bien en valores mercantiles o industriales cuya cuantía exceda de mil pesos, necesita del consentimiento del curador y de la aprobación judicial otorgada con audiencia de éste.

499.-Ni con licencia judicial, ni en almoneda o fuera de ella, puede el tutor comprar o arrendar los bienes del incapacitado, ni hacer contrato alguno respecto de ellos para sí, sus ascendientes, su cónyuge, hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad, si lo hiciere, además de la nulidad del contrato, el acto será suficiente para que se le remueva.

500.-Cesa la prohibición del artículo anterior, respecto de la venta de bienes, en el caso de que el tutor o sus pariente allí mencionados sean coherederos, partícipes o socios del incapacitado.

501.-El tutor no podrá hacerse pago de sus créditos contra el incapacitado sin la conformidad del curador y la aprobación judicial.

502.-El tutor no puede aceptar para sí a título gratuito u oneroso, la cesión de algún derecho o crédito contra el incapacitado. Sólo puede adquirir esos derechos por herencia.

503.-El tutor no puede dar en arrendamiento los bienes del incapacitado, por más de cinco años, sino en caso de necesidad o utilidad, previos el consentimiento del curador y la autorización judicial, observándose en su caso lo dispuesto en el artículo 494.

504.-El arrendamiento hecho de conformidad con el artículo anterior, subsistirá por el tiempo convenido, aún cuando se acabe la tutela; pero será nula toda anticipación de renta o alquileres por más de dos años.

505.-Sin autorización judicial no puede el tutor recibir dinero prestado en nombre del incapacitado, ya sea que se constituya o no hipoteca en el contrato.

506.-El tutor no puede hacer donaciones a nombre del incapacitado.

507.-El tutor tiene, respecto de el menor, las mismas facultades que a los ascendientes concede el artículo 352.

508.-Durante la tutela no corre la prescripción entre el tutor y el incapacitado.

509.-El tutor tiene obligación de admitir las donaciones simples, legados y herencias que se dejen al incapacitado.

510.-La expropiación por causa de utilidad pública de bienes de incapacitados, no se sujetará a las reglas antes establecidas, sino a lo que dispongan las leyes de la materia.

511.-Cuando uno de los cónyuges sea tutor del otro, continuará ejerciendo respecto del incapacitado, los derechos conyugales con las siguientes modificaciones:

I.-En los casos en que conforme a derecho fuera necesario el consentimiento del cónyuge incapacitado, se suplirá éste por el juez con audiencia del curador;

II.-El incapacitado, en los casos en que pueda querellarse de su cónyuge, o demandarlo para asegurar sus derechos violados o amenazados, será representado por un tutor interino que el juez le nombrará. Es obligación del curador promover este nombramiento, y si no la cumple, será responsable de los perjuicios que se sigan al incapacitado. También podrá promover ese nombramiento el Consejo Local de Tutelas.

512.-Cuando la tutela del incapacitado recayere en su cónyuge, éste ejercerá la autoridad de aquél: pero no podrá gravar ni enajenar los bienes del marido que sean de la clase a que se refiere el artículo 498, sin previa audiencia del curador y autorización judicial, que se concederá de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 491.

513.-Cuando la tutela recaiga en cualquiera otra persona, se ejercerá conforme a las reglas establecidas para la tutela de los menores.

514.-En caso de maltrato, de negligencia en los cuidados debidos al incapacitado, o de mala administración de sus bienes, podrá el tutor ser removido de la tutela a petición del curador, de los parientes del incapacitado o del Consejo local de Tutelas.

515.-El tutor tiene derecho a una retribución sobre los bienes del incapacitado, que podrá fijar el ascendiente o extraño que conforme a derecho lo nombre en su testamento y para los tutores legítimos y dativos, la fijará el juez.

516.-En ningún caso bajará la retribución de cinco ni excederá de diez por ciento de las rentas líquidas de dichos bienes.

517.-Si los bienes del incapacitado tuvieren un aumento en sus productos, debido exclusivamente a la industria y diligencia del tutor, tendrá derecho a que se le aumente la remuneración hasta un veinte por ciento de los productos líquidos. La calificación del aumento se hará por el juez, con audiencia del curador.

518.-Para que pueda hacerse en la retribución de los tutores el aumento extraordinario que permite el artículo anterior, será requisito indispensable que por lo menos en dos años consecutivos haya obtenido el tutor la aprobación absoluta de sus cuentas.

519.-El tutor no tendrá derecho a remuneración alguna, y restituirá lo que por este título hubiese recibido, si contraviniese lo dispuesto en el artículo 95.

3.2.11. De las cuentas de la tutela.

520.-El tutor está obligado a rendir al juez cuenta detallada de su administración, en el mes de enero de cada año, sea cual fuere la fecha en que se le hubiere discernido el cargo. La falta de presentación de la cuenta en los tres meses siguientes al de enero, motivará la remoción del tutor.

521.-También tiene obligación de rendir cuenta, cuando por causas graves que calificará el juez, la exijan al curador, el Consejo Local de Tutelas, o el mismo menor que haya cumplido dieciséis años de edad.

522.-La cuenta de administración comprenderá no sólo las cantidades en numerario que hubiere recibido el tutor por conducto de los bienes y la aplicación que les haya dado, sino en general todas las operaciones que se hubieren practicado, e irá acompañada de los documentos justificativos y de un balance del estado de los bienes.

523.-El tutor es responsable del valor de los créditos activos si dentro de sesenta días, contados desde el vencimiento de su plazo, no ha obtenido su pago o garantía que asegure éste, o no ha pedido judicialmente el uno o la otra.

524.-Lo dispuesto en el artículo anterior se entiende sin perjuicio de la responsabilidad que, después de intentadas las acciones, puede resultar al tutor por culpa o negligencia en el desempeño de su encargo.

526.-Las cuentas deben rendirse en el lugar en que se desempeña la tutela.

527.-Deben abonarse al tutor, todos los gastos hechos debida y legalmente, aunque los haya anticipado de su propio caudal, y aunque de ellos no haya resultado utilidad al menor, si esto ha sido sin culpa del primero.

528.-Ninguna anticipación ni crédito contra el incapacitado se abonará al tutor, si excede de la mitad de la renta anual de los bienes de aquél, a menos que al efecto haya sido autorizado por el juez con audiencia del curador.

529.-El tutor será igualmente indemnizado, según el prudente arbitrio del Juez, del daño que haya sufrido por causa de la tutela y en desempeño necesario de ella, cuando no haya intervenido de su parte culpa o negligencia.

530.-La obligación de dar cuenta no puede ser dispensada en contrato o última voluntad, ni aún por el mismo menor; y si esa dispensa se pusiere como condición, en cualquier acto se tendrá por no puesta.

531.-El tutor que sea reemplazado por otro, estará obligado, y lo mismo sus herederos, a rendir cuenta general de la tutela al que le reemplaza. El nuevo tutor responderá al incapacitado por los daños y perjuicios si no pidiere y tomare las cuentas de su antecesor.

532.-El tutor, o en su falta quien lo represente, rendirá las cuentas generales de la tutela en el término de tres meses, contados desde el día en que fenezca la tutela. El juez podrá prorrogar este plazo hasta por tres meses más, si circunstancias extraordinarias así lo exigieren.

533.-La obligación de dar cuenta pasa a los herederos del tutor; y si alguno de ellos sigue administrando los

bienes de la tutela, su responsabilidad será la misma que la de aquél.

534.-La garantía dada por el tutor no se cancelará, sino cuando las cuentas hayan sido aprobadas.

535.-Hasta pasado un mes de la rendición de cuentas, es nulo todo convenio entre el tutor y el pupilo, ya mayor o emancipado, relativo a la administración de la tutela o a las cuentas mismas.

3.2.12. De la extinción de la tutela.

536.-La tutela se extingue:

- I.-Por la muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad;
- II.-Cuando el incapacitado, sujeto a la tutela entre a la patria potestad por reconocimiento o por adopción.

3.2.13. De la entrega de los bienes.

537.-El tutor, concluida la tutela, está obligado a entregar todos los bienes del incapacitado y todos los documentos que le pertenezcan, conforme al balance que se hubiere presentado en la última cuenta aprobada.

538.-La obligación de entregar los bienes no se suspende por estar pendiente la rendición de cuentas. La entrega debe de ser hecha durante el mes siguiente a la terminación de la tutela, cuando los bienes sean muy cuantiosos, o estuvieren ubicados en diversos lugares, el juez puede fijar un término prudente para su conclusión, pero, en todo caso, deberá comenzarse en el plazo antes señalado.

539.-El tutor que entre al cargo sucediendo a otro, está obligado a exigir la entrega de bienes y cuentas al que le ha precedido. Si no la exige, es responsable de todos los daños y perjuicios que por su omisión se siguieren al incapacitado.

540.-La entrega de los bienes y la cuenta de la tutela se efectuarán a expensas del incapacitado. Si para realizarse no hubiere fondos disponibles, el juez podrá

autorizar al tutor a fin de que se proporcione los necesarios para la primera, y éste adelantará los relativos a la segunda, los cuales le serán reembolsados con los primeros fondos de que se pueda disponer.

541.-Cuando intervenga dolo o culpa de parte del tutor, serán de su cuenta todos los gastos.

542.-El saldo que resulte en pro o en contra del tutor, producirá interés legal. En el primer caso correrá desde que previa entrega de los bienes se haga el requerimiento legal para el pago; y en el segundo, desde la rendición de cuentas, si hubiesen sido dadas dentro del término designado por la ley; y si no, desde que expire el mismo término.

543.-Cuando en la cuenta resulte alcance contra el tutor, aunque por un arreglo con el menor o sus representantes se otorguen plazos al responsable o a sus herederos para satisfacerlo, quedarán vivas las hipotecas u otras garantías dadas para la administración, hasta que se verifique el pago, a menos que se haya pactado expresamente lo contrario en el arreglo.

544.-Si la caución fuere de fianza, el convenio que conceda nuevos plazos al tutor, se hará saber al fiador; si éste consiente, permanecerá obligado hasta la solución; si no consiente, no habrá espera, y se podrá exigir el pago inmediato o la subrogación del fiador por otro igualmente idóneo que acepte el convenio.

545.-Si no se hiciere saber el convenio al fiador, éste no permanecerá obligado.

546.-Todas las acciones por hechos relativos a la administración de la tutela, que el incapacitado pueda ejercitar contra su tutor, o contra los fiadores y garantes de éste, quedan extinguidas por el lapso de cuatro años, contados desde el día en que se cumpla la mayor edad, o desde el momento en que se hayan recibido los bienes y la cuenta de la tutela, o desde que haya cesado la incapacidad en los demás casos previstos por la ley.

547.-Si la tutela hubiera fenecido durante la minoridad, el menor podrá ejercitar las acciones correspondientes contra el primer tutor y los que le hubieren sucedido en el cargo, computándose entonces los términos desde el día en que llegue a la mayor edad.

Tratándose de los demás incapacitados, los términos se computarán desde que cese la incapacidad.

3.2.14. Del curador.

548.-Todos los individuos sujetos a tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, además del tutor tendrán un curador, excepto en los casos de tutela a que se refieren los artículos 421 y 429.

549.- En todo caso en que se nombre al menor un tutor interino, se le nombrará curador con el mismo carácter, si no lo tuviere definitivo, o si teniéndolo se halla impedido.

550.-También se nombrará un curador interino en el caso de oposición de intereses a que se refiere el artículo 386.

551.-Igualmente se nombrará un curador interino en el caso de oposición de intereses a que se refiere el artículo 386.

551.-Igualmente se nombrará un curador interino en los casos de impedimento, separación o excusa del nombrado, mientras se decide el punto; luego que se decida se nombrará nuevo curador conforme a derecho..

552.-Lo dispuesto sobre impedimentos o excusas de los tutores regirá igualmente respecto de los curadores.

553.-Los que tienen derecho a nombrar tutor, lo tienen también de nombrar curador.

554.-Designarán por sí mismos al curador, con aprobación judicial:

I.-los comprendidos en el artículo 425, observándose lo que allí se dispone respecto de esos nombramientos;

II.-Los menores de edad emancipados, en el caso previsto en la fracción III del artículo 573.

555.-El curador de todos los demás individuos sujetos a tutela, será nombrado por el juez.

556.-El curador está obligado:

I.-A defender los derechos del incapacitado en juicio o fuera de él, exclusivamente en el caso de que estén en oposición con los del tutor;

II.-A vigilar la conducta del tutor y a poner en conocimiento del juez todo aquello que considere que puede ser dañoso al incapacitado;

III.-A dar aviso al juez para que se haga el nombramiento de tutor, cuando éste faltare o abandonare la tutela;

IV.-A cumplir las demás obligaciones que la ley le señale.

557.-El curador que no llene los deberes prescritos en el artículo precedente, será responsable de los daños y perjuicios que resultaren al incapacitado.

558.-Las funciones del curador cesarán cuando el incapacitado salga de la tutela; pero si sólo variaren las personas de los tutores, el curador continuará en la curaduría.

559.-El curador tiene derecho a ser relevado de la curaduría, pasados diez años desde que se encargó de ella.

560.-En los casos en que conforme a éste Código tenga que intervenir el curador, cobrará el honorario que señale el arancel a los procuradores, sin que por ningún otro motivo pueda pretender mayor retribución.

Si hiciere algunos gastos en el desempeño de su cargo, se le pagarán.

3.2.15. De los consejos locales de tutela y de los jueces pupilares.

561.-En la Municipalidad habrá un Consejo Local de Tutelas compuesto de un presidente y de dos vocales, que durarán un año en el ejercicio de su cargo, y serán nombrados por los respectivos Ayuntamientos en la primera sesión que celebren, en el mes de enero de cada año, procurando que los nombramientos recaigan en personas que sean de notorias buenas costumbres y que tengan interés en proteger a la infancia desvalida.

562.-El Consejo Local de Tutelas es un órgano de vigilancia y de información, que, además de las funciones que expresamente le asignan varios de los artículos que preceden, tiene las obligaciones siguientes:

I.-Formar y remitir a los jueces pupilares una lista de las personas de la localidad que por su aptitud legal y moral, puedan desempeñar la tutela, para que de entre ellas se nombren a los tutores y curadores, en los casos que estos nombramientos correspondan al juez;

II.-Velar porque los tutores cumplan sus deberes, especialmente en lo que se refiere a la educación de los menores, dando aviso al juez pupilar de las faltas u omisiones que notare;

III.-Avisar al juez pupilar cuando tenga conocimiento de que los bienes de un incapacitado están en peligro, a fin de que dicte las medidas correspondientes;

IV.-Investigar y poner en conocimiento del juez pupilar qué incapacitados carecen de tutor, con el objeto de que se hagan los respectivos nombramientos;

V.-Cuidar con especialidad de que los tutores cumplan la obligación que les impone la fracción II del artículo 467;

VI.-Vigilar el registro de tutelas, a fin de que sea llevado en debida forma.

563.-Los jueces pupilares son las autoridades encargadas exclusivamente de intervenir en los asuntos relativos a la tutela. Ejercerán una sobrevisión sobre el conjunto de los actos del tutor, para impedir por medio de disposiciones apropiadas, la transgresión de sus deberes.

564.-Mientras que se nombra tutor, el juez pupilar debe dictar las medidas necesarias para que el incapacitado no sufra perjuicios en su persona o en sus intereses.

3.2.16. Del estado de interdicción.

565.-Son nulos todos los actos de administración ejecutados y los contratos celebrados por los incapacitados, sin la autorización del tutor, salvo lo dispuesto en la fracción IV del artículo 537.

566.-Son también nulos los actos de administración y los contratos celebrados por los menores emancipados, si son contrarios a las restricciones establecidas por el artículo 467.

567.-La nulidad a que se refieren los artículos anteriores, sólo puede ser alegada, sea como acción, sea como excepción, por el mismo incapacitado o por sus

legítimos representantes; pero no por las personas con quienes contrató, ni por los fiadores que se hayan dado al constituirse la obligación, ni por los mancomunados en ella.

568.-La acción para pedir la nulidad, prescribe en los términos en que prescriben las acciones personales o reales, según la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende.

569.-Los menores de edad no pueden alegar la nulidad de que hablan los artículos 565 y 566, en las obligaciones que hubieren contraído sobre materias propias de la profesión o arte en que sean peritos.

570.-Tampoco pueden alegarla los menores, si han presentado certificados falsos del Registro Civil, para hacerse pasar como mayores o han manifestado dolosamente que lo eran.

CAPITULO IV

PROBLEMAS POLÍTICO, PATRIMONIAL, TELEOLÓGICO Y AXIOLÓGICO DEL DERECHO DE FAMILIA.

- 4.1. Problema Político del Derecho de Familia.
- 4.2. Problema Patrimonial del Derecho de Familia.
- 4.3. Problema Teleológico del Derecho de Familia.
- 4.4. Problema Axiológico.

De vital importancia es analizar los conceptos que otros autores interesados con respecto al Derecho de Familia hace mención Rojina Villegas en su libro Compendio de Derecho Civil. A continuación se describen cuatro de los principales problemas que se presentan en la familia.¹⁶

4.1. PROBLEMA POLÍTICO DEL DERECHO DE FAMILIA.

El problema político se plantea en el sentido de determinar si el Estado debe tener ingerencia en la organización de la familia y, en el caso de resolverse esta cuestión en sentido positivo, precisar cual es la intervención del Estado en el seno del grupo familiar.

La primera cuestión evidentemente que debe resolverse en sentido afirmativo: El Estado si debe tener intervención en la organización jurídica de la familia, por múltiples razones: Planiol y Ripert, *Tratado Práctico del Derecho Civil Francés*, traducción del doctor Mario Díaz Cruz, t. II, *La Familia*, Habana, 1939.

a) Porque de la solidaridad familiar depende en gran medida la solidaridad política, de tal manera que peligraría la existencia misma del Estado si ocurriera la disolución de la familia o ésta estuviese organizada de manera deficiente o incompleta por el derecho.

b) Porque el Estado debe tutelar un conjunto de intereses del orden público que existen en el seno de la familia. Ya hemos caracterizado las instituciones familiares, indicando que en ellas prevalece el interés social, al grado de que Cicu ha considerado que las normas del derecho familiar fundamentalmente pertenecen al derecho público, o bien algunos autores han considerado que el régimen jurídico de la familia tiene características tanto de derecho privado como de derecho público, al armonizar intereses individuales e intereses representados por el grupo familiar.

c) Porque el Estado debe intervenir a través de sus órganos a fin de que celebren determinados actos jurídicos del derecho familiar, tales como el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de hijos, etc., a efecto de dar autenticidad a los citados actos y proteger los derechos de las partes evitando hasta donde sea posible que puedan ocurrir después problemas de nulidad.

¹⁶ ROJINA Villegas Compendio de Derecho Civil. p. 216.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

d) Porque finalmente el Estado debe controlar la actividad de los que ejercen la patria potestad o/y la tutela, mediante la intervención del juez, para impedir que se realicen actos perjudiciales a los intereses de los menores o incapacitados.

Tomando en cuenta las razones anteriores, se comprenderá que en el derecho moderno, el Estado no puede permanecer ajeno a la solidaridad familiar. (Ruggiero, *ob. cit.*, págs. 628 y 683).

"La función del Estado con relación a la familia ha variado mucho en las distintas épocas. En algunas de ellas ha encarnado en la familia la idea del Estado, o sea del poder supremo. En otras, aún estando separados la familia y el Estado, ha gozado aquella de gran relieve y de amplia libertad dentro de la organización general de éste.

Actualmente, en el orden de las ideas hay, frente a frente, como dice De Buen, dos concepciones acerca de la relación de la familia con el derecho: "Unos defienden el principio de la autarquía familiar, y consideran que debe huírse de toda intromisión del Estado en la vida de la familia y robustecer los vínculos que de ella nacen, y ampliar la esfera de sus atribuciones. Otros creen, por el contrario, que cada día ha de ampliarse más la esfera de sus atribuciones. Otros creen, por el contrario, que cada día ha de ampliarse más la esfera de acción del Estado, y que éste ha de venir a realizar muchas de las funciones antes encomendadas a la familia, y, sobre todo, que la misión más alta, la del cuidado de los hijos, no puede dejarse en absoluto encomendada a la actuación familiar, pues el Estado tiene un interés decisivo en que sus ciudadanos futuros sean para él hombres útiles, y no tiene garantía suficiente de que, por la sola actuación de sus familiares, puedan llegar a serlo.

En el orden de las legislaciones positivas ha ganado mucho terreno en estos últimos tiempos la tendencia intervencionista. La familia ha perdido mucha de su antigua cohesión, y el Estado, que cada vez acentúa e intensifica más su acción sobre la sociedad y el derecho privado, no se detiene ante los umbrales de la familia. Especialmente en la esfera de las relaciones paterno-filiales se ha realizado ya una evolución muy honda. La patria potestad, concebida y regulada en lo antiguo como un poder absoluto e ilimitado del padre, se considera hoy como una función establecida en interés de los propios hijos y ligada a las exigencias generales de la familia y de la sociedad. El Estado tiene sometida a su alta inspección y tutela la educación y los intereses de los menores, y llega a privar del ejercicio de su autoridad a aquellos padres que abusen de la misma o no estén en condiciones morales de desempeñarla satisfactoriamente". (Jose Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español Común y Foral*, Madrid, 1941, t. III, págs. 443 y 444).

Desde otro punto de vista tenemos también una ingerencia constante del Estado en las instituciones familiares, pues no existen propiamente los actos jurídicos básicos del derecho familiar, si no interviene un funcionario público. Ya hemos explicado que el matrimonio no tiene existencia jurídica si no se otorga ante un oficial del Registro Civil; que el divorcio no

puede concederse si no es mediante la intervención del Juez o del Oficial del Registro Civil, ocurriendo lo mismo en la adopción, en la declaratoria de interdicción y en el nombramiento de tutores.

(Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traduc. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1954, t. III, pág. 30.)

4.2. PROBLEMA PATRIMONIAL DEL DERECHO DE FAMILIA.

Opinión de Cicu respecto a la intervención del Estado en la organización jurídica de la familia.- Estudia el citado autor esta cuestión en su *Derecho de Familia* (págs. 218 a 291), para considerar, de acuerdo con su tesis, que se trata seguramente del problema más importante del derecho de familia. Así es como va determinando la ingerencia del Estado dentro del grupo familiar, para considerar a éste como un ente público. Asimismo precisa el control de la autoridad judicial en diferentes relaciones familiares, con la obligación de someterse a dicho control, el cual no sólo es de legitimidad, sino también de oportunidad, teniendo carácter no solo preventivo sino también posterior y substitutivo. Precisa también múltiples casos en los cuales la autoridad judicial puede a veces proveer de oficio y nos indica la ingerencia constante del Ministerio Público en las cuestiones de familia, con la facultad de accionar directamente en ciertos casos.

En cuanto a las sentencias sobre asuntos familiares, hace notar que las mismas tienen no sólo valor de actos administrativos en jurisdicción voluntaria, sino también de verdaderos actos jurisdiccionales, teniendo las características de ejecutoriedad en sentido amplio.

Compara Cicu a la familia con los entes públicos para considerar que tanto en la organización de una y de otros tiene intervención directa el Estado, proveyendo, a través de disposiciones jurídicas a la mejor realización de los fines institucionales.

"Retorna aquí aquel concepto, que es para nosotros fundamental en la distinción entre actividad de derecho público y actividad de derecho privado, según el cual en aquella y no en ésta, el fin, el interés a tutelar, pasa a primera línea frente al poder, que funciona en ella solamente como un medio necesario"

"La autoridad judicial llamada a autorizar u homologar cumple, pues, un verdadero y propio exámen de la conveniencia del acto, de su correspondencia con el interés del incapaz". (Ob. cit., pág. 229).

En nuestro derecho tenemos la necesaria intervención del juez y de su autorización para vender bienes inmuebles del incapaz o muebles preciosos, juzgando no sólo la necesidad, sino también de la evidente utilidad de la operación.

También el control de la autoridad judicial no es sólo preventivo, sino posterior y sustitutivo. Cicu entiende por control posterior el que tiene carácter represivo para anular todos aquellos actos ejecutados sin la autorización judicial correspondiente. Además, tal control puede ser substitutivo como ocurre en los casos en que se priva de la patria potestad por actos inmorales o causas graves como las indicadas por el artículo 444 de nuestro Código vigente, a efecto de que no sólo se pierda ese derecho sino que otra persona substituya a los padres y a los abuelos. Lo mismo ocurre tratándose del autor cuando se le destituye del cargo y se designa otro. Nuestro derecho admite también el control judicial para reprimir todos aquellos actos de los que ejercen la patria potestad o tutela en perjuicio de los intereses de los incapaces y el artículo 422 estatuye que: "A las personas que tengan al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente. Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela que las personas de que se trata no cumplen esa obligación, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda".

En el artículo 423 se determina una cooperación entre las autoridades y los que ejerzan la patria potestad, dice así: "Para los efectos del artículo anterior, los que ejerzan la patria potestad, o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

Las autoridades en caso necesario, auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente".

Para la tutela existe también un control judicial directo en los términos del artículo 633: "Los jueces de los familiar son las autoridades encargadas exclusivamente de intervenir en los asuntos relativos a la tutela.

Ejercerán una supervigilancia sobre el conjunto de los actos del tutor para impedir, por medio de disposiciones apropiadas, la transgresión de sus deberes". Además, el curador, conforme al artículo 626, ejerce también una vigilancia directa sobre los actos del tutor. Dice así en citado precepto: "El curador está

obligado: I.- A defender los derechos del incapacitado en juicio o fuera de él, exclusivamente en el caso de que estén en oposición con los del tutor; II.- A vigilar la conducta del tutor y a poner en conocimiento del juez todo aquello que considere que puede ser dañoso al incapacitado; III.- A dar aviso al juez para que se haga el nombramiento del tutor, cuando éste faltare o abandonare la tutela; IV.- A cumplir las demás obligaciones que la ley señale".

Por último, en el Consejo Local de Tutelas, el Código vigente ha creado un órgano de vigilancia y de información, respecto a los actos del tutor. El artículo 632 estatuye: "El Consejo Local de Tutelas es un órgano de vigilancia y de información que, además de las funciones que expresamente le asignan varios de los artículos que preceden, tiene las obligaciones siguientes:

- I.- Formar y remitir a los jueces de lo familiar una lista de las personas de la localidad que, por su aptitud legal y moral, pueden desempeñar la tutela, para que de entre ellas se nombren los tutores y curadores, en los casos que estos nombramientos correspondan al juez;
- II.- Velar porque los tutores cumplan sus deberes, especialmente en lo que se refiere a la educación de los menores; dando aviso al juez de lo familiar de faltas u omisiones que notare;
- III.- Avisar al juez de lo familiar cuando tenga conocimiento de que los bienes de un incapacitado están en peligro, a fin de que dicte las medidas correspondientes;
- IV.- Investigar y poner en conocimiento del juez de lo familiar qué incapacitados carecen de tutor, con el objeto que se hagan los respectivos nombramientos;
- V.- Cuidar con especialidad de que los tutores cumplan con la obligación que les impone la fracción II del artículo 537;
- VI.- Vigilar el registro de tutelas, a fin de que sea llevado en debida forma".

En cuanto a la ingerencia del Ministerio Público, Cicu señala que a través de este órgano el Estado procura velar por los intereses de los incapaces y de la familia misma.

En este sentido el Código de Procedimientos Civiles reconoce la intervención constante del Ministerio Público en todos los asuntos de jurisdicción voluntaria que afecten intereses de menores o incapacitados.

Como conclusión de este largo análisis relativo a la ingerencia constante del Estado en los intereses y relaciones familiares, formula Cicula lo siguiente:

"creemos haber reunido elementos suficientes para concluir. La infiltración del derecho público en el derecho familiar, de ordinario intuida más bien que vista, había sido ya esporádicamente comprobada en casos singulares. Más a menudo había sido considerada como instituto de derecho público la tutela, ya sin dar demostración ninguna de ello, ya simplemente observando la obligatoriedad del oficio del tutor o la ingerencia del Estado, ya apreciando su verdadera razón al ver actuada la asunción del interés individual al interés general. No había faltado tampoco una vaga afirmación de que todo el derecho familiar debiera ser considerado como derecho público. Si esta tendencia no ha encontrado hasta ahora favor en la doctrina, esto, a nuestro entender, se debe atribuir, sobre todo, al obstáculo que le opone la concepción dominante del interés público como interés colectivo. Superando éste, la estructura pública de la relación familiar nos parece que no se pueda poner en duda: No sólo como estructura interna de la relación, en cuanto incluso ésta presenta más acentuadas las características de la relación de derecho público, sino también como estructura externa, esto es, como estructura de la relación entre familia y Estado: en uno y otro aspecto se tiene relación de status". (Ob. cit., págs. 287 y 288).

Es evidente que en el derecho de familia, existen regímenes patrimoniales debidamente caracterizados: La sociedad conyugal o la separación de bienes, la dote, las donaciones ante nupciales o entre consortes y el sistema moderno del patrimonio familiar.

Es tan importante este aspecto del derecho de la familia, que algunos autores distinguen entre el derecho familiar, personal, y derecho familiar patrimonial. También cabe la distinción en cuanto a las instituciones mismas a efecto de considerar por una parte las instituciones propiamente familiares, como el matrimonio, el divorcio, la filiación, la adopción, el parentesco, la patria potestad, y la tutela y, por otra, las instituciones patrimoniales, el derecho familiar.

"Los institutos familiares verdaderos y propios son del derecho personal; pero existen también institutos de derecho familiar patrimonial (relaciones patrimoniales de la familia; obligación de alimentos). Los institutos familiares personales son: El matrimonio; la filiación legítima, la patria potestad, la filiación ilegítima (o natural); La adopción; La tutela; y La curatela; La afiliación y otros conexos a estos.

El instituto de la familia es jurídicamente relevante, también en materia de sucesión por causa de muerte (sucesión legítima; y sucesión necesaria)." (Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traduc. de Santiago Sentis Meleno, Buenos Aires, 1954, t. III págs. 31 a 32).

4.3. PROBLEMA TELEOLÓGICO.

Este problema se plantea para determinar cuales son los fines específicos del derecho de la familia. Desde un punto de vista general podemos hablar del problema teleológico en todo el derecho para determinar cuales son los fines que persigue el ordenamiento jurídico a diferencia de la moral, la región y los convencionalismos sociales.

En cuanto al derecho familiar, podemos decir que en un principio este sistema tenía por objeto realizar la solidaridad religiosa como forma de vida que comprendía todas las actividades de las comunidades primitivas. La solidaridad doméstica era regulada así, como una manifestación de la solidaridad religiosa. El derecho reglamentó a base de tabús (normas jurídico- religiosas) las principales manifestaciones del grupo familiar: El matrimonio, la filiación, y la exogamia.

Es evidente que el derecho moderno de la familia tiene por objeto lograr una solidaridad cada vez más estrecha y perfecta entre los distintos miembros del grupo. Desde este punto de vista las normas que regulan el parentesco en sus distintas manifestaciones logran esa finalidad concreta. Así mismo, en cuanto al matrimonio, a la patria potestad y a la tutela. Como también debería ser la custodia.

En la patria potestad y en la tutela, encontramos de una manera evidente la finalidad específica del derecho de familia. En ambas instituciones se trata de realizar la solidaridad doméstica. Al efecto se reconoce a los que ejercen la patria potestad o a la tutela, la autoridad necesaria para mantener la disciplina, corrigiendo y educando a los menores o incapacitados.

4.4. PROBLEMA AXIOLÓGICO.

Trataremos sólo del problema axiológico del derecho de familia, no obstante la vinculación estrecha de este mismo tema con el derecho en general.¹⁷

¹⁷ Ibid. p.229.

En el derecho de familia, el problema axiológico se plantea desde distintos puntos de vista:

1.- Por lo que se refiere al concepto de justicia que debe existir en determinadas (porqué sólo determinadas) instituciones familiares.

2.- En cuanto atañe a un régimen de seguridad tanto desde el punto de vista de las relaciones personales, en cuanto a las relaciones patrimoniales, y

3.- Para realizar el bien común y el orden dentro del grupo familiar.

Porque lo que atañe al concepto de justicia, consideramos evidente que tanto el derecho público como en el derecho privado existe la justicia llamada de relación, que representa dos formas:

a) Como justicia de coordinación y b) como justicia de subordinación. Aún cuando en el derecho privado funciona la justicia de coordinación en el derecho público de la justicia de subordinación, en el régimen de la familia, por sus características especiales, contratamos a las dos formas indicadas. En efecto, las relaciones del parentesco en general se funda la justicia de coordinación, ya que los sujetos se encuentran colocados en el mismo plano. Por esto, es principio básico en la presentación alimentaria el de reciprocidad, que Del Vecchio ha elevado la categoría de fundamental para definir la justicia y la monográfica consagrada especialmente al estudio de la misma.

Si de las relaciones de parentesco están fundadas en una justicia de coordinación, las relaciones paternofiliales descansan por el contrario en la justicia de subordinación. Aquí tenemos una manifestación concreta en el derecho civil para regular derechos y obligaciones entre personas que se encuentran colocadas en planos jurídicos diversos. Por lo tanto, no es exacto, como generalmente se cree, que solo en el derecho público existe la justicia de subordinación. En la tutela tenemos también una instrucción que se funda necesariamente en la potestad que ejercerá el tutor, dentro de sus funciones jurídicas, sobre el incapaz con y, por lo tanto volvemos a contemplar la existencia de relaciones de subordinación entre sujetos situados en planos distintos.

En el derecho moderno la regulación jurídica de la patria potestad o de la tutela ha tomado principalmente en cuenta que la autoridad que se otorga a los padres, abuelos o tutores, no es para beneficio propio ni mucho menos para convertir a los incapaces en simples medios

puestos a su servicio para la satisfacción de sus fines personales. Por el contrario, tales instrucciones se han convertido en la actualidad en verdaderas funciones sociales que más que derechos imponen obligaciones a quienes la desempeñan. Por esto existe un control efectivo de los jueces pupilares y de los curadores en el desempeño de la tutela. En cuanto a la patria potestad, también se reconoce a los jueces de primera instancia la facultad de intervenir para dictar excesos o abusos de la autoridad. Asimismo, por lo que se refiere a los bienes de los incapaces, existen constantes medidas de protección para impedir que los que ejercen la patria potestad o la tutela disponga de tales bienes en beneficio propio. Puede afirmarse que toda la transformación habida en las instituciones mencionadas descansa sobre todo el principio de justicia de subordinación debidamente entendida y combinada con la seguridad jurídica y el bien común de los distintos miembros que integran la comunidad familiar.

También el principio de justicia se ha tomado en cuenta para determinar la condición jurídica de la mujer en el matrimonio. Prejuicios absolutamente inmotivados habían convertido a la esposa en una incapacitada tanto en el orden patrimonial cuanto en el orden jurídico en general. Sobre esta base se edificó una injusta subordinación que en la mayoría de los casos convertía a la esposa y a sus bienes, en medios para la satisfacción personal de los fines del marido. Por la misma causa se le privó de potestad sobre sus hijos menores. Ambas manifestaciones se encuentran condenadas por un principio recto de justicia que debe basarse en la absoluta equiparación de ambos cónyuges tanto en sus relaciones personales como en cuanto a sus hijos, para el común ejercicio de la patria potestad y el gobierno de la morada conyugal, de sus bienes y de su propia persona.

Con el criterio anterior, el artículo 172, reformado por Decreto de 13 de diciembre de 1983, y publicado el 27 del mismo mes y año, determina: "El marido y la mujer, mayores de edad, tienen capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios y ejercitar 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 aquél, salvo en lo relativo a los actos de administración y de dominio de los bienes comunes". En cuanto a la condición jurídica de los hijos naturales, ya hemos expresado que sólo por verdaderos perjuicios se puede negar a tales seres los derechos que la naturaleza impone y que un simple criterio de humanidad exige de manera indiscutible. Vuelve, por consiguiente, a funcionar el criterio axiológico a través de un principio

de justicia de coordinación, para equiparar a los hijos naturales con los hijos legítimos, reconociéndoles iguales derechos y obligaciones.

Por lo que toca a los otros valores jurídicos, evidentemente que el régimen jurídico de la familia debe buscar la mayor seguridad personal y económica de sus miembros, procurando así el bien común como bienestar no sólo de aquellos que ejercen la patria potestad, sino de todos los integrantes del grupo.

Por lo que se refiere al bien común que como valor jurídico trata de realizar el derecho, coordinando la justicia y la seguridad con el bienestar general, podemos decir que en el régimen jurídico de la familia, sus distintas instituciones están orientadas para perseguir ese bien común. En efecto, la regulación del parentesco, de los alimentos y de la herencia en la sucesión legítima, se fundan respectivamente en el deseo de procurar el mayor bien entre los distintos parientes sobre la base de reciprocidad. En este aspecto se puede notar que el sistema mexicano ha realizado este valor jurídico con un criterio más humano que el Código Civil francés y el Código italiano. En el Código francés no se reconoce el derecho de alimentos entre los colaterales; en el italiano se admite sólo entre hermanos; en cambio, nuestro sistema permite que la obligación alimentaria se extienda hasta los parientes colaterales del cuarto grado.

CAPITULO V

LA AXIOLOGÍA JURÍDICA COMPARADA AL DERECHO DE FAMILIA.

- 5.1. Relaciones entre valor y deber.
 - 5.1.1. Nociones Generales sobre el deber.
 - 5.1.2. Teorías relevantes sobre el fundamento del deber.
 - 5.1.2.1. Teoría Kantiana del deber.
- 5.2. Teoría del deber como influjo motivador de la sanción.
- 5.3. Teoría fenomenológica del deber.
- 5.4. Teoría del deber a la luz del pensamiento tradicional.
- 5.5. Relaciones entre valor, deber, y fin.
- 5.6. Valores que representaban un principio universal para la regulación de lo social.
 - 5.6.1. El bien común.

5.1. RELACIONES ENTRE VALOR Y DEBER.

Además de citar los valiosos conceptos de Rafael Rojina Villegas, me gustaría en lo personal profundizar un poco más en lo que respecta al problema axiológico comparado al Derecho de familia, pues para poder concluir correctamente este estudio es necesario polarizar a la perfección tanto los conceptos, relaciones y principios universales de lo que es el valor, la justicia y el bien común y después aplicarlos a lo que atañe al tema de la presente tesis.

5.1.1. Nociones generales sobre el deber.

La conducta humana es la expresión de un complejo de actos que tienen la característica de ser voluntarios y libres. La voluntad que realiza el acto, normalmente no es una voluntad caprichosa sino una voluntad que opera observando reglas. La voluntad al actuar conforme a reglas, si éstas son normativas, observa deberes que se fincan en valores éticos.

Los deberes que fundamentan los deberes pueden ser de diferente índole: religiosos, morales y jurídicos. Los valores religiosos fundamentan los deberes del hombre para con Dios, los valores morales fundamentan los valores del hombre en vista de su perfección individual, y los valores jurídicos fundamentan los deberes del hombre con miras de su perfección alternativa y a la participación de cada persona en el bien de una comunidad. Por tanto, los deberes jurídicos están ordenados al perfeccionamiento del hombre en la vida social, que se alcanza con la realización del deber general de justicia. El valor jurídico es el criterio ordenador de la praxis formal del querer del hombre en tanto toma en cuenta a sus semejantes y considera la naturaleza ontológica del hombre en relación con sus semejantes. El derecho no realiza plenamente un valor individual; pero sí condiciona los elementos sociales necesarios para que el hombre mediante su conducta lo realice en la mayor medida posible. El valor proyectado en el campo del deber jurídico tiene sus expresiones en la justicia y en la seguridad en vista del bien común.

La diversidad de normas obedece a la diversidad de valores que requiere el ser humano para su

perfeccionamiento; así, si participa del Soberano Bien, destacando los deberes religiosos; si participa del bien moral, estará considerando el bien personal; y si participa del bien común orientado alternativamente hacia la justicia y garantizado por la seguridad, estará en presencia del bien jurídico.

El deber, para el derecho, es la aplicación normativa de la justicia. Así, el fin valioso de una conducta de carácter social, a través del obrar humano, fundamenta el actuar jurídico debido. El valor que fundamenta el deber jurídico, es la justicia, fin específico del derecho.

5.1.2. Teorías relevantes sobre el fundamento del deber.

Muy rica ha sido la especulación que sobre el deber se ha realizado a través del pensamiento que el mundo occidental ha tratado de fundamentar la necesidad de actuar conforme a principios de carácter ético; lo cual se realiza sobre bases racionales algunas veces, sobre instituciones otras, sobre premoniciones las más, pero sin que se haya precisado un método para la investigación del tema que nos ocupa.

La especulación ha llevado a muchos insignes pensadores a formular teorías que si bien son brillantes en su construcción sistemática, muchas veces carecen de los verdaderos fundamentos substanciales, ya que no hacen sino jugar con la nominación de los conceptos, sin penetrar en el significado verdadero de las ideas. La especulación, no es fantasía, solamente prevalecen en el pensamiento filosófico aquellas teorías que llevan convicciones racionales y correctas, desechándose las que son inadecuadas a la ontología del hombre, a la eticidad de su conducta y a la naturaleza de su condición.

Por tanto, debemos distinguir aquellas teorías que son irrelevantes por no haberse acercado a la realidad y al objeto que tratan de dilucidar; destacando, en cambio, con la corrección científica que el rigor de esta disciplina permite, todas aquellas teorías que si bien han enunciado o han enfocado parcialmente la verdad, no dejan de tener distorsiones en ellas, alejamientos de mira y muchas veces enfoques inadecuados.

Por su importancia pueden considerarse cuatro corrientes, que teniendo puntos de enfoque diversos, presentan en algunos aspectos diferencias abismales, y en otros coincidencias asombrosas, no obstante que métodos

distintos o concepciones diferentes, las llevan a resultados análogos en el objeto de conocimiento que tratan de captar. Estas corrientes son: la kantiana, la del influjo motivador de la sanción, la fenomenológica, y la del pensamiento tradicional.

5.1.2.1. Teoría Kantiana del deber.

Kant enuncia, que ante los datos multiformes, dispares o desordenados que arriban a nuestra conciencia, podemos distinguir entre aquellos que conocemos en apariencia y aquellos que en realidad nos son presentes. El hombre no puede ni conocer ni ordenar, por no estar dentro de ellos, los datos aparente a los que les ha dado el nombre genérico de fenómenos. Únicamente puede conocer los datos de su propio ser, puesto que en el objeto y el sujeto se encuentran en íntima relación de copresencia y por lo tanto únicamente el hombre como objeto y sujeto de conocimiento, puede arribar a su esencialidad; a este conocimiento le ha dado la nominación genérica de conocimiento nouménico. Sólo a través del conocimiento nouménico, el deber es la relación universal necesaria que impone el hombre a su conducta como imperativo de una buena voluntad. La buena voluntad implica la capacidad de actuar por respecto a una ley ética. Únicamente la ley ética es capaz de enunciar un deber dirigido a la propia voluntad, para dar al actuar de su autor, la universalidad que los datos de la conducta puedan prescribirle obligatoriamente. Pero la voluntad debe ser una voluntad autónoma, dependiente de todo otro objeto que la pueda inclinar a actuar; debe ser aquella voluntad se sujete a sus propias leyes. La autonomía para Kant se basa en la libertad de un proceder universal en su propia acción. La voluntad no se mueve hacia fines que no realizan, que integran la máxima universal de un proceder para sí mismo y para los demás. La voluntad no en este sentido debe respeto a la ley que ha querido su autor prescribir a su conducta. De respeto a la ley prescrita debe nacer o debe surgir una convicción, ya que si la voluntad es condicionada por un objeto o es motivada por una tendencia o sentimiento, deja de ser autónoma para convertirse en heterónoma. Sólo una voluntad autónoma y libre, es capaz de enunciados universales para que la conducta del hombre pueda elevarse a máxima de observancia universal. La voluntad autónoma y libre es la que funda el deber para realizar una acción por respecto a la ley moral. La máxima normativa de la voluntad, es la

que queriéndola el sujeto que la va a observar, la puede convertir al mismo tiempo en ley de observancia universal. Así, mantener la palabra dada, contiene la universalidad ideal que constituye la estructura del principio que debe ser mantenido de una manera constante y uniforme. Si bien la tesis de Kant es brillante, adolece en la base de su estructuración de la fragilidad que su inapropiada fundamentación le ha dado; pues trata de fundar el deber en una estructura universalizable de los datos volitivos. Desconoce que sólo una idea de bien puede obligar a la voluntad, y que ésta no crea sino que se inclina por el deber que se funda, no en simple "querer", sino en el bien. En este sentido nos parece oportuno transcribir, por coincidir con el nuestro, el pensamiento de Preciado Hernández, quien dice¹⁸: "Aquí es donde se hace evidente la contradicción del sistema kantiano; pues la universalidad, como pura forma, reclama un contenido, y como no todo contenido es universalizable, lógicamente tenemos necesidad de un criterio conforme al cual podamos determinar las reglas subjetivas (o máximas de la voluntad) que pueden convertirse en principios de una legislación universal, criterio que no puede ser el de la propia universalidad. Será entonces ese criterio, o en último extremo la misma idea de universalidad, el fundamento del deber, fundamento que por su propia naturaleza no puede ser subjetivo o inmanente a la voluntad, sino objetivo y trascendente, y en éste sentido heterónimo".

5.2. TEORIA DEL DEBER COMO INFLUJO MOTIVADOR DE LA SANCION.

Kirchman y Hold Von Ferneck han sostenido, por otra parte, que no basta la condición libre del hombre para obedecer la prescripción de un deber; que no basta la autonomía de la voluntad ni la convicción de la misma; que el hombre solamente puede ser obligado heterónicamente por una voluntad que no sólo le prescribe, sino que le imponga ese deber. El hombre en ese sentido puede ser constreñido a realizar el bien y a evitar el mal. Un deber efectivo será aquel que establezca recompensa por los méritos y castigos, por los deméritos de las conductas de los hombres, que motivan en la conciencia de los obligados la realización de una conducta prescrita. La

¹⁸ PRECIADO Hernández Rafael Lecciones de Filosofía del Derecho. (Jera. Ed.) página 82 Edit. Jus. México, 1960 s/p.

amenaza de la sanción sobre la conciencia de los sujetos, es lo que les puede obligar para realizar una conducta debida. No es la convicción lo que les hace realizar los actos debidos, es la amenaza sancionadora. La amenaza es lo que obliga en la conciencia psicológica de un sujeto a cumplir el deber independientemente de su convicción moral o de su convicción religiosa, o de cualquier otro contenido de carácter ético que la pudiera constreñir a la obediencia espontánea de lo preceptuado; es el temor a la sanción y no la libre voluntad lo que fundamenta el deber de esta teoría. La cual, por tener un fundamento psicológico parcial, es errónea; pues tal parece que los motivos tienen como consecuencia únicamente infundir temor. Desconocen estos autores que un motivo puede ser un dato influyente, no solamente de miedo, sino también de rencor, de odio, de alegría, y hasta de felicidad en el sujeto que lo experimenta. Preciado Hernández¹⁹ observa además, que "el temor a la sanción o influjo motivador, puede variar de una conciencia a otra, hasta faltar totalmente; y si fuera exacta esa teoría, de igual manera se modificaría el deber correspondiente, hasta llegar a desaparecer en la conciencia de un hombre depravado.

Esto sin tomar en cuenta, que siendo la sanción una consecuencia de la obligación, no podría ser al mismo tiempo su principio".

5.3. TEORIA FENOMENOLOGICA DEL DEBER.

La exigencia del deber para la fenomenología supone un acto que ordena, dirigido a una voluntad, y que quien lo ordena lo puede hacer, o bien investido de una autoridad, o conforme a una tradición determinada. Para Herbart toda idea del deber se funda en la imperatividad de una orden. Todo imperativo a de partir de la posible realización de un valor como fundamento de una dependencia que descubre en el obligado un movimiento de oposición, a través del cual se trata de concretizar las ideas de lo bueno o de lo malo, de la virtud o del vicio. El deber prescribe una conducta de cierta índole al acto de la voluntad realizadora, se proyecta en una vivencia como distinto de los demás actos, pero idéntico en su contenido con los actos de voluntad que realizan el valor. Toda norma deriva de los contenidos intuitivos de lo bueno y de lo malo, una fundamentación racional reducible a la autoridad de la cual emana el deber. A

¹⁹ Ibid. p. 81.

todo corresponde un valor, datos ambos que referidos a la conducta integran las prescripciones del deber de lo justo y del deber de evitar lo injusto, contenidos en mandamientos y en prohibiciones normativas. Otra condición para la orden del deber es que quién ordena, mandando o prohibiendo, descubra en aquel a quien manda una tendencia contraria u oposición a lo que idealmente debe ser, o una tendencia afín a aquello que idealmente es indebido; este fenómeno de la posición moral es una consecuencia necesaria de la relación entre lo mandado y el contenido de la orden, pues el hombre no necesita de la enunciación de un deber cuando realiza actos que intuye como buenos. El deber surge como un dato necesario en la orden, cuando ésta tiende a evitar lo malo prescribiendo lo bueno y prohibiendo lo malo, incluyendo dentro de este concepto toda especie de ofensa. Sin embargo, hay que tener presente que no siempre es bueno lo que pueda mandarse y malo lo que pueda prohibirse; pues los imperativos y las normas pueden variar aún fundándose en los mismos valores, expresando cosas opuestas, según la dirección original de la tendencia del sujeto destinatario de la orden. En este orden de ideas Scheler afirma²⁰: "Hay, desde luego, tipos humanos a quienes les resulta muy difícil aprehender los valores de los demás, y aún más difícil aprehenderlos como los valores propios; y, por tanto, más difícil se les hace obrar en la dirección de las exigencias ideales que se construyen sobre esos valores. De otra parte, hay, indubitablemente, tipos humanos también que sufren, por ejemplo, de una morbosa manía de sacrificio, y que sólo gracias a cierto esfuerzo pueden hacerse guiar por los valores propios. Claro está que a los primeros se aplica, necesariamente, el principio: "conviértete a los valores de los demás y cuida, ante todo, de los demás"; en cambio, a los segundos les es necesario este otro principio opuesto: "mírate a tí mismo y cuida por tí antes de cuidar de los demás".

La pluralidad de mandatos y prohibiciones generalmente es síntoma de que el sentimiento de los valores a que hacen referencia se ha ido obscureciendo o ha tomado un rumbo diferente; así, pueden regir normas diversas para los diferentes sectores de una población, si ésta se integra de elementos que tienen distintas condiciones vitales, culturales, o raciales. La identidad de valores no es razón para que deban valer para todos los hombres idénticas normas. Los mismos valores pueden

²⁰ SCHELER Max, Etica. Nuevo Ensayo de Fundamentación de un Personalismo Etico, traducida del Aleman por Hilario Rodriguez Zanz, Tomo I, página 277, Edit. Revista de Occidente, Madrid, 1941.

fundar normas diversas, sin que su objetividad e identidad sean objetables. El contenido de las normas se integra con dos factores: el de los contenidos que se relacionan con el "deber ser ideal"; y el que alude a la dirección fáctica de la tendencia que explica la selección de los mandatos y prohibiciones. Todo deber de carácter imperativo, por lo tanto, supone una tendencia sobre la que recae la orden fundada a su vez, en él "deber ser ideal", que parte de la consideración axiológica. Todo deber implica la obligación de un hacer, todo hacer se indica siempre a una persona determinada; así norma y deber no sólo se reducen a los conceptos de medios de una relación para el logro de un fin dado, sino que el fin tiene carácter obligatorio cuando lleva contenido un valor; la acción mediante la cual una persona muestra su obediencia a un deber tiene más valor, cuanto mayor es la resistencia que ha de vencerse respecto al mandato en que es dado lo idealmente debido, puesto que un imperativo no tiene sentido si hay una inclinación de parte del obligado para realizar la acción por él exigida; todo mandato tiene la justificación porque supone una tendencia contraria a lo mandado y a su contenido fundado en un "deber ser ideal" que parte de un valor, y sólo con él se justifica.

5.4. TEORIA DEL DEBER A LA LUZ DEL PENSAMIENTO TRADICIONAL.

Para el pensamiento tradicional la norma es un juicio imperativo del valor que expresa una relación de necesidad moral que se dirige a la voluntad. Esta exigencia racional que rige la conducta y es conocida por el entendimiento humano, constituye la estructura de la norma y le llamamos deber. Según Gastón Sortais²¹, el deber es la obligación de hacer el bien. Especifica que debe entenderse por obligación una coerción moral, no necesariamente de carácter físico, que ejerce la idea de deber sobre la facultad volitiva del ser racional, y sobre las inclinaciones de su propia sensibilidad. Para el pensamiento tradicional el fundamento del deber reside en la idea del bien racional. La finalidad intrínseca de los seres creados, entre los cuales figura el hombre, sirve de fundamento a tal idea, pues el bien consiste en realizar esa finalidad inserta en la naturaleza humana, actualizando ordenadamente sus potencialidades, en lo

²¹ PRECIADO Hernández Rafael, p. 80, ob. Cit.

cual radica su perfeccionamiento. Así, que al conocer el hombre los actos que lo perfeccionan, se reconoce obligado a realizarlos; con lo cual el deber se funda en la idea del bien, en la naturaleza humana que sirve de base a tal idea, y en último término o fundamento último, en el autor de esa naturaleza.

El deber integra, junto con los conceptos de persona y de bien, lo que se ha dado en llamar los datos reales o contenidos de la norma. La persona entendida como el sujeto de la amputación del orden normativo; el bien como el objeto formal de la actividad, que perfecciona a la creatura humana; y el deber como la necesidad moral para el ser racional de realizar los actos conducentes a su bien. Entendida la norma jurídica como un vicio de valor que con carácter imperativo establece un orden o coordinación de las acciones de los miembros de una comunidad, de acuerdo con la concepción del pensamiento tradicional, que el deber jurídico persigue el perfeccionamiento de lo social, el bien común, a través de la justicia y la seguridad. Por tanto, la estructuración real de la norma jurídica, se traduce en prescribir la conducta social debida de acuerdo con los datos objetivos de la justicia. La justicia entendida como una relación alterativa de igualdad ordenada al bien común; pues en la relación de justicia se establece siempre una relación de alteridad; esta relación se expresa jurídicamente como una facultad o pretensión frente a una obligación, como una pretensión frente a un deber, como la exigencia de realizar una conducta por parte de un sujeto frente a otro. La alteridad de la relación jurídica, funda racional y objetivamente, conforme al bien, la realización de una conducta social necesaria.

5.5. RELACIONES ENTRE VALOR, DEBER, Y FIN.

El acto humano, en sus manifestaciones externas, implica el enfoque de los valores desde el punto de vista de las intencionalidades inter-subjetivas²². La conducta humana interesa al derecho en sus manifestaciones y en sus imputaciones que en una dirección dada puedan recaer sobre los hechos con imputaciones teleológicas que el sujeto actuante inserta en su conducta. Las valoraciones que el sujeto da en su conducta, determinan su actuar y su finalidad. El sujeto inserta en su conducta el sentido

²² Ibid. p. 106.

que da a su intencionalidad, determinando una escala de valores dentro de la dimensión práctica en que el derecho establece un clima intencional de libertad. La conducta para el derecho se ajusta a valoraciones determinadas en un proceso cultural dado. La intencionalidad de la conducta prescrita, puede ser conocida o no por el que la va a obedecer; pero sus alcances y consecuencias no pueden dejar de desconocerse por el obligado.

Para el derecho, sólo las conductas relevantes de carácter externo son tomadas en cuenta en la ordenación normativa. La conducta es permitida, es ordenada, es facultada, o es prohibida, si tiene significado externo y alterativo. Es obligatoria aquella conducta que marca una dirección de carácter alterativo enfocada a valores de justicia que rigen los comportamientos que adoptan las personas dentro de un estado, dentro de la sociedad, y dentro de una situación de derecho. Así, el actuar de uno fundamenta y limita las actuaciones y las potencialidades del actuar de otro en vista de un fin superior, el bien de la comunidad que es trascendente y necesario. La conducta que impone el derecho como obligatoria, pretende realizar el fin de la sociedad, el bien de la colectividad; por eso se prevén las consecuencias y se limita la responsabilidad de quienes actúan dentro de la sociedad; así la técnica jurídica tiene como fin provocar un comportamiento y un proceder de acuerdo con la justicia, limitando la actuación de cada uno para que funcione la libertad de los demás²¹. El deber se justifica en razón de un fin valioso de carácter objetivo y externo, la voluntad legisladora encuentra medida y orientación para regir las relaciones de los miembros de la sociedad; el derecho objetivo trata de justificar, de prescribir y circunscribir el sentido de la actuación del ser racional; no le importa al prescribir deberes la realidad tal como se presenta, pues lo que es relevante para él es la realidad tal y como debe ser a la luz de principios universales y de criterios racionales. Los valores individuales y sociales, así como los valores espirituales y materiales, deben encontrar su objetivación en el derecho. El derecho debe ser un instrumento de perfeccionamiento y armonía humanos que, de acuerdo con el sentido de la "cultura", exprese un medio externo que condicione la realización digna y plena de la creatura humana proyectada a su conducta en relación con los demás. El deber prescribe una conducta, que de acuerdo con los valores perfecciona al ser racional. El fin se presenta a la conciencia del ser racional como un imperativo que atrae su atención, y provoca la búsqueda de los medios más adecuados para

²¹ PRECIADO Hernández Rafael (Tesis Recepcional) p. 243.

obtenerlo. La conducta debida representa aquello que se considera valioso y que debe ser realizado por los miembros de una colectividad, integrando un orden armónico entre el campo de lo individual y el campo de lo social, cuyo cumplimiento está encomendado al Estado. El Estado en este caso es la representación del poder de la comunidad en su intención externa y objetiva²⁴.

Tomando al derecho como función imperativa-atributiva, pues el derecho es un medio al servicio de un fin valioso; pero ese fin no integra la esencia del derecho, pues sólo le compete el regular el ejercicio de la coacción, tipificando las conductas para la ordenación debida de la convivencia humana.

5.6. VALORES QUE REPRESENTAN UN PRINCIPIO UNIVERSAL PARA LA REGULACIÓN DE LO SOCIAL.

Para Hans Kelsen, las normas jurídicas se justifican dentro del orden que integran; su validez y su eficacia omiten cualquier valor en que puedan estar fundadas, pues toda consideración axiológica es ajena a la misma esencia de la norma. La esencia de la norma para Hans Kelsen es la coacción. El derecho es un orden coactivo que prescribe y regula la conducta en funcionalidades imperativas. Como función imperativa-atributiva, el derecho es un medio al servicio de un fin valioso; pero ese fin no integra la esencia del derecho, pues sólo le compete el regular el ejercicio de la coacción, tipificando las conductas para la ordenación debida de la convivencia humana²⁵.

El valor que se postula en el derecho como fin, para Hans Kelsen representa una exigencia política o una meta ética, que si bien señala una diferencia en la conducta del hombre, fundándose ésta en juicios de valor, tales juicios trascienden a la naturaleza del derecho y se conectan con las esferas de la ética, de la política o de la sociología. El derecho sólo puede ser integrado por elementos no ideológicos, por elementos sin ninguna referencia metajurídica, libre de toda clase de juicios

²⁴ CARRASCO Y CHAVEZ Jesús, Valores y Fines del Derecho, (Tesis Recepcional), p. 56, 1era. Edición, Seminario de Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica de la Facultad de Derecho, México, 1963.

²⁵ KELSEN Hans, Teoría General del Estado, 1era. Edición, traducción de Luis Legaz y Lacambra, páginas 55 y 62.

axiológicos, éticos, o políticos; pues el derecho es una técnica específica, la técnica del orden social. En esta teoría se reduce al derecho a una ordenación social enfocada desde el punto de vista de la técnica, y no a un problema axiológico, debido a que no implica ninguna valoración de la conducta. Siendo el derecho un orden de la conducta social, se proyecta como un conjunto de normas cuyas relaciones son fundamentales o de la esencia del derecho. Los valores a los que está dirigido el derecho instrumento, para este autor son ajenos al problema mismo de lo jurídico. Para Kelsen, la justicia es ajena al derecho, pues todo orden jurídico vale autónomamente de la forma de todos los posibles contenidos, y no es factible una restricción o una dirección, pues el derecho no es una creación de la justicia, es una técnica social que se basa en la experiencia humana, que puede ser justa o injusta, pero cuya razón de validez sólo se encuentra en la norma básica que es independiente de toda especulación metafísica y de los enfoques posibles del derecho natural. En fin, para Hans Kelsen, el derecho es un orden coactivo.

Hans Kelsen, de la vis directiva, y de la vis coercitiva del derecho, sólo considera su vis coercitiva, sin atender a ningún otro aspecto, sin tomar en cuenta que la conducta humana no se rige exclusivamente por las reglas de la lógica, sino que tiene una esencia eminentemente teleológica. En realidad, las normas jurídicas prescriben de una manera necesaria lo que se debe hacer para alcanzar un determinado valor; sin que esto implique desconocer que regulan la conducta humana ordenándola adecuadamente como instrumentos, a los valores en que se fundan. El derecho regula la conducta humana en función de un determinado fin, y fundamenta en un sólo valor todo deber de carácter objetivo; lo que significa que todas las normas jurídicas deben perseguir un fin. Para el derecho, la consideración de que éste es un medio, no basta; pues debe abordarse el problema de si el derecho tiene un fin específico, y el de la importancia que tiene su instrumentalidad en la consecución de ese fin. Así, admitiendo en lo personal la afirmación Kelseniana de que el derecho es un instrumento, sostengo que debe aplicarse análogamente la distinción que tradicionalmente se hace entre el fin propio del instrumento y el fin de quien utiliza el instrumento. Kelsen, no considera sino que confunde los finis operis con los fines operantis. Todo instrumento posee un fin propio en razón del cual se califica de bueno o de malo, no siendo el instrumento explicable ni justificable sino en función de su fin. La perfección o

imperfección del instrumento se mide en proporción a la capacidad del instrumento para realizar su fin propio. En este orden de ideas, continuó: "Es sobre este fin propio del instrumento en el cual se apoyan los fines de quien los utiliza. Los finis operantis cabalgan por decirlo así sobre los finis operis; pues si bien, un arma de fuego que no dispara puede ser utilizada como un mazo para golpear, es evidente que en tal supuesto deja de ser el instrumento llamado arma de fuego, de manera que como tal arma de fuego, sólo se le puede utilizar en relación con su función o fin propio que es disparar con más o menos precisión. Cabe, pues, distinguir el fin intrínseco, inmediato, esencial del instrumento, de los fines extrínsecos, mediatos que no son propios del instrumento sino de quien lo utiliza".

El derecho como instrumento no carece de un fin esencial, intrínseco y específico de acuerdo con su estructura, independientemente de quien lo utilice lo haga en función de fines subjetivos. El derecho como instrumento tiene un contenido, el acto humano al cual rige, que se proyecta en la vida social en relación con los principios éticos universales que regulan la conducta del hombre en sociedad, los cuales se fundan en valores cuya realización se efectúan de acuerdo con las exigencias racionales del hombre. La razón última que funda la relación de finalidad en el derecho, es que este rige conducta humana, la cual es esencialmente teleológica. En todo acto humano lo primero es el fin, motor determinante de la acción la cual resulta instrumental con referencia a aquel. En el derecho el fin es el objetivo perseguido con el acto prescrito. El acto prescrito en la hipótesis normativa es el instrumento medial de los fines del derecho, los cuales solo pueden justificarse fundándolos en valores, así estos valores, juntamente con la técnica de las reglas sociales fundan la convivencia del ser racional y determinan el contenido de toda norma externa que pueda calificarse en jurídica.

5.6.1. El bien común.

Para Gustavo Radbruch,²⁶ las vivencias de los hombres y la presencia de las cosas se nos muestran tenidas de valor o ausentes de él, de una manera objetiva. El derecho en ésta consideración sólo es intellegible dentro de la dimensión de la conducta humana impregnada de valor

²⁶ RADBRUCH Gustavo, *Filosofía del Derecho*, 4ta. Edición, página 7, Editorial Revista de Occidentes, Madrid, 1959.

y de sentido. Por tanto, el derecho es un producto cultural, que se relaciona siempre con un valor.

Partiendo de esas consideraciones, trataremos de delucidar aparte de la noción del bien común, las relaciones que éste valor tiene con el propio derecho. La conducta integra el objeto propio regido por el derecho, el que expresa un deber representando en reglas imperativas fundadas en la idea de bien. La conducta humana, al constituir el contenido de una regulación social, siempre se refiere a un querer que se exterioriza y que es objeto de una valoración la cual se hace en función de un bien. La voluntad se mueve siempre en orden a, un bien; por eso afirmo yo, que el bien es el objeto formal de la voluntad, sin el cual aquella no se movería. Sin embargo, el bien objeto formal de voluntad no es un concepto unívoco sino análogo. Los bienes y los fines se presentan en una gradación, del mismo modo que las realidades son iguales. La noción del bien sólo se realiza plenamente en los analogados principales (soberano bien, bien ontológico y bien honesto) y por proyección a participación en los analogados secundarios (bien deleitable, bien útil y depositario de bien) Desde este punto de vista la idea de bien no es independiente de la realidad, sino que es la misma realidad en trance de perfeccionamiento. Es el ser en cuanto pone en juego sus potencialidades para actualizarlas. Por eso se dice que el bien es lo que perfecciona al ser, la realización de sus potencialidades.

El bien común, es una especie del bien como criterio racional constituye el término final de la sociedad como entidad vinculante. La sociedad implica la unidad que un todo ordenado a satisfacer la exigencia gregaria, el instinto social de la naturaleza humana.- El bien común no es susceptible de realizarse por un sólo individuo, implica un orden dentro de la vida social, una regulación jurídica que lo organice, una autoridad que lo promueva, un estado que lo garantice y, sobre todo, una comunidad que existencialmente lo realice. El bien común, integra la unidad social en tanto supera, coordinandolos, los interesantes opuestos de los miembros de la comunidad. Es decir, implica la organización social condicionante del desarrollo de cada individuo en su vida solitaria. El bien común puede contemplarse desde dos puntos de vista diferentes: El bien común que compete a los individuos asociados y al bien común de la colectividad; para todo bien común representa una condición primordial para que el ser racional logre su perfeccionamiento; es el bien de los individuos en sociedad, y no el de cada uno de ellos considerados como entidades separadas. El bien común se acrecenta en función de que la colectividad conserve su

unidad solidaria, y agrupe sus operaciones en los diversos módulos en que el principio de justicia puede ser proyectado a las indigencias de una comunidad dada en un tiempo determinado. Sin embargo, el bien de los individuos y el bien común, no son nociones que estén alejadas una de otra, pues se fincan y relacionan en la consideración de que la sociedad no tiene otra razón de ser que la socialidad del hombre.

En este sentido hombre y sociedad, no son mas que dos dimensiones en que el ser racional se proyecta, por la comunidad y el bien común que ella conserva, procura y acrecienta, son necesarios para el desarrollo del perfeccionamiento de la persona humana, a la cual no se puede eximir de la obligación de contribuir al sostenimiento y al desarrollo del grupo social en que se encuentra inmerso. La sociedad, al exigir la cooperación de los individuos, se justifica si ordena sus recursos para garantizar la existencia de un ambiente adecuado que facilita al individuo su perfeccionamiento. Para Francisco González Díaz Lombardo,²⁷ el bien común es la contribución de todos; sin que se quiera decir con esto que la sociedad es la mera suma de los individuos que la componen, pues de acuerdo con la tesis de este autor, es una entidad específicamente diferente. Todo sistema jurídico se apoya en la concepción del bien común, pues este pone en juego la función del hombre en relación a un orden que facilite sus relaciones sociales conforme a los lineamientos de la justicia. Así catalizan nuestra posición al afirmar que el bien común es un conjunto organizado de condiciones sociales para que faciliten a la persona humana cumplir su destino material y espiritual. Esto implica que la participación de cada hombre en la sociedad, se hace en función de la distribución racional de las cargas y beneficios que impone y reporta esa sociedad, distribución que debe hacerse conforme criterios de equidad y de justicia.

5.6.2. La Justicia.

Como mi propia conclusión "La justicia es un criterio práctico que expresa la armonía e igualdad postulados por el orden ontológico, en cuanto este se refiere al hombre". Pues de que se trata de un principio destinado a dirigir la acción, la justicia es un criterio práctico. Al coordinar las acciones entre los hombres, y ordenarlas

²⁷ RECAISENS Siches Luis, Vida Humana, Sociedad y Derecho, 3era. Edición, p. 57, México.

al bien común, la justicia proyecta los principios de armonía e igualdad como expresiones de desequilibrio que implica la naturaleza sociable, racional y libre del hombre. Para Platón y Santo Tomás²⁶ la justicia implica una relación alternativa. La justicia mide una relación externa en la cual una persona siempre encuentra puntos de referencia con un semejante y de ellos desprenden sus exigibilidades y sus facultades prácticas. En este sentido se dice que se ajustan las cosas que se nivelan o que se igualan, la igualdad, y la igualdad en las relaciones humanas suponen diversos niveles o planos en que un potencial equilibrio los puede regular. La función alternativa de la justicia considera a las unidades personales, de acuerdo con su estructura ontológica, imperándoles reconocer y respetar a cada quien "los suyos". Lo suyo de cada quien es, en primer lugar, la unidad biológica, espiritual que integra a la persona humana; y luego, sus actos. Esto dentro del juego atributivo que como criterio regulador adecúa en un orden social al hombre frente al hombre. La justicia exige la armonía en la vida de relación, es decir, coordina los actos de los hombres entre sí como integrantes de la sociedad, sometiéndolos a las exigencias del bien común. La ordenación de los actos humanos supone un criterio de igualdad entre el trato de seres racionales y libres; por eso se dice que lo justo es lo que se iguala. Pero la justicia no es solo la igualdad cuantitativa, sino también la igualdad cualitativa, es decir, la igualdad vista a luz de un criterio axiológico, sin perder de vista el fundamento ontológico y racional bajo el cual debe ser contemplado.

Desde el punto de vista axiológico, la justicia posee un valor condicionante de la convivencia humana, valor que rechaza que dentro de las relaciones específicas de la vida social, una persona quede subordinada a la voluntad de otra; pues reconoce la misma capacidad y la misma responsabilidad en las personas que intervienen en la relación jurídica, la cual permite unificar los elementos alternativos de la misma. La justicia permite fijar los límites dentro de los cuales la actividad de cada uno puede desarrollarse sin chocar con las de los demás, o bien concurrir con la de estos para alcanzar fines comunes, evitando toda fricción entre los individuos que integran la sociedad sin menoscabar su dignidad y sin desconocer el valor de sus actos. Para la realización de la justicia como fin específico del derecho, deben determinarse las instituciones, los órganos y los instrumentos adecuados, pues depende de la extensión del deber o de la facultad que se les atribuya,

²⁶ PRECIADO Hernández Rafael, p. 209 ob. Cit.

la posibilidad de su cumplimiento y la eficacia del derecho positivo.

La justicia como principio regulador, fija límites a la voluntad del legislador, y a la voluntad del pueblo expresada en sus costumbres por ser un criterio axiológico, constituye un presupuesto a la priori real de todo derecho positivo. La exigencia axiológica de la justicia limita y define la vida social y sirve de fundamento a la estructuración del derecho; sin ella la convivencia humana no tendría razón de ser²⁹.

La justicia es principio esencial en la elaboración del derecho, el punto de partida más efectivo para el progreso de un ordenamiento jurídico positivo, para su interpretación, su aplicación y su integración. El derecho como estructuración de la vida social, debe consagrar un mínimo de justicia, armonizando y equilibrando las fuerzas sociales. Podemos decir con Manuel Ulloa³⁰ que la justicia es la virtud moral por la cual somos constreñidos a dar a cada quien, lo que según sus exigencias ontológicas le pertenece para su subsistencia y perfeccionamiento".

La justicia impone a todo orden jurídico vigente dos exigencias básicas: la primera implica el reconocimiento por parte del legislador de que cada hombre tiene las mismas oportunidades para llevar a cabo actividades libres de toda traba; este elemento afirma la libertad de cada ser racional en tanto responde de sus resultados buenos o malos de su conducta, en función del perfeccionamiento que el derecho condiciona en cada caso concreto; la segunda implica que esa libertad debe de tener límites ante la presencia de hombres que gozan de esferas de acción análogas, desde el punto de vista de la idea de igualdad, conforme a la cual la actividad de todos los hombres debe ser reconocida por el derecho y en la misma forma, osea exigiendo un trato adecuado a su naturaleza racional.

La justicia puede ser considerada en dos de su aplicaciones: como justicia legal, y como justicia particular, según se refieren los actos humanos a la estructura social y al bien común de la sociedad, o a los intereses y bienes de los particulares. La justicia legal regula los derechos de la sociedad, determina los actos debidos por todos y cada uno de los miembros de la comunidad en orden al bien común, por lo que también se le ha llamado justicia general.

²⁹ CATHREIN Victor, Derecho Natural y Derecho positivo, 2da. Edición, p. 44 a 46 y 49.

³⁰ ULLQA Manuel, Notas en torno al Derecho Natural, Número 61 de la Revista Jus, Agosto 1943, México.

La justicia legal comprende la exigencia de que cada miembro de la sociedad ordene su conducta al bien común, pues tanto la justicia general como la legal "rige, tanto los deberes de los ciudadanos frente a la autoridad como representantes de la comunidad, como los deberes de los propios gobernantes, dado que también ellos están obligados a actuar de acuerdo con las exigencias del bien común. El sujeto titular del derecho, el sujeto activo en las relaciones que rige la justicia general o legal, es siempre la comunidad como persona jurídica colectiva, y el sujeto pasivo u obligado, es el individuo, ya se le considere en su calidad de ciudadano o de gobernante; tanto gobernantes como gobernados justifican sus acciones en la vida social cuando aquellas están de acuerdo en las exigencias que el bien común plantea en un grupo determinado. La sociedad es en este caso el sujeto titular de la exigibilidad que la justicia general imputa a la comunidad, siendo los miembros de ésta los sujetos pasivos, quienes por un dar, un hacer, un no hacer, o un omitir, cumplen con sus deberes jurídicos, correlativos de los derechos de la sociedad.

La justicia distributiva considera la calidad de los miembros de una sociedad, para asignarles la participación que les corresponde en el bien común. Las tareas, las cargas, las acciones que los individuos deben realizar, tienen como mira final el bien común a distribuir, considerando que no todos los particulares tienen la misma categoría ni calidad humana cuando contribuyen a dicho bien; por tanto, la misma proporción en que lo hacen deben ser considerados al distribuir los bienes y los honores.

La justicia conmutativa rige las operaciones de cambio y las relaciones en que se comparan, más que las personas, los objetos de la relación, buscando su equivalencia. Se dice que la justicia conmutativa prescinde de los sujetos, porque el carácter de éstos no determina la equivalencia entre los objetos que se comparan; sin dejar de reconocer que jamás se dan relaciones jurídicas sino entre personas, por considerar a estas situadas en el mismo plano, parece que hace abstracción de ellas, pues fija su atención principalmente en determinar la equivalencia entre los objetos de la relación.

5.6.3. La seguridad.

Radbruch afirma¹¹: "Los conceptos jurídicos a priori tienen que poder derivarse del concepto a priori del derecho". Para este autor la seguridad supone la concepción de que el derecho y el Estado no son idénticos, supone más bien que el orden jurídico se enfrenta con el Estado como un mundo que posee legalidad propia. La justicia y la seguridad exigen generalidad e igualdad de normas respecto a todos aquellos que se encuentran sometidos a ella, cuya validez justifica todo el derecho positivo de un Estado. No desconoce que el derecho se inserta en el Estado como otros valores culturales como la ciencia y el arte. Pero esta inserción se hace con la legalidad que al derecho le dan sus propios fines, pues el orden jurídico es en el Estado un instrumento para el logro de su propio fin. Este autor presupone para la seguridad la existencia de un ordenamiento jurídico eficaz. El orden jurídico debe reconocer y proteger prerrogativas a los particulares, en lo que toca a su estructura ontológica, a sus actos, a su propiedad, aún frente a los que detentan el ejercicio de la autoridad. Esta protección da el sentido de garantía al orden jurídico, y a su vez define el elemento esencial de la seguridad. Si se conceptúa al orden como la unidad de lo múltiple, en el derecho se proyecta una subordinación de medios a fines, tomando en cuenta que se trata de regular la conducta humana que es esencialmente teleológica. El orden jurídico subordina los instrumentos legales y determinados actos a los fines justos constitutivos del sentido del derecho, como garantía de la convivencia de los hombres en sociedad.

La vida del hombre en común nos lleva a la reflexión de que la garantía que la seguridad jurídica expresa, debe fundamentar las condiciones de existencia de la propia sociedad. La realización de las condiciones de existencia de la sociedad debe ser eficazmente asegurada por la fuerza pública del Estado, pues la convivencia organizada exige la adecuada protección de los bienes y valores que postula y que hace efectivos mediante su poder sancionador¹².

El concepto de seguridad no puede realizarse si no se logra la paz social, pues la paz social es la expresión de un orden eficaz y justo. La paz social a la luz del concepto de seguridad es la garantía que produce el orden

¹¹ RADBRUCH Gustavo, p. 164 op. Cit.

¹² VON Ihering Rudolf, El Fin del Derecho, 1era. Edición, p. 210 a 214.

jurídico, ya que éste se traduce en la tranquila convivencia de los miembros de una comunidad. La paz social sólo existe donde la actividad de cada uno de sus miembros de una comunidad se limite en función de criterios de libertad y justicia. Un orden requiere que los gobernantes y los gobernados se comporten de acuerdo con los lineamientos de la justicia, la cual fundamenta la eficacia que la seguridad postula. La paz social favorece el progreso de los miembros de una comunidad. El progreso de los individuos en sociedad es fundamentalmente la participación de los mismos en el bien común, de una manera constante y positiva respecto de la realización de los valores sociales.

El orden jurídico, como garantía de seguridad, por tanto, debe ser cumplido en la generalidad de los casos, para que la convivencia humana auténtica pueda ser una realidad. Desde este punto de vista, la idea del orden, al deslindar la esfera de actividad de cada sujeto, establece la armonía social de acuerdo con la justicia. El orden jurídico realiza la seguridad en tanto es eficaz y justo. Pues un orden legal injusto se opone a las exigencias racionales que garantiza la existencia misma de la sociedad.

La seguridad en la vida de relación es la necesaria exigencia que la convivencia humana postula para el perfeccionamiento del ser racional, dentro del justo equilibrio que las exigencias solidarias apuntan para el progreso y la paz social. Así Delos dice¹³: "La seguridad jurídica es la garantía que el orden social establece para que la persona, sus bienes y sus derechos no sean objeto de ataques violentos; y que si estos llegan a efectuarse, le sea concedida protección y salvaguarda por parte de la sociedad y, por tanto, por parte del Estado". La seguridad jurídica sólo se explica y se justifica bajo condiciones de paz, garantía y orden, exclusivas dentro del pensamiento de Radbruch, quien al respecto expresa¹⁴:

"Justicia y seguridad están sobre la oposición de las concepciones en torno al derecho y al Estado, por encima de la lucha de los partidos."

¹³ J.T. Delos, Los Fines del Derecho, Iera. Edición, traducción de Daniel Kuri Breña, p. 177, Imprenta universitaria, México.

¹⁴ RADBRUCH Gustavo, p. 96 op. Cit.

5.7. LAS RELACIONES DE ESTOS VALORES ENTRE SI.

La conducta humana, como ya apuntamos, es eminentemente teleológica. Un orden que regula conducta humana, será orden que regule fines humanos. Si la determinación de los fines éticos que como mínimo de expresión debe tener el derecho, se encauza hacia valores, estos deben ser los principios fundamentales de la conducta humana, los valores fundamentales de la conducta humana para ser realizados. El concepto de derecho es un concepto referido a un valor; por ende, en un concepto cultural. La conducta del hombre se regula sobre el reconocimiento de que sus impulsos llegan a integrar en su vida solidaria la idea del valor jurídico. La idea de todo valor jurídico tiene su expresión última en la justicia. Sin embargo, el reconocimiento de la realidad del hombre en su tratamiento y sus relaciones iguales con los demás hombres, hace derivar los fundamentos del contenido del derecho de tres valores que en la vida social resultan fundamentales respecto de los miembros de una comunidad dada. Así las relaciones de justicia no pueden consistir en el mero tratamiento de igualdad para los hombres y relaciones iguales, pues surge aún una concepción de justicia ahí donde se afirma que también el trato desigual a los desiguales es justo, es decir, ajusta una relación alterativa.

Radbruch, al esclarecer las antinomias del derecho no desconoce que, "La justicia nos indica, ciertamente, tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales, nada nos dice, empero, respecto del punto de vista desde el cual y primeramente se califiquen unos como iguales y otros como desiguales; determina además sólo la relación, pero no el modo del tratamiento. Ambas cuestiones sólo pueden resolverse con relación a los fines del derecho".

Radbruch considera que al lado de la justicia, la adecuación a un fin no se puede establecer en una forma unívoca sino relativa, de acuerdo con las diversas concepciones del derecho, relativismo que debe ser tomado en cuenta para ordenación de la vida común. A estas exigencias se les antepone una tercera cuestión, la de la seguridad jurídica, la cual exige un orden positivo; y así, dentro de ese orden positivo se debe establecer lo que es justo; pero roncea el concepto de la justicia con los conceptos de finalidad y de seguridad, y el legislador en un momento dado trata de resolver el problema acallando batallas jurídicas con una muy precaria solución política. Todos los valores parecen

igualmente exigibles, parecen tener la misma significación y su realización se hace necesaria de modo semejante.

La lucha política se establece por restar la preeminencia de un valor respecto de otro en la vida cotidiana, la necesidad de otorgar a uno, de acuerdo con sus exigencias, un sitio determinado y rechazar a los otros valores en oposiciones efectivas. El deber ser que cada valor postula, implica que entre los valores, uno debe ser el adecuado, el recto, el justo, el que se encuentra a propósito para resolver un problema humano; la noción que sobre la justicia se tiene, de absoluta y formal, contiene una solidez y validez universalmente fundadas; pero igualmente la seguridad jurídica antepone a dicho valor una exigencia de la que puede depender la existencia del derecho mismo; y así muchas veces se exige que la justicia y el bien común se sacrifiquen ante las medidas de la seguridad o bien que la justicia y la seguridad estén reñidas entre sí, mutua y coorrelativa, y al mismo tiempo se están contradiciendo, se están destruyendo, se están ubicando respecto a los otros en una jerarquía de preeminencia que representa la ingencia de exclusión respecto de los demás valores que en lugar de integrar un orden jurídico desquician la paz social.

Desde el punto de vista de la finalidad que Redbruch señala, el bien común como fin último de la sociedad y la justicia, como el valor propio del derecho, establecen pretensiones diversas, contrarias y excluyentes. En este sentido dicho autor dice: "La justicia significa igualdad y la igualdad exige universalidad del precepto jurídico; justicia generalizada en cualquier grado. Pero la igualdad no se da en la realidad; es siempre una abstracción desde cierto punto de vista de una desigualdad dada. Todo esto se nos patentiza en la lucha exigente entre la administración y justicia administrativa, entre las tendencias abstractas e individualizadoras en el derecho penal y en otros terrenos através de la contradicción entre las exigencias pedagógicas y disciplinarias en toda educación de masas. Esta relación de tensiones empero, es insuprimible".

Frente a estos valores, aparece contradictoria la seguridad jurídica; pues el derecho, se afirma, vale como tal sin la consideración de la justicia y del bien común; el derecho y la positividad nacen de un fáctum, la fuerza positiva que lo impone, lo establece y lo hace obedecer. Pero la seguridad jurídica no exime que los efectos jurídicos se cumplan, de hecho, también por exigencias razonables, en lo que toca a su contenido, aplicando la justicia para delimitar lo que cada uno tiene en

participación respecto del bien común; pues si se hiciera obedecer por la fuerza un derecho injusto, se haría fracasar la forma y la organización del derecho, separándolas de su vis fincada en la justicia y el bien común. La pugna entre los valores sociales para Radbruch se resolvería cuando se propusiera una división de trabajo para los tres principios según el papel que representan y significan en la vida social. Así se podría afirmar que la justicia, el bien común y la seguridad dominan conjuntamente al derecho, aunque en el campo límite de cada principio puedan surgir contradicciones. Sin embargo, Radbruch, confiesa que hay contradicciones que no se pueden resolver; pues la función de la filosofía no es hacer la vida fácil del hombre, sino presentar su problemática; así los tres principios aludidos podrían semejar una catedral gótica donde los materiales integran el edificio a base de pugnar unos contra otros, de propugnar su desplazamiento entre sí, tratando de establecer límites a su contradicción y a la tendencia de su desición.

Le Fur¹⁵ sostiene que la justicia y la seguridad, en el fondo no son antinómicas, pues constituyen dos elementos, dos momentos integrantes del bien común. Sin embargo, la seguridad y el bien común integran el aspecto sociológico del derecho, en tanto que la justicia representa el fundamento racional o ético de esos elementos, siempre se refiere a las relaciones que expresan vínculos inmateriales entre la conducta de las personas; no obstante esto, la seguridad jurídica implica las nociones del bien común y de justicia, pues no hay contradicción sino falta de precisión en la jerarquía de estos valores. El orden social tiene como finalidad última el bien común. El derecho participa del orden social, luego tiene como fin mediato el bien común; la seguridad da positividad al derecho, por lo que la fuerza o el poderío de un orden jurídico dado debe garantizarla; pero el mismo concepto de seguridad jurídica implica el reconocimiento de que la fuerza debe estar limitada por la justicia, ya que una fuerza que no se sirve a la justicia tiende a ser una fuerza anárquica. Por lo cual consideramos que seguridad, bien común, y justicia, son tres elementos del orden que como unidad los integra y los diversifica socialmente, reconociendo que se desenvuelven en torno al valor fundamental de la persona humana.

¹⁵ Ibid. p. 98.

CAPITULO VI

SEMBLANZA CRÍTICA SOBRE LA NECESIDAD DE ACEPTARSE A LA CUSTODIA EN NUESTRA LEY CIVIL.

- 6.1. Depósito Judicial en el Código Civil del Estado.
- 6.2. Análisis del Depósito Judicial.
- 6.3. Aplicación Judicial del Depósito Judicial.
- 6.4. Consecuencias del Depósito Judicial.
- 6.5. Casos en que da lugar el Depósito Judicial.
- 6.6. Propuesta.

6.1. EL DEPÓSITO EN EL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO.

En nuestro Código Civil para el Estado, es contemplado el depósito en título especial en una manera y en un concepto muy distinto de lo que nos atañe en esta tesis, sin embargo aludo a la conceptualización que hace el Código para dejar la duda de lado.

*TITULO OCTAVO
DEL DEPOSITO Y DEL SECUESTRO
CAPITULO I
Del Depósito*

2449.- El depósito es un contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble que aquél le confía, y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante.

2450.- Salvo pacto en contrario, el depositario tiene derecho a exigir retribución por el depósito, la cual se arreglará a los términos del contrato y, en su defecto, a los usos del lugar en que se constituya el depósito.

2451.- Los depositarios de títulos, valores, efectos o documentos que devenguen intereses, quedan obligados a realizar el cobro de éstos en las épocas de su vencimiento, así como también a practicar cuantos actos sean necesarios para que los efectos depositados conserven el valor y los derechos que les correspondan con arreglo a las leyes.

2452.- La incapacidad de uno de los contratantes no exime al otro de las obligaciones a que están sujetos el que deposita y el depositario.

2453.- El incapaz que acepte el depósito, puede, si se le demanda por daños y perjuicios, oponer como excepción la nulidad del contrato; mas no podrá eximirse de restituir la cosa depositada si se conserva aún en su poder, o el provecho que hubiere recibido de su enajenación.

2454.- Cuando la incapacidad no fuere absoluta, podrá el depositario ser condenado al pago de daños y perjuicios, si hubiere procedido con dolo y mala fe.

6.1. EL DEPÓSITO EN EL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO.

En nuestro Código Civil para el Estado, es contemplado el depósito en título especial en una manera y en un concepto muy distinto de lo que nos atañe en esta tesis, sin embargo aludo a la conceptualización que hace el Código para dejar la duda de lado.

*TITULO OCTAVO
DEL DEPOSITO Y DEL SECUESTRO
CAPITULO I
Del Depósito*

2449.- El depósito es un contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble que aquél le confía, y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante.

2450.- Salvo pacto en contrario, el depositario tiene derecho a exigir retribución por el depósito, la cual se arreglará a los términos del contrato y, en su defecto, a los usos del lugar en que se constituya el depósito.

2451.- Los depositarios de títulos, valores, efectos o documentos que devenguen intereses, quedan obligados a realizar el cobro de éstos en las épocas de su vencimiento, así como también a practicar cuantos actos sean necesarios para que los efectos depositados conserven el valor y los derechos que les correspondan con arreglo a las leyes.

2452.- La incapacidad de uno de los contratantes no exime al otro de las obligaciones a que están sujetos el que deposita y el depositario.

2453.- El incapaz que acepte el depósito, puede, si se le demanda por daños y perjuicios, oponer como excepción la nulidad del contrato; mas no podrá eximirse de restituir la cosa depositada si se conserva aún en su poder, o el provecho que hubiere recibido de su enajenación.

2454.- Cuando la incapacidad no fuere absoluta, podrá el depositario ser condenado al pago de daños y perjuicios, si hubiere procedido con dolo y mala fe.

2455.- El depositario estará obligado a conservar la cosa objeto del depósito, según la reciba y a devolverla cuando el depositante se lo pida, aunque al constituirse el depósito se hubiere fijado plazo y éste no hubiere llegado. En la conservación del depósito responderá el depositario de los menoscabos, daños y perjuicios que las cosas depositadas sufrieren por su malicia o negligencia.

2456.- Si después de constituido el depósito tiene conocimiento el depositario de que la cosa es robada y de quién es el verdadero dueño, debe dar aviso a éste o a la autoridad competente, con la reserva debida.

2457.- Si dentro de ocho días no se le manda judicialmente retener o entregar la cosa, puede devolverla al que la depositó, sin que por ello quede sujeto a responsabilidad alguna.

2458.- Siendo varios los que den una sola cosa o cantidad en depósito, no podrá el depositario entregarla sino con previo consentimiento de la mayoría de los depositantes, computado por cantidades y no por personas, a no ser que al constituirse el depósito se haya convenido que la entrega se haga a la entrega de los depositantes, computado por cantidades y no por personas, a no ser que al constituirse el depósito se haya convenido que la entrega se haga a cualquiera de los depositantes.

2459.- El depositario entregará a cada depositante una parte de la cosa, si al constituirse el depósito se señaló la que a cada uno correspondía.

2460.- Si no hubiere lugar designado para la entrega del depósito, la devolución se hará en el lugar donde se halla la cosa depositada. Los gastos de entrega serán de cuenta del depositante.

2461.- El depositario no está obligado a entregar la cosa cuando judicialmente se haya mandado retener o embargar.

2462.- El depositario puede, por justa causa, devolver la cosa antes del plazo convenido.

2463.- Cuando el depositario descubra o pruebe que es suya la cosa depositada, y el depositante insista en sostener sus derechos, debe ocurrir al juez pidiéndole orden para retenerla o para depositarla judicialmente.

2464.- Cuando no se ha estipulado tiempo, el depositario puede devolver el depósito al depositante cuando quiera,

siempre que le avise con una prudente anticipación, si se necesita preparar algo para la guarda de la cosa.

2465.- El depositante está obligado a indemnizar al depositario de todos los gastos que haya hecho en la conservación del depósito y de los perjuicios que por él haya sufrido.

2466.- El depositario no puede retener la cosa, aún cuando al pedírsela no haya recibido el importe de las expensas a que se refiere el artículo anterior; pero si podrá, en este caso, si el pago no se le asegura, pedir judicialmente la retención del depósito.

2467.- Tampoco puede retener la cosa como prenda que garantice otro crédito que tenga contra el depositante.

2468.- Los dueños de establecimientos en donde se reciben huéspedes, son responsables del deterioro, destrucción o pérdida de los efectos introducidos en el establecimiento con su consentimiento o el de sus empleados autorizados, por las personas que allí se alojen; a menos que prueben que el daño sufrido es imputable a estas personas, a sus acompañantes, a sus servidores o a los que los visiten, o que proviene de caso fortuito, fuerza mayor o vicios de los mismos efectos.

La responsabilidad de que habla este artículo, no excederá de la suma de doscientos cincuenta pesos, cuando no se pueda imputar culpa al hostelero o a su personal.

2469.- Para que los dueños de establecimientos donde se reciben huéspedes sean responsables del dinero valores u objetos de precio notoriamente elevado que introduzcan en esos establecimientos las personas que allí se alojan, es necesario que sean entregados en depósito a ellos o a sus empleados debidamente autorizados.

2470.- El posadero no se exime de la responsabilidad que le imponen los dos artículos anteriores por avisos que ponga en su establecimiento para eludirla. Cualquier pacto que celebre limitando o modificando esa responsabilidad, será nulo.

2471.- Las fondas, cafés, casas de baño y otros establecimientos semejantes, no responden de los efectos que introduzcan los parroquianos, a menos que los pongan bajo el cuidado de los empleados del establecimiento.

6.2. ANÁLISIS DEL DEPÓSITO JUDICIAL.

Recorriendo el Código, es hasta el título IV que es sobre el ordenamiento del matrimonio en el Capítulo V que toca El Divorcio en el artículo 156 de la fracción II a la VI sin hacerlo en un apartado específico habla de lo siguiente a la letra:

156.- Al admitirse la demanda de divorcio, o antes, si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

I.- Separar a los cónyuges en todo caso;

II.- Dictar a solicitud de cualquiera de los cónyuges las medidas de protección social o de amparo personal que, a juicio del Juez, deban adoptarse para seguridad física o moral del cónyuge que necesite ese amparo;

III.- Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos;

IV.- Dictar las medidas convenientes para que no cause ninguno de los cónyuges perjuicio en los bienes del otro;

V.- Dictar en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede encinta;

VI.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez, previo el procedimiento que fije el Código respectivo, resolverá lo conveniente.

En su caso, el Juez procurará proveer a la situación de los hijos, dentro de los términos previstos por el artículo 133, en cuanto sean compatibles con los arreglos que sobre el particular propongan los cónyuges, y siempre mirando por el interés de los hijos y los padres.

Lo que dice el Código de Procedimientos Civiles. Este ordenamiento sí contempla en apartado especial el tema relativo al Depósito o guarda de personas pero sólo como acto prejudicial, sin además de esto dar una optatividad consisa a manero de partenogénesis al Juez para poder establecer un criterio amplio y bien definido conforme a la forma en que dictará las medidas pertinentes.

CAPITULO II

Del Depósito o guarda de personas como acto prejudicial.

158.- En los casos previstos por el artículo 156 del Código Civil y en todo aquél en que alguno de los cónyuges intente demandar o acusar al otro, podrá dictarse provisionalmente el depósito o guarda del cónyuge que esté en el caso de ser protegido física o moralmente de acuerdo con la ley.

159.- Sólo los jueces de primera instancia pueden decretar el depósito de que habla el artículo anterior, a no ser que, por circunstancias especiales, no pueda ocurrirse al juez competente, pues entonces el juez del lugar donde ocurra la emergencia podrá decretar el depósito provisionalmente, remitiendo las diligencias al competente y poniendo la persona a su disposición.

160.- La solicitud de depósito puede ser escrita o verbal, y el juez debe proceder con toda rapidez, trasladándose al lugar de los hechos, para cerciorarse de la necesidad de la medida, designando desde luego, en tal caso, la persona o institución que habrá de encargarse del depósito, y vigilará el cumplimiento del mismo.

161.- La casa o institución donde deba constituirse el depósito, será en todo caso, designada por el juez; y el depositario deberá ser persona honorable, y de buenas costumbres, e idónea para la seguridad y guarda del depositado.

162.- En los casos previstos por la fracción III, del artículo 156 del Código Civil, el juez dictará las medidas que crea convenientes para que, sin perjuicio de la resolución que recaiga en la sentencia de divorcio, los acreedores alimentarios, inclusive el cónyuge en su caso, queden protegidos y asegurados en la percepción de alimentos.

Igualmente dictará las medidas adecuadas, de acuerdo con las restantes fracciones del precepto citado del Código Civil, para el aseguramiento y el cuidado de los hijos, para evitar perjuicio de un cónyuge al otro, para cumplir con las precauciones establecidas en el caso de que la mujer quede encinta, y las demás que prevenga la ley. Cualquiera reclamación sobre las medidas a que se refiere este Capítulo, se resolverán con un solo escrito de cada parte sin ulterior recurso.

163.- En el caso de que el depósito se haya constituido para demandar o acusar un cónyuge al otro, la providencia

se considerará sin efectos, si dentro de diez días hábiles siguientes, la parte interesada no acredita haber presentado la demanda o acusación. La declaración respectiva se hará de oficio por el tribunal y se notificará personalmente a los cónyuges y al depositario.

164.- Se dará al depositario copia certificada de la constitución del depósito, para su resguardo.

165.- El término señalado para la duración del depósito podrá prorrogarse si se acreditare que por causa no imputable al interesado, le ha sido imposible intentar su acción o formular la acusación.

166.- Las providencias o medidas que propongan respecto al depósito, la mujer, el marido, o el depositario, se resolverán de plano por el juez.

167.- No acreditándose haberse intentado la demanda o la acusación dentro del término señalado, levantará el juez el depósito y restituirá las cosas al estado al que guardaban con anterioridad.

168.- Si el juez que decretó el depósito no fuere el que deba conocer del negocio principal, remitirá las diligencias practicadas al que fuere competente, quien confirmará el nombramiento de depositario, o hará otro, siguiendo el juicio su curso legal¹⁶.

6.3. APLICACIÓN JUDICIAL DEL DEPÓSITO JUDICIAL.

El artículo 133 sólo habla de la existencia de un depósito hasta luego que la *sentencia de nulidad cause ejecutoria*. Habla de "serán confiados en justa proporción" mas no crea o marca una figura que en mi proposición se debería llamar *custodia*. Que ésta además exista para los casos que no estén contemplados en la tutela.

A pesar de que sea únicamente el C.P.C. para nuestro Estado, el único lugar en la ley donde se contemple la figura del depósito de las personas de manera exclusiva,

¹⁶ Código de Procedimientos Civiles para el Estado libre y soberano de Veracruz. (Reim. de la Tercera Edición). Edit. Cajica, S.A. Puebla, Pue., 1992. p.p. 113 a 117.

se considerará sin efectos, si dentro de diez días hábiles siguientes, la parte interesada no acredita haber presentado la demanda o acusación. La declaración respectiva se hará de oficio por el tribunal y se notificará personalmente a los cónyuges y al depositario.

164.- Se dará al depositario copia certificada de la constitución del depósito, para su resguardo.

165.- El término señalado para la duración del depósito podrá prorrogarse si se acreditare que por causa no imputable al interesado, le ha sido imposible intentar su acción o formular la acusación.

166.- Las providencias o medidas que propongan respecto al depósito, la mujer, el marido, o el depositario, se resolverán de plano por el juez.

167.- No acreditándose haberse intentado la demanda o la acusación dentro del término señalado, levantará el juez el depósito y restituirá las cosas al estado al que guardaban con anterioridad.

168.- Si el juez que decretó el depósito no fuere el que deba conocer del negocio principal, remitirá las diligencias practicadas al que fuere competente, quien confirmará el nombramiento de depositario, o hará otro, siguiendo el juicio su curso legal¹⁶.

6.3. APLICACIÓN JUDICIAL DEL DEPÓSITO JUDICIAL.

El artículo 133 sólo habla de la existencia de un depósito hasta *luego que la sentencia de nulidad cause ejecutoria*. Habla de "serán confiados en justa proporción" mas no crea o marca una figura que en mi proposición se debería llamar *custodia*. Que ésta además exista para los casos que no estén contemplados en la *tutela*.

A pesar de que sea únicamente el C.P.C. para nuestro Estado, el único lugar en la ley donde se contemple la figura del depósito de las personas de manera exclusiva,

¹⁶ Código de Procedimientos Civiles para el Estado libre y soberano de Veracruz. (Reim. de la Tercera Edición). Edit. Cajica, S.A. Puebla, Pue., 1952. p.p. 113 a 117.

hago a la alusión que no solamente debería ser contemplada como acto prejudicial.

Normalmente el proceder del juez es efectuar el depósito con la persona quien lo reclama, quien lo solicita, pero la problemática va mucho más a fondo en cuanto a que tendría que analizar en primer lugar si la persona que solicita el depósito, normalmente un cónyuge es la persona idónea para seguir efectuando la guarda del menor o del incapaz, a manera de seguir apegándose a los lineamientos y preceptos estipulados por el artículo 52 del Código de Procedimientos Civiles en el que los tribunales no admitirán nunca recursos notoriamente frívolos o improcedentes; y que al ser así los desecharán de plano, sin necesidad de substanciación alguna; y en su caso consignarán el hecho al Agente del Ministerio público, para que se apliquen las sanciones del Código Penal. En esta situación observamos que la *frivolidad* está contemplada en el Código trayendo consigo al mismo tiempo como sanción el desechamiento de plano, bastando así para que la ley no estipule sanción específica alguna en el Código de Procedimientos Civiles, situación que se presenta muy a menudo en solicitudes del Depósito, aprovechando además este espacio para proponer además de testigos propuestos por la parte que trabajadores sociales sean llamados a actuar valuadores de la situación moral, familiar, etc. que prevalezca en el núcleo familiar e individualmente pues muchas veces no es conveniente que el menor o incapacitado permanezcan ni con el padre ni con la madre. Además de trabajadores sociales, se debería mandar a que acudan los jefes de manzana, de cuartel, compañeros de estudios, cuando se de el caso, así como a sus maestras y director de la escuela para que cada quien declare su propio punto de vista realizando un análisis así de esta manera con el respeto que se merece. Para que llegado su momento, el Juez haga la autorización correcta de la custodia, guarda o depósito del menor, lo mismo para la tutela.

Además propongo que el depósito o custodia como por preferencia lo llamo, debería ser transitoria en diferencia de otras instituciones por naturaleza".

" Código Civil para el Estado libre y soberano de Veracruz. (Reim. de la Tercera Edición). Edit. Cajica, S.A. Puebla, Pue., 1992. p.p. 50 a 51.

6.4. CONSECUENCIAS DEL DEPÓSITO JUDICIAL.

Frecuentemente se presentan solicitudes a la autoridad judicial civil, para que autorice el depósito de personas, que por lo general son esposas que abandonan el domicilio conyugal y los menores que sufren las consecuencias de las desavenencias familiares, situaciones que en la mayoría de los casos son autorizadas por el juez competente, en la mayoría de las veces debido a la carga de trabajo, al bajo salario que perciben, a la falta de posibilidades de la mayoría de las partes de otorgarles "retribuciones", sin embargo cuando se de de esta manera dicha desición se "vicia", pues se carece de bases objetivas, es decir, que estén contempladas por el Código Civil, procediendo por tal, sin fundamento o tipificación del acto y solamente mediante normas de carácter subjetivo, contempladas en el Código de Procedimientos Civiles; siendo que ambos ordenamientos deberían complementarse. Es incongruente que en el Estado de Veracruz exista la norma que en el proceso permita actualizar una hipótesis o una situación real y concreta que no existe en el derecho objetivo.

Me permito hacer un breve paréntesis para establecer las diferencias entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo.

El derecho objetivo es aquel en que de las normas en un momento dado se desprende bien un derecho, una obligación o bien se prevenen o tipifican las condiciones de las personas, el derecho objetivo es el que está previsto por la ley.

El derecho subjetivo es el que nos dice como aplicar esas normas, partiendo que el derecho es la ciencia de lo que debe ser y no de lo que es, pues se busca la realización de los derechos subjetivos buscados en el proceso, es la concatenación, la automasia.

6.5. CASOS EN QUE DA LUGAR EL DEPÓSITO JUDICIAL.

Podríamos equiparar también la subsistencia del depósito judicial dentro de la figura de la Tutela, sin embargo la tutela subsiste según los términos y condiciones que el Código Civil vigente en el Estado prevee, se asimila al depósito en que también está sujeto a un término y a una condición. El término tendrá lugar

sólo mientras dure el proceso y concluirá con la sentencia judicial correspondiente, es decir tendrá una realización cierta, cuando la condición será de realización incierta. Teniendo como modalidades estas figuras las dos formas en que se dan: que son en sentido amplio y en sentido estricto. En el sentido estricto es cuando se da la condición y el término y en cambio en el sentido amplio es cuando las cosas se condicionan con las modalidades cuando el término sea cierto. ejemplo: la mayoría de edad.

El depósito según lo marca la ley, sólo se suspenderá por sentencia judicial.

6.6. PROPUESTA.

Con antelación se ha señalado la hipótesis prevista por la fracción VI del artículo 156 del Código Civil contemplándola como una medida precautoria para la admisión de la demanda de divorcio, mas no como una institución autónoma.

Por cuestiones de terminología se propone:
Que en se hable de "custodia", en lugar de depósito de personas, toda vez que este último término usual y frecuentemente se emplea en relación con bienes muebles e inmuebles, que por alguna situación se encuentran relacionados con litigios de carácter civil, fiscal, laboral, etc. con objeto de garantizar prestaciones diversas.

CONCLUSIONES

Interés del Trabajo por el Bienestar de la Familia.

- 1.1. Importancia del estudio.
 - 1.1.1. Mujer; educación y autoestima.
 - 1.1.2. La Humanidad y La Familia.
 - 1.1.3. Avanze hacia el porvenir.
 - 1.1.4.1. La familia, unidad básica.
 - 1.1.4.2. Encíclica Laborem Externs.
 - 1.1.4.3. El pontificado y la Familia. La grandeza de ésta.
 - 1.1.4.4. Violentos enemigos.
 - 1.1.5. La familia en el concilio.
 - 1.1.5.1. Crítica al concilio de la familia.
 - 1.1.6. Elementos de política familiar. Las diez prioridades.

Evolución histórica de la familia.

- 2.1. Naturaleza y cultura de la familia.
- 2.2. Tipos varios de familia.
- 2.3. Evolución y cambios de la familia monógama.
- 2.4. La familia según la teoría materialista.
 - 2.4.1. El Estado prehistórico.
 - 2.4.2. Antítesis de Engels.
- 2.5. Algunas enseñanzas de la historia de la familia.
 - 2.5.1. El pueblo de Israel.
 - 2.5.2. Naciones Paganas.
 - 2.5.3. La India.
 - 2.5.4. China.
 - 2.5.5. Egipto.
 - 2.5.6. El Pueblo Etrusco.
 - 2.5.7. Grecia.
 - 2.5.8. La Familia Nahua.
 - 2.5.8.1. Patria Potestad.
 - 2.5.8.2. El hogar y la educación.

Doctrina sociológica de las formas sociales.

- 3.1. Fernando Toennies como precursor de la teoría de las formas sociales.
 - 3.1.1. Diferencia entre la comunidad y la asociación.

CONCLUSIONES

Interés del Trabajo por el Bienestar de la Familia.

- 1.1. Importancia del estudio.
 - 1.1.1. Mujer; educación y autoestima.
 - 1.1.2. La Humanidad y La Familia.
 - 1.1.3. Avanze hacia el porvenir.
 - 1.1.4.1. La familia, unidad básica.
 - 1.1.4.2. Encíclica Laborem Exerns.
 - 1.1.4.3. El pontificado y la Familia. La grandeza de ésta.
 - 1.1.4.4. Violentos enemigos.
 - 1.1.5. La familia en el concilio.
 - 1.1.5.1. Crítica al concilio de la familia.
 - 1.1.6. Elementos de política familiar. Las diez prioridades.

Evolución histórica de la familia.

- 2.1. Naturaleza y cultura de la familia.
- 2.2. Tipos varios de familia.
- 2.3. Evolución y cambios de la familia monógama.
- 2.4. La familia según la teoría materialista.
 - 2.4.1. El Estado prehistórico.
 - 2.4.2. Antitesis de Engels.
- 2.5. Algunas enseñanzas de la historia de la familia.
 - 2.5.1. El pueblo de Israel.
 - 2.5.2. Naciones Paganas.
 - 2.5.3. La India.
 - 2.5.4. China.
 - 2.5.5. Egipto.
 - 2.5.6. El Pueblo Etrusco.
 - 2.5.7. Grecia.
 - 2.5.8. La Familia Nahua.
 - 2.5.8.1. Patria Potestad.
 - 2.5.8.2. El hogar y la educación.

Doctrina sociológica de las formas sociales.

- 3.1. Fernando Toennies como precursor de la teoría de las formas sociales.
 - 3.1.1. Diferencia entre la comunidad y la asociación.

- 3.1.2. Relaciones entre ambas.
- 3.2. Problema de origen y fundamento de la sociedad. Aristóteles, teoría naturalista.
 - 3.2.1. La naturaleza humana como causa eficiente de la sociedad.
 - 3.2.1.2. La definición del hombre como un "zoon politikon".
 - 3.2.1.3. El argumento lógico.
 - 3.2.1.4. El fundamento antropológico.
 - 3.2.1.5. La comprobación histórica.
 - 3.2.2. Teoría contractualista: Tomas Hobbes, Montesquieu.
 - 3.2.2.1. El hombre "como un lobo del hombre".
 - 3.2.2.2. La sociedad como un acto de paz.
 - 3.2.2.3. La sociedad como un acto de reconocimiento. Montesquieu.
 - 3.2.3.1. Clasificación de las fuerzas sociales.
- 4.1. Motivación del tema; ¿Cual es el interés?.
- 5.1. Análisis del tema.
- 5.2. Esbozo de los capítulos.
- 6.1. Soluciones.

INTERES DEL TRABAJO POR EL BIENESTAR DE LA FAMILIA.

"La condición moral y espiritual de los pueblos, familias e individuos determina su futuro".

La familia como institución creada por el amor y protegida por el matrimonio, mismo que queda regulado por la sociedad y el derecho, através del matrimonio civil, y por la religión, por medio de la unión eclesiástica.

La familia como pilar de la sociedad, el amor que exista en ella, dependerá el bienestar de una nación, porque si queremos buenos gobernantes, hemos de procurar buenas familias. La regulación que dé el derecho a la familia, se reflejará en el esplendor de una buena sociedad. Pero no sólo hay que conformarse con las normas que se nos dan; hemos de alcanzar una madurez, y poder de criterio suficiente, para analizar nuestras propias situaciones, tanto físicas como económicas. Hay que mantener a la familia dentro del fuego de un constante amor, mismo que nos ayudará a una mejor comprensión con nuestros semejantes.

Al unirse un hombre y una mujer, deben hacerlo pensando en la gran responsabilidad que adquieren. Porque no sólo son él, o ella, sino que son, él y ella, seres que emprenderán una nueva vida, llena de ilusiones y de amor. Esto debe ayudarles, para que al formar su familia piensen que no solamente son ellos la parte fuerte de la misma, ni que todo queda dentro de su hogar. Deben pensar en el futuro de las naciones, en que si ellos llevan una vida recta y llena de amor, sus descendientes crecerán en ese ejemplo, y cuando sean adultos podrán aportar grandes beneficios a la Patria, misma que está tan necesitada de amor. Desafortunadamente en la actualidad nos hemos materializado a tal grado que el amor hacia los demás lo hemos descuidado. Es por ello por lo que no hay comprensión entre los seres humanos; porque todos egoístamente pensamos en el yo, y alejamos de nuestra mente todo lo que nos rodea, y sobre todo a aquellas personas que no tienen los medios suficientes para llevar una vida más o menos aceptable.

Es por ello que aquellos que tenemos la oportunidad de adentrarnos en el saber y la cultura, debemos de meditar que no sólo se trata de formar una familia, sino que hay que estructurar una familia espléndida, recta y moral, para bien propio y de la sociedad.

INTERES DEL TRABAJO POR EL BIENESTAR DE LA FAMILIA.

"La condición moral y espiritual de los pueblos, familias e individuos determina su futuro".

La familia como institución creada por el amor y protegida por el matrimonio, mismo que queda regulado por la sociedad y el derecho, através del matrimonio civil, y por la religión, por medio de la unión eclesiástica.

La familia como pilar de la sociedad, el amor que exista en ella, dependerá el bienestar de una nación, porque si queremos buenos gobernantes, hemos de procurar buenas familias. La regulación que dé el derecho a la familia, se reflejará en el esplendor de una buena sociedad. Pero no sólo hay que conformarse con las normas que se nos dan; hemos de alcanzar una madurez, y poder de criterio suficiente, para analizar nuestras propias situaciones, tanto físicas como económicas. Hay que mantener a la familia dentro del fuego de un constante amor, mismo que nos ayudará a una mejor comprensión con nuestros semejantes.

Al unirse un hombre y una mujer, deben hacerlo pensando en la gran responsabilidad que adquieren. Porque no sólo son él, o ella, sino que son, él y ella, seres que emprenderán una nueva vida, llena de ilusiones y de amor. Esto debe ayudarles, para que al formar su familia piensen que no solamente son ellos la parte fuerte de la misma, ni que todo queda dentro de su hogar. Deben pensar en el futuro de las naciones, en que si ellos llevan una vida recta y llena de amor, sus descendientes crecerán en ese ejemplo, y cuando sean adultos podrán aportar grandes beneficios a la Patria, misma que está tan necesitada de amor. Desafortunadamente en la actualidad nos hemos materializado a tal grado que el amor hacia los demás lo hemos descuidado. Es por ello por lo que no hay comprensión entre los seres humanos; porque todos egoístamente pensamos en el yo, y alejamos de nuestra mente todo lo que nos rodea, y sobre todo a aquellas personas que no tienen los medios suficientes para llevar una vida más o menos aceptable.

Es por ello que aquellos que tenemos la oportunidad de adentrarnos en el saber y la cultura, debemos de meditar que no sólo se trata de formar una familia, sino que hay que estructurar una familia espléndida, recta y moral, para bien propio y de la sociedad.

Además me motivó a escribir esta tesis la gran crisis que padece la infancia de todo el mundo, lo confirmo con el siguiente boletín informativo:³⁸

"Explotados, mal pagados y casi en la miseria".

VEINTE MILLONES DE NIÑOS TRABAJAN EN EL TERCER MUNDO.

Santiago de Chile.- En los países de América Latina trabajan cerca de veinte millones de niños, la mayoría en condiciones de explotación, con largos horarios, sueldos muy bajos y, en algunos casos en condiciones de semiesclavitud.

Son menores que trabajan en las minas de carbón de Colombia, en las fábricas de pólvora de Guatemala, en las pesadas faenas de la construcción en Ecuador y, en gran parte de los casos, vendiendo cualquier producto en las calles de las urbes latinoamericanas, o bien limpiando parabrisas de coches.

Según cifras de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) difundidas en la capital chilena coincidiendo con la Tercera Reunión Americana sobre la Infancia y Políticas Sociales. En Asia la mitad de los niños trabaja y en Africa lo hace uno de cada tres.

Se calcula, asimismo, que los niños latinoamericanos de entre 10 y 14 años que trabajan aportan el 20 por ciento de la generación de ingresos familiares y contribuyen de manera significativa a aliviar los niveles de indigencia y de pobreza de los hogares.

"Hay nuevas formas de trabajo forzoso y obligatorio que recaen sobre los niños, que son los menos capacitados para defenderse particularmente en actividades como la minería, la manipulación de residuos, las ladrilleras y la prostitución infantil", señaló en la capital chilena el director de la OIT para la región, Víctor Tokman.

"La seguridad y salud de los niños está en riesgo", indicó el funcionario, que agregó que en América Latina y el Caribe los niños que trabajan y que están registrados siman 7 millones pero que la cifra real alcanza los 20 millones. Se sabe muy poco de los niños que trabajan, para lo cual se constituyó el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC), que cuenta

³⁸ EFE Agencia de noticias Sábado 10 de Agosto 1996.

con importantes aportes del gobierno español para sus proyectos en 13 países de Latinoamérica.

Con énfasis se persigue que la situación de niñas y niños menores de 12 años, los que son sometidos a esclavitud o trabajo forzoso, y los que trabajan en faenas peligrosas, sea erradicado como meta final.

El programa, presente en tres continentes y en 30 países, se orienta a hacer conciencia mundial del problema y también incluye programas para estimular la adopción de medidas preventivas y proporcionar asistencia directa a los menores que trabajan.

Estudios recientes de la Organización Mundial de la Salud (OMS) han detectado que en América Latina las niñas que trabajan en floricultura están expuestas a una serie de enfermedades por los plaguicidas, mientras que los menores que trabajan en cerámica están expuestos al plomo y los que lo hacen en lavaderos de oro al mercurio.

"Los niños trabajadores, los niños maltratados son todos niños que se encuentran en una situación permanente de riesgo", manifestó la directora regional de UNICEF, Marta Maurás, quien precisó que para ese organismo el trabajo infantil es enfocado como "una falta de derechos básicos de los niños" y, por lo tanto, hay que erradicarlo.

Para el Ministro Chileno del Trabajo Jorge Arrate, "El trabajo infantil no puede ser un instrumento para superar la pobreza". A su juicio, cuando hay niños que trabajan "No hay igualdad de oportunidades".

También se destacó que, de hecho, se puede estar generando un círculo vicioso que hace que la pobreza obligue a los hogares a mandar a sus niños al mercado de trabajo pero ello significa a la vez que abandonen la escuela o rindan menos en ella y, por lo tanto, que terminen en una ocupación marginal.

Mientras los gobiernos son convocados a elaborar planes a largo plazo para la definitiva eliminación del trabajo infantil, a corto plazo y transitoriamente, según la OIT, se deben impulsar medidas de protección y apoyo a los niños trabajadores que permitan sus condiciones laborales y su calidad de vida.

Entre ellas, el fortalecimiento educativo y la creación de alternativas para generar ingresos a las familias de donde provienen estos menores. Por ahora, el IPEC conf fondos españoles apoya proyectos en seis países latinoamericanos para sacar all menos a 15.000 niños en los próximos dos años de ese círculo vicioso.

Si meditamos esta situación , y la ponemos en práctica, México será un país próspero. y no sólo nuestro país, sino el mundo entero, entrarán en una bella etapa de paz y comprensión porque, aunque parezca mentira, si formamos buenas familias, si la sociedad se preocupa por los desprotegidos, si logramos una correcta regulación de nuestras leyes en la que nuestra infancia será beneficiada, protegida, acobijada, sólo así formaremos buenas naciones.

1.1. IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.

El problema relativo a la familia es de aquellos que el jurista debe tocar con el tacto más extraordinario. Si la familia no se halla firme y sólidamente constituida, todo el edificio social vendrá estrepitosamente abajo. Gomá dice: *Rendid al Señor, familias de los pueblos, rendid al Señor la gloria y el poder.* El mismo dice que asistimos a un espectáculo deplorable: el desquiciamiento de la familia, consecuencia fatal de la *descristianización* de nuestra sociedad. El respeto que ha de tenerse a las leyes de la naturaleza humana, va vinculado a las leyes del orden familiar, agrega Leclerq, hasta el punto que se puede afirmar que las sociedades que se apartan de ellas se precipitan o vuelven a precipitarse en la barbarie.

La familia lleva en sí misma algo de divino y, por lo mismo, algo de religioso. Fundóse la familia con la intervención directa del mismo. Dios, que quiso plasmar con sus manos omnipotentes la pareja humana, bendecir el primer himeneo y darle con su bendición la maravillosa fuerza de multiplicar la vida humana en el mundo. Los modernos miran hoy con positivo terror la multiplicación de los niños. y hacen mal. No hay exceso de niños: nos aqujan el exceso de egoísmo, la falta de planeación, el horror al esfuerzo, la falta de previsión.

El Estado debe, siempre, como dice el Código de Familia cubano (Ley 1289, de 14 de Febrero 1975), velar sobre la familia: "...contribuir al fortalecimiento de la familia y de los vínculos de cariño, ayuda y respeto recíprocos entre sus integrantes; al fortalecimiento del matrimonio legalmente formalizado o judicialmente reconocido, fundado en la absoluta igualdad de derechos de hombre y mujer; al más eficaz cumplimiento por los padres de sus obligaciones con respeto a la protección,

formación moral y educación de los hijos para que se desarrollen plenamente en todos los aspectos y como dignos ciudadanos de la sociedad socialista..."

Anotemos: bellos son estos ideales, sin olvidar que, aún cuando hoy debe propugnarse más que nunca por la exaltación de la mujer, conforme a los sabios dictámenes del Concilio del Vaticano II, en la sociedad debe haber siempre una cabeza, la del marido. En cuanto hace a la *sociedad socialista cubana*, siempre hemos notado que su estructuración, en diversos puntos topa contra la realidad y los derechos del individuo. (Por lo que hace a la injusta discriminación de la mujer, en diversas partes del mundo, para lo cual yo misma he formulado la siguiente leyenda;):

1.1.1. Mujer, educación y autoestima.

Alboreaba ya el siglo XVI cuando una mujer Italiana (si es que entonces podía hablarse ya de una nacionalidad Italiana), sólidamente educada dentro de un acendrado cristianismo, expresó tajantemente: "Los desórdenes de la sociedad son producto de los de la familia: hay muy pocas madres cristianas". Hablaba Angela de Merici.

Este breve pasaje nos invita a reflexionar y me produce la conclusión de que no importa la cultura de la que se proceda, sino la formación recta, en este caso es una formación cristiana.

Es necesario educar y estar bien al pendiente de nuestras nuevas generaciones pues desafortunadamente en la actualidad se descubre un panorama dramático y ominoso: el de una realidad agazapada en ocasiones, o descarnada en otras, hostil en mucho a lo sano y equilibrado desenvolvimiento de las nuevas generaciones. Se agrade hoy de mil maneras a la niñez y a la juventud, pero sobre todo a la mujer. Muy a menudo la mujer se vuelve uno de tantos destinatarios de una depravación repugnante. Prácticas y convicciones hirientes dejan traumas para toda la vida siendo por su puesto la mujer el primer blanco, la mujer que es niña sobre todo.

Morboso clima de excitabilidad erótica que hace que la pubertad se adelante en muchachos y muchachas; medios de difusión que han perdido el sentido de responsabilidad ética, seguramente a ellos, los que constituyen estos, en la niñez les enseñaron a conjugar el verbo tener, cuando debería de enseñárseles de memoria el verbo ser. Todo esto, raíz de una mala formación familiar célula social.

Mujeres, es hora que comencemos a luchar por nuestras convicciones y que no dejemos en el olvido la memoria de muchas mujeres que han sacrificado su vida por la dignificación y reconocimiento de nuestros valores.

De en balde sirve la riqueza del lenguaje del amor humano: las primeras palabras expresadas por el hombre hacia la mujer, y es en el génesis (II, 23), a la vista de la mujer creada por Dios manifiesta nada menos que el estupor y la admiración, más aún, el sentido de fascinación. Pues la mujer también engendra el amor con el impulso interior de su corazón.

Ya que toca el tema de educación, para abordarlo es menester decir que la familia es la madre de la educación. En ella los hijos aprenden la jerarquía de las cosas, es verdadera escuela de humanismo y ayuda a armonizar los derechos personales con las demás exigencias de la vida social. No permitamos la degradación moral de la mujer pues acaso ¿no somos una Nación con valores?, ¿Porque falla entonces el auto estima de la mujer?. Quizás porque los cambios antes eran graduales ahora se producen de una manera rápida y a veces violenta.

Volviendo a la educación, ésta constituye uno de los principales problemas en sociedades capitalistas actuales, con matices importantes entre las avanzadas y las dependientes. El incremento de número de estudiantes y su progresivo, aunque aún no igualitario, reclutamiento entre sectores populares plantean prácticamente en todos los países la inadecuación de un sistema educativo basado todavía en sus líneas fundamentales.

Pues todavía se actúa como si la educación fuera una actividad que hubiera que realizar en unos años determinados de la vida, separados del trabajo. Las aspiraciones de la población estudiantil son en gran medida contradictorias: de una parte se desea obtener un puesto de trabajo bien remunerado, pensando con frecuencia sobre la imagen de épocas anteriores en las que solamente unos pocos desempeñaban puestos técnicos, y de otra, se tiende a exigir una enseñanza racional y no autoritaria, abierta científicamente y no condicionada por las necesidades de la clase dominante. Esto surge a la par con el proceso de crecimiento económico y la superación de ciertas fórmulas de desigualdad jurídica no han producido como resultado automático una igualdad de participación del hombre y de la mujer en el trabajo, el descanso, la cultura, la realización y el control de las actividades públicas. Los progresos realizados en tal sentido en los países capitalistas no ocultan este

sencillo hecho: la mujer, que suele constituir el 52% de la población adulta, no ocupa en ninguno de esos países idéntica proporción de puestos directivos o trabajos bien cualificados. De acuerdo a investigación encontrada en Salvat de Grandes Temas. Discriminada la mujer, puede cobrar menos, entrar y salir del mercado de trabajo, percibir como transitoria su condición laboral y, en consecuencia, aceptarla más pasivamente, orientarse hacia el hogar y resultar fuertemente influida por las apelaciones publicitarias a la posesión de objetos.

Esta situación se refuerza en países como el nuestro por la pervivencia de mecanismos de control masculino más directos y acusados. Así, en las sociedades actuales encontramos desde la mujer campesina que realiza trabajos tan duros como el hombre., hasta la mujer profesional o empresario, teóricamente igual al hombre, pero sometida siempre a una eventual consideración como objeto erótico a la vez que a diversas formas de paternalismo.

La aparición de diversos grupos de movimientos de liberación femenina y con ellos el paso a conflicto abierto y manifiesto del conflicto latente de los sexos obedece a un cúmulo de causas: la propia incongruencia del sistema, que integra a la mujer en unos aspectos y no en otros.

La sociedad actual de predominio masculino, intenta integrar de diversas formas la lucha de la mujer: desde su remisión al terreno jurídico como simple lucha de igualdad de derechos, hasta una cierta actitud modernizada de protección.

Y para finalizar no hay más remedio que recordar las sabias palabras de Doña Sor Juana Inés de la Cruz que dicen: "HOMBRES NECIOS QUE ACUSAIS A LA MUJER SIN RAZON SIN SABER QUE SOIS LA OCASION DE LO MISMO QUE CULPAIS." Por su puesto que antes de todo se le hechaba la culpa al hombre pues a propósito que recién se descubrió aunque desde que comenzó la historia de la humanidad siempre ha sido así, que la mujer también es un ente individual como el hombre, por lo tanto también capaz de decidir entre un sí o un no por lo tanto resulta que tenemos la misma calidad de voz y de voto.

El 10 de enero de 1977, fue expedido el decreto por el que se crea en nuestra patria un organismo público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonios propios, que se denominará Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia. Su artículo 2º transitorio abrogó los decretos de creación de la Institución Mexicana de Asistencia a la Niñez y del Instituto Mexicano para la Infancia y la Familia, antes Instituto Nacional de Protección a la Infancia. Durante su recordada visita a nuestra patria, la reina NOOR de

Jordania llamó al DIF "institución iluminada y laboriosa".

1.1.2. La humanidad y la familia.

La Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que exhortó a todos los Estados Miembros a que publicaran su texto y a que tal declaración fuese "divulgada, expuesta, leída y comentada, principalmente en las escuelas y demás establecimientos de enseñanza, sin distinción alguna...", nos habla en el tercer inciso de su artículo 16 de que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado". Es en la familia donde deben ser estructurados y animados los corazones hacia el amor y hacia la comprensión. No lo olvidemos. *Since wars begin in the hearts of men, it is in the hearts of men that the defenses for peace must be construed.* (Frontispicio de la ONU).

1.1.3. Avance hacia el porvenir.

Se insiste en que no cabe la menor duda acerca de que una feliz estructuración jurídica de la familia, forzosamente habrá de traer un muy apreciable avance por lo que hace, por lo que toca al porvenir, no sólo de la patria mexicana, sino de la humanidad toda entera. Esta a veces tiembla ante los problemas demográficos y es que no ha captado éstos en su debida extensión y con la debida profundidad.

1.1.4.1. La familia, unidad básica.

Nótese, cómo para el concierto de las naciones, la familia sigue siendo la *unidad básica* de toda sociedad. Y la familia siempre se ha basado en el matrimonio, que es una institución jurídica; la primera, y más importante de las instituciones jurídicas privadas. Su antigüedad y su importancia en la historia de la Humanidad, la colocan en la cumbre de las instituciones culturales. El matrimonio

ha alcanzado esta preeminencia, no sólo en algunos pueblos o razas desarrollados en condiciones especialmente favorables a su evolución, sino en la Humanidad entera. Las investigaciones etnológicas más recientes denotan con certeza que el matrimonio y la familia son estructuras primarias de la vida humana en común, a las que no cabe considerar como el producto de una lenta evolución.

El *evolucionismo*, considerado como sistema científico en sí y en los resultados de su aplicación a la etnología, ha hecho quiebra ruidosa, tanto en la esfera de la sociología etnológica como en el de la historia de las religiones.

Razona Juan Pablo II: confirmada de este modo la dimensión personal del trabajo humano, se debe luego llegar al *segundo ámbito de valores*, que está necesariamente unido a él. El trabajo es el fundamento sobre el que se forma la *vida familiar*, la cual es un derecho natural y una vocación del hombre. Estos dos ámbitos de valores -una relacionada con el trabajo y otro consecuente con el carácter familiar de la vida humana- deben unirse entre sí correctamente y correctamente compenetrarse. El trabajo es, en cierto sentido, una condición para hacer posible la fundación de una familia, ya que ésta exige los medios de subsistencia, que el hombre adquiere normalmente mediante el trabajo. Trabajo y laboriosidad condicionan a su vez todo el *proceso de la educación* dentro de la familia, precisamente por la razón de que cada uno se *hace hombre*, entre otras cosas, mediante el trabajo, y ese *hacerse hombre* expresa precisamente el fin principal de todo el proceso educativo. Evidentemente aquí entran en juego, en un cierto sentido, dos aspectos del trabajo: el que consiente la vida y manutención de la familia, y aquel por el cual se realizan los fines de la familia misma, especialmente la educación. No obstante, estos dos aspectos del trabajo están unidos entre sí y se complementan en varios puntos.

En conjunto se debe recordar y afirmar que la familia constituye uno de los puntos de referencia más importantes, según los cuales debe formarse el orden socioético del trabajo humano. La doctrina de la iglesia ha dedicado siempre una atención especial a este problema y en el presente documento convendrá que se vuelva a él. En efecto, la familia es, al mismo tiempo, una *comunidad hecha posible gracias al trabajo* y la *primera escuela interior de trabajo* para todo hombre.

El tercer ámbito de valores que emerge en la presente perspectiva -en la perspectiva del sujeto del trabajo- se

refiere a esa *gran sociedad*, a la que pertenece el hombre en base a particulares vínculos culturales e históricos. Dicha sociedad -aún cuando no ha asumido todavía la forma madura de una nación-, es no sólo la gran educadora de cada hombre, aunque indirecta (porque cada hombre asume en la familia los contenidos y valores que componen, en su conjunto la cultura de una determinada nación), sino también una gran encarnación histórica y social del trabajo de todas las generaciones. Todo esto hace que el hombre concilie su más profunda identidad humana con la pertenencia a la nación y entienda también su trabajo como incremento del bien común elaborado juntamente con sus compatriotas, dándose así cuenta de que por este camino el trabajo sirve para multiplicar el patrimonio de toda la familia humana, de todos los hombres que viven en el mundo.

Estos tres ámbitos conservan permanentemente su importancia para el trabajo humano en su dimensión subjetiva. Y esta dimensión, es decir, la realidad concreta del hombre del trabajo, tiene procedencia sobre la dimensión objetiva. En su dimensión subjetiva se realiza, ante todo, aquel dominio sobre el mundo de la naturaleza, al que el hombre está llamado desde el principio según las palabras del libro del Génesis. Si el proceso mismo de someter la tierra, es decir, el trabajo bajo el aspecto de la técnica, está marcado a lo largo de la historia y, especialmente en los últimos siglos, por un desarrollo inconmesurable de los medios de producción, entonces éste es un fenómeno ventajoso y positivo, a condición de que la dimensión objetiva del trabajo no prevalezca sobre la dimensión subjetiva, quitando al hombre o disminuyendo su dignidad y sus derechos inalienables.

1.1.4.2. Enciclica *laborem exercens*.

Al decrecer en nuestros días el espíritu y el sentido religioso del pueblo, se han aflojado los vínculos de la familia perdiendo ésta su fuerza cohesiva, que es el mismo Dios, y ofreciéndonos la triste visión de su ruina en todos los elementos que la componen: ruina del vínculo conyugal, de la santidad de las relaciones entre los esposos, del criterio que debe informarles en el régimen de la familia, de la obediencia y respeto de los hijos, de las funciones educadoras, del sentido de los destinos del orden temporal y eterno a que Dios llama a esta institución fundamental de las sociedades. Hacer

religiosa a la familia, es engrandecerla. Llevar a sus entrañas el fermento de los principios cristianos sobre lo que Dios quiso se asentara, es vigorizarla y hacerla apta para los grandes fines que debe llenar el mundo.

Jamás olvidará la humanidad el viaje de Juan Pablo II a su tierra natal. "La llamada de Jasna Góra no ha dejado de ser nuestra plegaria y nuestro programa. En el cual dice que la familia es la primera y fundamental comunidad humana. Es ambiente de vida, es ambiente de amor. La vida de toda sociedad, nación y estado, depende de la familia. Hay que hacer todo lo posible para proporcionar a la familia las condiciones necesarias para que salga adelante: condiciones de trabajo, de vivienda, de manutención, cuidado de la vida desde el momento de la concepción, respeto social de la paternidad y de la maternidad, gozo que dan los niños desde que llegan al mundo, pleno derecho a la educación y, al mismo tiempo, ayuda a la educación en todas sus formas.

1.1.4.3. El pontificado y la familia, la grandeza de esta.

Inolvidable resulta al respecto la histórica Encíclica *Casti Connubii*, de Pío XI, dada en Roma, junto a San Pedro, el 31 de diciembre de 1930, noveno año de su pontificado. Desde el primer párrafo hace notar el pontífice la eximia dignidad del hombre del trabajo, tiene precedencia sobre la dimensión objetiva. En su dimensión subjetiva se realiza, ante todo aquel dominio sobre el mundo de la naturaleza, al que el hombre está llamado desde el principio según las palabras del libro del Génesis. Si el proceso mismo de someter la tierra, es decir, el trabajo bajo el aspecto de la técnica, está marcado a lo largo de la historia y, especialmente en los últimos siglos, por un desarrollo inconmesurable de los medios de producción, entonces éste es un fenómeno ventajoso y positivo, a condición de que la dimensión objetiva del trabajo no prevalezca sobre la dimensión subjetiva, quitando al hombre o disminuyendo su dignidad y sus derechos inalienables.

No es ocioso traer aquí las ideas del profesor de la Universidad de Bolonia, Antonio Cicu, quien disiente del concepto tradicional que considera al derecho de familia como parte integrante del derecho privado, asignándole, dentro del sistema jurídico, un puesto propio e independiente que no puede encajar en ninguno de los dos

grupos que forman uno el *Derecho público* y otro el *Derecho privado*. Para mí siempre ha sido la familia y el matrimonio instituciones de una importancia tan extraordinaria que caben más bien dentro del público que dentro del privado, con lo que no tratamos de afirmar que el Estado pueda jamás inmiscuirse tiránica o atrabancadamente dentro del santuario sagrado del hogar.

Cada vez mas penetra el *Derecho público* en el privado, restringiendo la libertad individual y la autonomía de la voluntad en los actos jurídicos. Nótese que ni el hombre ni la mujer pueden regular las relaciones entre cónyuges, que les da ya reglamentadas la ley, ni pueden pactar la forma matrimonial que les plazca, ni pueden disolver el vínculo matrimonial a su antojo.

Hoy en día las personas poco saben saborear las excelencias del matrimonio. Antes que comenzara el Año Santo de la Redención de 1983, Juan Pablo II emprendió en sus audiencias de los miércoles el apasionante estudio de la teología del cuerpo humano. Ahora emprende el estudio del tan discutido libro sagrado el *Cantar de los cantares*. Desde los primeros versículos de este maravilloso documento, se nos introduce inmediatamente en la atmósfera de todo el poema, donde el esposo y la esposa parecen moverse en el círculo trazado por la irradiación del amor. Las palabras de los esposos, sus movimientos, sus gestos, corresponden a la moción interior de los corazones. Sólo bajo el prisma de esta moción se puede comprender el lenguaje del cuerpo, con el que se realiza el descubrimiento al que dio expresión el primer hombre ante la que había sido creada como ayuda semejante a él (Gén. 2, 20 y 23) y que había sido tomada, como dice el texto bíblico, de una de sus costillas (la costilla parece indicar también el corazón).

Este descubrimiento -analizado ya a base de Génesis 2- adquiere en el *Cantar de los cantares* toda la riqueza del lenguaje del amor humano. Lo que en el capítulo dos del Génesis (23 - 25) se expresó apenas con unas pocas palabras, sencillas y esenciales, aquí se desarrolla con un amplio diálogo, o mejor, un dúo, en el que se entrelazan las palabras del esposo con las de la esposa y se completan mutuamente. Las primeras palabras del hombre en el Génesis (II,23) , a la vista de la mujer creada por Dios manifiestan el estupor y la admiración, mas aún, el sentido de fascinación. Y semejante fascinación -que es estupor y admiración- fluye de manera mas amplia en los versículos del libro sagrado, en onda plácida y homogénea desde el principio hasta el fin del poema.

Las palabras de amor que ambos esposos pronuncian, se centran, pues, en el cuerpo, no sólo porque constituye

grupos que forman uno el *Derecho público* y otro el *Derecho privado*. Para mí siempre ha sido la familia y el matrimonio instituciones de una importancia tan extraordinaria que caben más bien dentro del público que dentro del privado, con lo que no tratamos de afirmar que el Estado pueda jamás inmiscuirse tiránica o atrabancadamente dentro del santuario sagrado del hogar.

Cada vez mas penetra el Derecho público en el privado, restringiendo la libertad individual y la autonomía de la voluntad en los actos jurídicos. Nótese que ni el hombre ni la mujer pueden regular las relaciones entre cónyuges, que les da ya reglamentadas la ley, ni pueden pactar la forma matrimonial que les plazca, ni pueden disolver el vínculo matrimonial a su antojo.

Hoy en día las personas poco saben saborear las excelencias del matrimonio. Antes que comenzara el Año Santo de la Redención de 1983, Juan Pablo II emprendió en sus audiencias de los miércoles el apasionante estudio de la teología del cuerpo humano. Ahora emprende el estudio del tan discutido libro sagrado el *Cantar de los cantares*. Desde los primeros versículos de este maravilloso documento, se nos introduce inmediatamente en la atmósfera de todo el poema, donde el esposo y la esposa parecen moverse en el círculo trazado por la irradiación del amor. Las palabras de los esposos, sus movimientos, sus gestos, corresponden a la moción interior de los corazones. Sólo bajo el prisma de esta moción se puede comprender el lenguaje del cuerpo, con el que se realiza el descubrimiento al que dio expresión el primer hombre ante la que había sido creada como ayuda semejante a él (Gén. 2, 20 y 23) y que había sido tomada, como dice el texto bíblico, de una de sus costillas (la costilla parece indicar también el corazón).

Este descubrimiento -analizado ya a base de Génesis 2- adquiere en el *Cantar de los cantares* toda la riqueza del lenguaje del amor humano. Lo que en el capítulo dos del Génesis (23 - 25) se expresó apenas con unas pocas palabras, sencillas y esenciales, aquí se desarrolla con un amplio diálogo, o mejor, un dúo, en el que se entrelazan las palabras del esposo con las de la esposa y se completan mutuamente. Las primeras palabras del hombre en el Génesis (II,23) , a la vista de la mujer creada por Dios manifiestan el estupor y la admiración, mas aún, el sentido de fascinación. Y semejante fascinación -que es estupor y admiración- fluye de manera mas amplia en los versículos del libro sagrado, en onda plácida y homogénea desde el principio hasta el fin del poema.

Las palabras de amor que ambos esposos pronuncian, se centran, pues, en el cuerpo, . no sólo porque constituye

por sí mismo la fuente de la recíproca fascinación, sino también y sobre todo porque en él se detiene directa e inmediatamente la atracción hacia la otra persona, hacia el otro yo -femenino o masculino- que engendra el amor con el impulso interior del corazón. El amor además, desencadena una experiencia particular de la belleza.

1.1.4.4. Violentos enemigos.

UN CRIMEN MEXICANISIMO.- En millones de hogares mexicanos de todos los niveles sociales, económicos y educacionales, se comete día tras día un crimen terrible: el maltrato físico de los hijos, y mucho peor aún la traición final; los que maltratan sexualmente.

Enfoquémonos primeramente al maltrato físico, el cual es motivo de gran confusión y objeto de mucha controversia. Numerosas personas siguen creyendo que los padres no sólo tienen el derecho, sino la responsabilidad de castigar físicamente a sus hijos. Hasta hace muy poco, los niños no tenían virtualmente derechos legales. Se les consideraba, en términos generales, como enseres u objetos "de propiedad" de sus padres. Durante cientos de años se creyó que los derechos de los padres eran inviolables; en nombre de la disciplina, los padres podían hacer casi cualquier cosa con sus hijos, excepto matarlos aunque vale la pena citar el derecho Romano en que sí podían matarlos.

En la actualidad, nuestras normas son mas estrictas. El problema de los malos tratos físicos infligidos a los niños ha alcanzado tales proporciones, que la presión de la opinión pública ha obligado a nuestro sistema jurídico a poner límites al castigo físico y por su puesto al castigo sexual. Sin embargo, falta aún mucho por hacer, sin embargo no es tema de la presente tesis, pero si quiziera expresar con toda vehemencia que se debería poner una línea telefónica exclusivamente al servicio del menor maltratado y abusado sexualmente, además de promulgarse una Ley Federal de prevención y tratamiento de los malos tratos a los niños. Pues con frecuencia los niños maltratados se ven expuestos a una extraña mezcla de placer y dolor pues cuando un padre o una madre hacen una promesa de amor al mismo tiempo que maltratan a un niño, entre los dos se produce una fusión increíblemente fuerte y perversa. El mundo de un niño es muy reducido, y por más crueles que sean los padres siguen representando la única fuente accesible de amor y consuelo. El niño castigado a mi manera de ver se la pasa toda la vida

buscando el Santo Grial del amor paternal, y esa búsqueda se prolonga durante la vida adulta, además de tratar de encontrar una salida a manera de liberación de ese enojo y frustración. Creo que en parte por todo esto se necesita ejecutar la figura principal de esta tesis y además que éste es el principal motivo por el que las cárceles se encuentran llenas.

El último inciso de que marca el tema de la familia, con claridad y precisión fué definido en las conclusiones del Concilio del Vaticano II, cuya iniciativa data del 25 de enero de 1959, fecha en que Juan XXIII anunció a los cardenales, en la Basílica de San Pablo extramuros, su propósito de convocarlo. Concluyó tan solemne asamblea, al aire libre, en la Plaza de San Pedro el 8 de diciembre de 1965. Así pues, a la letra dice el último párrafo:

Claro está que hoy se ve perturbada la familia por la actual situación económica, sociopsicológica y civil. Es el vínculo necesario para el cultivo del hombre: Dios ha querido que todos los hombres constituyan una familia: ella responde a la naturaleza del hombre. El derecho de fundarla, resguardarla y protegerla lo exige la vida humana. Cuando la familia es numerosa es digna de atención. Santificóla Cristo por ser fuente de la vida social, y es importante la familia cristiana para el progreso mismo del pueblo de Dios. Claramente manifiesta la familia la presencia del Salvador en el mundo, y mucho importa a la sociedad que en el seno mismo de la familia aprendan los hijos a conocer y a amar a Dios.

1.1.5. La familia en el concilio.

INTERESANTES ASPECTOS INTERNACIONALES Y SOCIOLOGICOS.

De acuerdo a la constitución *Lumen gentium* se hace notar que la familia cristiana proclama en voz muy alta tanto las presentes virtudes del reino de Dios como la esperanza de la vida bienaventurada. Los cónyuges tienen su propia vocación: el ser mutuamente y para sus hijos testigos de la fe y del amor de Cristo. De esa manera la familia, con su ejemplo y testimonio, arguye al mundo de pecado e ilumina a los que buscan la verdad.

Los cónyuges cristianos, en virtud del sacramento del matrimonio, por el que significan y participan el misterio de unidad de amor fecundo entre Cristo y la

buscando el Santo Grial del amor paternal, y esa búsqueda se prolonga durante la vida adulta, además de tratar de encontrar una salida a manera de liberación de ese enojo y frustración. Creo que en parte por todo esto se necesita ejecutar la figura principal de esta tesis y además que éste es el principal motivo por el que las cárceles se encuentran llenas.

El último inciso de que marca el tema de la familia, con claridad y precisión fué definido en las conclusiones del Concilio del Vaticano II, cuya iniciativa data del 25 de enero de 1959, fecha en que Juan XXIII anunció a los cardenales, en la Basílica de San Pablo extramuros, su propósito de convocarlo. Concluyó tan solemne asamblea, al aire libre, en la Plaza de San Pedro el 8 de diciembre de 1965. Así pues, a la letra dice el último párrafo:

Claro está que hoy se ve perturbada la familia por la actual situación económica, sociopsicológica y civil. Es el vínculo necesario para el cultivo del hombre: Dios ha querido que todos los hombres constituyan una familia: ella responde a la naturaleza del hombre. El derecho de fundarla, resguardarla y protegerla lo exige la vida humana. Cuando la familia es numerosa es digna de atención. Santificóla Cristo por ser fuente de la vida social, y es importante la familia cristiana para el progreso mismo del pueblo de Dios. Claramente manifiesta la familia la presencia del Salvador en el mundo, y mucho importa a la sociedad que en el seno mismo de la familia aprendan los hijos a conocer y a amar a Dios.

1.1.5. La familia en el concilio.

INTERESANTES ASPECTOS INTERNACIONALES Y SOCIOLOGICOS.

De acuerdo a la constitución *Lumen gentium* se hace notar que la familia cristiana proclama en voz muy alta tanto las presentes virtudes del reino de Dios como la esperanza de la vida bienaventurada. Los cónyuges tienen su propia vocación: el ser mutuamente y para sus hijos testigos de la fe y del amor de Cristo. De esa manera la familia, con su ejemplo y testimonio, arguye al mundo de pecado e ilumina a los que buscan la verdad.

Los cónyuges cristianos, en virtud del sacramento del matrimonio, por el que significan y participan el misterio de unidad de amor fecundo entre Cristo y la

Iglesia, se ayudan mutuamente a santificarse en la vida conyugal y en la procreación y educación de la prole, y por eso poseen su propio don, dentro del Pueblo de Dios, en su estado y forma de vida. De este consorcio procede la familia, en la que nacen nuevos ciudadanos de la sociedad humana, quienes, por la gracia del Espíritu Santo, quedan constituidos en el bautismo hijos de Dios que perpetúan a través del tiempo el Pueblo de Dios. Los miembros de la familia, regenerados por el Espíritu Santo, se hacen hijos de Dios.

Dentro lo que es la Iglesia Católica existe lo que es el *apostolado familiar* y contempla figuras como las que se proponen en esta tesis., entre ellas, adoptar como hijos a *niños abandonados*, colaborar en la dirección de las escuelas, asistir a los jóvenes con consejos y ayudas económicas, ayudar a los novios a prepararse mejor para el matrimonio,, colaborar en la catequesis. proveer a los ancianos, no sólo de lo indispensable, sino también de los justos beneficios del desarrollo económico. Pues la familia es la *madre de la educación*. Además de ser imagen y participación de la alianza de amor entre Cristo y la Iglesia, manifestará a todos la presencia viva del Salvador en el mundo y la auténtica naturaleza de la Iglesia, ya por amor, la generosa fecundidad, la unidad y fidelidad de los esposos, ya por la cooperación amorosa de todos los miembros.

Así un gran número de naciones occidentales, hay quienes consideran a la familia como un *sistema de denominación*, de organización del poder del hombre sobre la mujer y sus hijos, cosa contraria a la nueva ética de la libertad. Jóvenes hay que afirman su convicción de transformar a la familia en el *amor libre*, o la *familia común*. y cierto es que quienes tratan de abolir a la familia gozan del derecho de hablar; pero el Vaticano también goza del derecho de contestarles. De la religión católica ha de exigirse *sinceridad* y *validez* en nuestros argumentos. Fácil es demostrar que no es la familia la que ha sido abandonada, sino las ideas tradicionales de la familia.

Los conceptos de legitimidad de las familias occidentales manan de códigos civiles que hacen suyas fórmulas de organización de antiguas sociedades, bien sea de la antigua Judea bíblica, bien del Derecho Humano adaptado a las sociedades greco-latinas anteriores a nuestra era, o bien del derecho desarrollado por la revolución industrial y burguesa de la Europa del siglo XVIII.

1.1.5.1. Critica al concilio de la familia.

Aprovecho este espacio para hacer una crítica tocante al tema que estamos abordando, pues si bien existe una crisis del concepto de la familia, como lo afirma la religión católica, también considero que ni obras tan de voga logran dar con el clavo, así tenemos libros tan renombrados como *El Síndrome de Peter Pan*, *Padres que odian*, y otros más. Creo que con estos dos nos bastaría para obtener un criterio suficientemente veraz para entender. En el primer título "Síndrome de Peter Pan"; el adulto nunca deja de ser niño, y es aproximadamente los mismos razonamientos que expone la otra obra; "Padres que Odian"; en que al final el resultado se llega a que niño golpeado es niño golpeador; y así en muchísimas fases de la personalidad del individuo, lo que yo reduzco todas estas analogías es a un tipo de "spasmus" (pasma) en el que en determinado momento de la vida de una persona sucede una emoción fuerte en el algún ramo de la personalidad, es ese ramo de la personalidad el que se pasma, se convulsa, y es esa faceta de la personalidad la que no va a madurar a la par que las demás, sino que se quedará en su estado de madurez que se encontraba o ni siquiera, peor aún en estado de madurez sino en un estado de gestación, como lo que sucede con la fruta que se corta verde, alguna llega a madurar, otras más, (la mayoría) por desgracia no lo hacen. Ahora, no es necesaria una emoción fuerte, sino a lo que le llamaría yo un bombardeo como en el caso de los medios de comunicación, los usos y costumbres del medio ambiente que rodeen al individuo, los que arrojen al ente a ejecutar toda una ecuación de significados pero debido a su estado de pasmo, el resultado será tan optimista como sea su estado, o bien tan pesimo como se pueda uno imaginar. Existen adultos que aún no satisfacen la falta maternal que hubo en su infancia, o quizás se vuelve demasiado protector porque siempre el lo necesitó, dependiendo cada caso. A lo que me refiero es que estas situaciones son reales y que de esta manera el individuo nunca aprenderá el concepto real de familia, interviniendo además otros factores como el de la carestía, el de la esclavitud en los trabajos, con un pago muy denigrante, aprovechando la necesidad actual, violencia, etc., por lo tanto los padres no conviven casi ya con los hijos, así, ¿como sería posible que el matrimonio cumpla su destino que es marcado por la Sagrada Iglesia como el de aistir a los vagabundos, colaborar en la dirección de escuelas, asistir a los jóvenes con consejos con ayudas económicas, ayudar a los

novios a prepararse para el matrimonio,, sostener a los esposos y a las familias que estén en peligro material o moral, proveer a los ancianos, etc. Lo cierto, la mera verdad es que los padres ni de sus hijos tienen tiempo, pues o satisfacen los factores materiales o satisfacen los factores morales; y pues antes el dicho era *ser o no ser* y ahora es *basado única y concretamente al comer o no comer*. No justifico el hecho de que porque exista el mal dejará de existir el bien, sino que el bien jamás aprenderá del mal, salvo sus honrosas excepciones. Lo que falta es más inculcación de principios y valores en las escuelas, pues si unos padres no los tuvieron, ¿como se los inculcarán a sus hijos?, quizás ni siquiera saben para qué se casaron, ni siquiera tendrán la vocación de los hijos, quizás sólo exista un amor inmaduro que al poco tiempo termina en un divorcio.

Quienes postulan la desaparición de la familia, parecen olvidar que el conjunto de las relaciones y de los comportamientos familiares resultan de la acumulación de todos los fenómenos que gradualmente convergieron a la existencia de la especie humana y de la civilización contemporánea. Pueden cambiarse ciertos aspectos institucionales en la familia, pero no eliminar ni el conjunto ni una parte importante de las relaciones y comportamientos pretéritos, sin provocar situaciones y consecuencias nefastas. La falta de respeto a los procesos que han creado nuestro mundo, lleva a menudo a deteriorar la condición humana, como lo demuestran hoy el problema de la polución del aire, del agua y del ambiente global en las sociedades industriales. El carácter humano del hombre mana del conjunto de las relaciones y comportamiento familiar. Querer suprimir a la familia es poner en causa directamente la humanidad misma del hombre.

En efecto, el crecimiento fisiológico, la estabilidad de la personalidad, la capacidad para soportar dificultades y para resolver situaciones conflictivas, la creatividad, la competencia, la motivación, el grado de salud mental y muchos otros aspectos del dinamismo humano, se hallan condicionados en las personas de toda edad por la calidad de sus relaciones familiares pasadas y presentes.

Así, cuando sabemos de las relaciones familiares, hace resaltar su extraordinaria importancia en el desarrollo de la persona y en la calidad de vida de una población. Comienza la experiencia de la vida con la época inconsciente vivida por el infante, y se amplía gradualmente para dar a nuestras actividades cotidianas

una dimensión de efectividad, que abre lo habitual hacia lo trascendente de la ternura y el amor.

Sin embargo, no hay que creer que este progreso de la experiencia familiar sea automático. Los modos de representación existentes en las familias y en las sociedades han dado lugar a conceptos de legitimidad, de derechos y de deberes, de responsabilidades, de divisiones de las diarias tareas, que se convirtieron en sistemas de autoridad incorporados a los códigos civiles.

1.1.6. Elementos de política familiar. las diez prioridades.

a) *La salud.* Dependen las relaciones familiares, en muy alto grado, de la salud de sus miembros. Acertados servicios médicos han de cubrir en forma adecuada todas las etapas del ciclo de la vida familiar, del nacimiento o de la ancianidad. El enfermo deberá ser cuidado no sólo como individuo sino por ser miembro de una familia. Sin dejar a un lado la salud mental que ocupa un privilegiado lugar.

b) *Equilibrio de la población.* La población crece y buen número de familias viven en desesperante pobreza. La vida efectiva dentro de la familia queda adversamente influenciada tanto por las privaciones que causa la pobreza como por aplicación de medidas limitativas del número de niños que trataran de imponer penas a los padres. Adoptemos una paternidad responsable, aunque nunca una paternidad egoísta. Cosas son diametralmente opuestas. Inconcebible es la actitud de polémicas que por una parte facilitan una sexualidad y un erotismo cada vez mas libres, y por otra tratan de imponer penas a la vida afectiva dentro de las familias.

c) *Alojamiento y distribución de espacio.* El alojamiento es indispensable para el bienestar de las personas. En espacios reducidos la vida familiar puede tornarse imposible. Arquitectos y urbanistas demasiadas veces han creado alojamientos o ciudades que ignoran las necesidades elementales de las familias o que colocan a una enorme distancia del hogar las escuelas, los mercados, el trabajo, los hospitales, las iglesias y las facilidades de transporte. Debe intervenir energicamente la familia en todo proyectos de urbanización.

e) *Informes sobre el consumo.* No se trata tan solo de proporcionar a la familia precios y calidades de servicios u objetos necesarios. Debe ella saberse servir del crédito.

f) *Esparcimiento.* Si bien la característica de las sociedades contemporáneas es la de ser *civilización de esparcimiento*, no debemos perder de vista que éste, mal entendido, puede desintegrar las relaciones familiares. El esparcimiento debe permitir vivir cada vez mejor las relaciones familiares, aumentar su contenido afectivo, y no provocar nunca nuevos problemas. Es en el esparcimiento que el contenido afectivo de las relaciones familiares llega a su máximo, y acorta las distancias entre las generaciones.

g) *Trabajo y ocupación.* De la familia reciben los jóvenes motivaciones y posibilidad de éxito en sus ocupaciones. Importante es para la admisión a la vida profesional analizar el origen familiar de los candidatos. Necesitan las madres horarios particulares para recoger a sus niños en las guarderías, o para estar en el hogar cuando el niño entra de la escuela. Hay que proteger los derechos de las madres.

h) *Es la ocupación para la familia la gran determinante del nivel de vida.* Y lo malo es que siempre existe una diferencia entre el ingreso determinado o el salario y las necesidades de los miembros de una familia. La política familiar debe ocuparse en resolver el problema.

i) *Servicios sociales a las familias.* Una situación de privación puede surgir de una deficiencia de ingreso o de una deficiencia en la disponibilidad o en la competencia de las personas que responden del bienestar familiar. Las medidas que tengan por objeto mantener determinado ingreso de acuerdo con las cargas familiares vienen a resolver problemas bien graves, en interés de todos, *las familias problema* engendran personas con problemas. Los problemas familiares de los individuos invariablemente se reflejan en el desarrollo de la sociedad y no pueden solucionarse los problemas que aquejan a una persona determinada sin solucionar su situación familiar.

j) *Los tribunales familiares han de ejercer jurisdicción sobre todos los problemas legales de una familia.* El aspecto legal de las relaciones familiares no debe quedar separado de los aspectos efectivos. Los

tribunales familiares tienen, entre otras misiones bien delicadas, la de velar sobre el bienestar de las personas en la familia. Y es tan reducido el número de los juzgados de la familia, tanto los medios de colaboración que se ponen a su alcance.

EVOLUCION HISTORICA DE LA FAMILIA.

2.1. NATURALEZA Y CULTURA EN LA FAMILIA.

La familia constituye el caso por excelencia de formación o grupo social suscitado por la naturaleza, éste hecho no quiere decir de ninguna manera que la familia sea mero producto de la naturaleza, sino que la familia constituye una institución creada y configurada por la cultura para regular las conductas conectadas con la generación.

Los hechos del impulso sexual, de la procreación, del desvalimiento de los niños, del antagonismo de los sexos, y también de las generaciones, en lugar de quedar librados al azar de los meros factores biológicos psíquicos; por el contrario, merced a la institución de la familia son encauzados y regulados.¹⁹

2.2. TIPOS VARIOS DE FAMILIA.

La siguiente clasificación está basada principalmente en la llamada familia conyugal monógama. Sin embargo, parece oportuno mencionar brevemente algunos de esos otros tipos de familia, diferentes de la familia conyugal monógama.

a) *Familia Poliándrica*.- (una mujer con varios hombres), hecho que suele llevar al matriarcado, forma de organización familiar en la cual la madre, por ser el progenitor individualmente conocido es el centro de la familia, y quien ejerce en ella la autoridad, y en la cual la descendencia y los hechos de ésta se determinan

¹⁹ RECANSENS Siches Luis, Sociología, p. 466 XXII Edición, Edit. Porrúa.

por línea femenina.⁴⁰ Según el autor, el matriarcado se inició cuando la cultura inestable de los cazadores se transformó en cultura sedentaria de los agricultores. Desde siempre la mujer había estado, como recolectora de frutos, en estrecho contacto con la tierra y sus productos. Cuando los progresos, debidos a la mujer, arrebataron poco a poco el predominio económico al hombre y dieron a la mujer como elemento productor la preponderancia económica, tuvo lugar esta transformación, que convirtió a la mujer en la clase directora de la sociedad humana y trajo por consecuencia una época de cultura femenina.

b) *Familia polígama.*- Ha existido, o existe en algunas sociedades primitivas, temporalmente en otras de la antigüedad israelita, en los musulmanes y entre los mormones. Se ha dicho que entre los pueblos cazadores y guerreros la poligamia puede haberse motivado por las bajas del contingente masculino producidas en los accidentes de la guerra o de la caza: sobran mujeres debido a que perecen muchos hombres. En otras sociedades se ha motivado quizá también por el hecho de que se desea multiplicidad de esposas para aumentar el número de hijos, los cuales son importantes furzas de trabajo, o de poder, o de prestigio.

c) *Familias monógama matriarcal.*- Aunque a veces se supone que el matriarcado estuvo ligado a la poliandria, esto no es necesario, como ya se hizo notar. Hay casos entre los pueblos primitivos, y en algunos pueblos antiguos, sobre todo orientales del Pacífico de organización familiar monógama, pero centrada alrededor de la madre y regida por la autoridad de ésta.

d) *Familia monógama patriarcal.*- Tal y como aparece en el Antiguo Testamento, en la Política de Aristóteles y en el Derecho Romano, especialmente en el arcaico. Según describió vívidamente el historiador francés Fustel de Coulanges, la familia patriarcal de la Antigüedad clásica, sobre todo los primeros tiempos de ésta, se fundaba principalmente sobre el culto a los muertos, a los antepasados, el cual se practicaba privadamente en el hogar sólo para cada familia sobre sus propios muertos. Al dar el padre la vida a su hijo le transmitía su propio culto, esto es, el derecho de mantener vivo el fuego sagrado del hogar. La familia romana formaba una unidad religiosa, política y económica. El *pater familias* era el

⁴⁰ BACHOFEN Johann Jakob p. 345 Das Mutterrecht eine Untersuchung über Gynatkokratie der alten Welt nach ihrer religiösen una rechtlichen Natur, Stuttgart, 1861.

director del culto doméstico, actuaba como magistrado para dirimir todos los conflictos que surgiesen en su seno, y era además el dueño único del patrimonio familiar. El nexa fundamental que une a los miembros de la familia romana es el parentesco civil o agnación, que los vincula al pater familias. La agnación comprende no sólo a los descendientes, sino también a la mujer quien entra a la familia por la *manus*, es decir, por su sumisión a la potestad marital, a los hijos adoptivos, e incluso a dependientes del hogar. Así, pues, eran agnados todos los que se hallaban bajo la potestad del *pater familias*, o que estarían sujetos a tal autoridad si éste no hubiese muerto. Los hijos de las hijas no estaban ligados al abuelo materno por este parentesco agnaticio a pesar del parentesco cognaticio o de sangre en virtud de que no se podía pertenecer a la vez, dado el carácter religioso o político de la familia, a la rama paterna y a la materna.

e) *La acción del Cristianismo.* - El Nuevo Testamento resaltó el contrato matrimonial a la dignidad de sacramento, elevó el nivel de la mujer, puso la institución familiar al servicio de los hijos y para el beneficio de éstos. Las ideas mantenidas por el Cristianismo fueron el más serio freno a la corrupción de las costumbres que se desarrollaban en la Roma Imperial contra lo cual antes habían resultado ineficaces las medidas de carácter puramente jurídico.

f) *Familia feudal.* - Hace notar Antonio Caso que en la estructuración de la familia feudal intervinieron entre otros, dos factores principales: el de particularismo de los antiguos germanos y las ideas cristianas. En la organización feudal el poder del Estado, del rey, de hecho es muy débil. En el interior de cada residencia o zona feudal fortificada se produce todo lo que sea menester para la subsistencia de sus habitantes. La familia feudal en realidad llevaba a cabo en pequeño la mayor parte de las funciones estatales. La familia se convirtió en el feudo, en donde bajo la autoridad del señor y de sus vasallos, vivían los siervos, los trabajadores rurales consagrados a la gleba que cultivaban. Mientras los hombres guerrear o trabajan el suelo, las mujeres hilan o tejen.

g) *Familia conyugal o moderna.* - Abarca sino tan sólo a los progenitores y su prole. De aquí se desprende la familia moderna en las sociedades occidentales que fue durante mucho tiempo la llamada *familia conyugal monógama* o *extensa*, originada en el antiguo Israel, desenvuelta a

través de Grecia y Roma, de la Edad Media, e incluso de la edad moderna y del siglo XIX, la cual solía comprender tres generaciones en un solo hogar (abuelos, padres, e hijos), y en relaciones muy estrechas con los parientes colaterales.

Esa familia conyugal extensa todavía persiste en considerable medida, sobre todo en algunas zonas rurales. Pero en los últimos decenios ha ido cobrando más generalidad la familia conyugal restringida, la cual comprende solamente en un solo hogar a los esposos y a sus hijos.

Nótese que en los varios tipos de familia mencionados no son todos ni los únicos que han existido, sino que tan sólo los tipos más caracterizados. Adviértase también que se trata tan sólo de tipos, los cuales se diversifican en una gran variedad de subtipos en los diversos lugares y periodos históricos.

2.3. EVOLUCION Y CAMBIOS DE LA FAMILIA MONOGAMA.

1.- La familia en las situaciones primitivas, e incluso hasta cierto punto en la Antigüedad y en la Edad Media, era una institución omnicomprendiva dentro de la cual se realizaban casi todas las funciones sociales, religiosas. Sigue en parte conservando este carácter en muchas comarcas rurales. En el curso de la evolución histórica la familia dejó de ser la institución social por antonomasia, para convertirse en una institución que ha seguido siendo total y continúa siendo fundamental, pero situada al lado de otras instituciones especializadas (Iglesia, Estado, escuela, empresa económica, grupos de recreo, etc.).

2.- Como ya se apuntó antes, en las sociedades urbanas se ha reducido su tamaño considerablemente, desde las grandes unidades características de la Antigüedad clásica, pasando por el tipo conyugal extenso, hasta llegar al tipo restringido.

3.- La condición social y jurídica de la mujer casada ha ido cambiando considerablemente, desde su sujeción a la manus marital en el Derecho Romano, hasta la plena equiparación con el valor en la mayor parte de los países más adelantados del presente. Con ello la mujer ha tenido acceso a las fábricas, a las oficinas, a las profesiones liberales, lo cual ha determinado cambios en la estructura social de la familia, no es este el lugar para

discutir si favorables o desfavorables, o hasta qué punto lo uno y hasta qué punto lo otro, o cuándo no y en qué condiciones; cambios también en la estructura económica de la familia; en la educación de los hijos y de las hijas.

2.4. LA FAMILIA SEGUN LA TEORIA MATERIALISTA.

Según la teoría materialista, el móvil esencial y decisivo al cual obedece la humanidad en la historia, es la producción y la reproducción de la vida inmediata. A su vez, éstas son de dos clases. Por un lado, la producción de los medios de existir, de todo lo que sirve para alimento, vestido, domicilio y de los utensilios que para ello se necesitan; y por otro, la producción del hombre mismo, la propagación de la especie. Las instituciones sociales bajo las que viven los hombres de una época y de un país dados están íntimamente enlazados con estas dos especies de producción, por el grado de desarrollo del trabajo y por el de la familia. Cuanto menos desarrollado está el trabajo, más restringida está la cantidad de sus productos, y, por consiguiente, la riqueza de la sociedad; más subordinado se halla el orden social a los vínculos de la consanguinidad. En esa organización de la sociedad fundada en los lazos de la familia, cada vez es menos productivo el trabajo; con ella progresan la propiedad privada y el cambio de productos, la diferencia de fortunas, la valoración de la mano de obra extraña y, por consiguiente, los antagonismos de clases: elementos sociales, nuevos todos ellos, que con el transcurso de las generaciones se esfuerzan por adoptar la antigua constitución social a nuevas condiciones, hasta que a la postre la incompatibilidad entre una y otras acarrea una completa revolución. La sociedad antigua, cimentada en la consanguinidad, desaparece entre el choque de las clases sociales recién formadas; y cede el paso a una sociedad nueva resumida en el Estado, cuyas unidades constituyentes ya no son lazos de familia, sino vínculos locales, una sociedad donde el orden de la familia está completamente sometido al orden de la propiedad, y en el seno de la cual tienen libre curso esos antagonismos y esas luchas de clases que componen hasta hoy toda la historia "escrita".

El gran mérito del escritor Morgan consiste en haber descubierto y reconstituido con sus principales rasgos esa base prehistórica de nuestra historia escrita, y

haber hallado en las asociaciones de raza de los indios de la América el Norte, la clave que nos permite descifrar los enigmas más importantes e insolubles hasta ahora, de la historia de las antigüedades griega, romana y germánica.

No es sino hasta 1860 en que no hay que pensar en una historia de la familia. La ciencia histórica se encontraba aún, en este terreno, bajo el influjo exclusivo de los cinco libros de Moisés. La forma patriarcal de la familia, que se pinta allí con más detalles que en ninguna otra parte, no sólo se admitía de un modo corriente como la más antigua, sino que, después de suprimida la poligamia, identificábase aquella con la familia plebeya contemporánea; de tal suerte, que la familia en general no había realizado ninguna evolución histórica, concediéndose, a lo sumo, que en los tiempos primitivos pudo haber habido un comercio sexual sin reglas. No cabe duda de que, aparte de la monogamia, conocíase también la poligamia del Oriente y la poliandria del Tibet; pero estas tres formas no se sucedían en el orden de una serie histórica, sino que figuraban una junto a otra, sin relacionarse entre sí por medio de ningún vínculo. Que en algunos pueblos de la antigüedad y en ciertos salvajes de la época actual se cuenta la descendencia no según el padre, sino según la madre, y, por consiguiente, la filiación femenina es la única que se considera entre ellos como válida; que en numerosos pueblos contemporáneos estuvo prohibido el matrimonio dentro del círculo de ciertos grandes grupos que aún no se habían determinado con exactitud, encontrándose esta usanza en todas las partes del mundo: es cierto que estos hechos eran conocidos y cada día se agregaban a ellos otros nuevos ejemplos.

2.4.1. El estado prehistórico.

I.- Estado salvaje.

1° *Estadio inferior.*- Es la infancia del género humano, el cual, viviendo encima de los árboles, por lo menos parte de él, (y ésta es la única explicación de que pudiera continuar existiendo en presencia de las grandes fieras), permanecía aún en sus mansiones primitivas, los bosques tropicales o subtropicales. Los frutos, las nueces y las raíces servían de alimento; el principal producto de esa época, es la elaboración de un lenguaje articulado. Ninguno de los pueblos del periodo histórico que conocemos pertenecía ya a ese estado primitivo. Aún

cuando ha podido durar miles de años, no por eso podemos demostrar su existencia con testimonios directos; pero admitiéndose que el ser humano ha salido del reino animal, no hay más remedio que aceptar esa transición.

2° *Estadio medio.*- Comienza con el empleo alimenticio de los pescados (entre los cuales contamos también con los crustáceos, los moluscos y otros animales acuáticos) y con el uso del fuego. Los dos van juntos, porque sólo el fuego permite hacer comestible de un modo perfecto la pesca. Pero con esta nueva alimentación los hombres hiciéronse independientes del clima y de los lugares; siguiendo el curso de los ríos y las costas de los mares, aun en estado salvaje pudieron difundirse por la mayor parte de la tierra. Los instrumentos de piedra de la primera edad, trabajados groseramente, sin pulimentar conocidos con el nombre de paleolíticos, que pertenecen todos o la mayoría de ellos a este periodo y se encuentran desparramados por todos los continentes, son pruebas de hecho en apoyo de esas emigraciones. La ocupación de nuevas zonas, el instinto descubridor, siempre despierto, y la posesión del fuego por medio del frotamiento, crearon alimentos nuevos, tales como la raíz y los tubérculos amiláceos conocidos entre ceniza caliente o en hornos excavados en el suelo; y tales también como la caza, que con la invención de las primeras armas -la maza y la lanza- llegó a ser para la alimentación un recurso ocasional. Jamás hubo pueblos exclusivamente cazadores, como se dice en los libros, es decir, que vivían sólo de la caza, porque el producto de ésta es harto inseguro. Por efecto de la constante incertidumbre de los medios de alimentarse, parece establecerse durante este estadio la etapa de la antropofagia, que desde entonces se sostiene durante largo tiempo. Los australianos y muchos polinesios se hallan hoy aun en ese estadio medio de savajismo.

3° *Estadio superior.*- Comienza con la invención del arco y la flecha, gracias a los cuales llega la caza a ser un alimento corriente; y el cazar una de las ramas habituales del trabajo. El arco, la cuerda y la flecha forman ya un instrumento muy complejo, cuya invención supone larga experiencia acumulada y facultades mentales superiores, así como el conocimiento simultáneo de otra multitud de inventos. Si comparamos los pueblos que conocen el arco y la flecha, pero no el arte de la alfarería (del cual deriva Morgan el tránsito a la barbarie), encontramos ya algunos comienzos de residencia fija en aldeas, cierto dominio de la producción de los medios de subsistir, vasijas y trebejos de madera, el tejido a mano (sin telar) con fibras de corteza, cestos trenzados con cortezas o con juncos, armas de piedras pulimentada (neolíticas). En la mayoría de los casos, el

fuego y el hacha han producido ya la piragua formada por un solo tronco de árbol (monoxila), y en ciertas comarcas las vigas y las tablas necesarias para construir casas. 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. El arco y la flecha fueron para el estado salvaje lo que la espada de hierro para la barbarie y el arma de fuego para la civilización: el arma decisiva.

II. Barbarie.

1°.- *Estadio inferior.*- Empieza a introducirse el uso de la alfarería. En muchos casos y verosíblemente, nació esta de la costumbre de recubrir con arcilla los objetos de cestería o de madera, para hacerlos refractarios al fuego; lo cual no tardó en hacer descubrir que la arcilla moldeada no tenía necesidad del objeto interior para prestar ese servicio.

2°.- *Estadio medio.*- Comienza en el Este con la cría de los animales domésticos, en el oeste con el cultivo de las hortalizas por medio del riego y con el empleo de adobes (ladrillo sin cocer y seco al sol) y de la piedra para la construcción de edificios.

Comenzamos por el oeste, porque este estadio no ha sido sobrepujado en ninguna parte hasta la conquista europea.

Entre los indios del estadio inferior de la barbarie (de los cuales forman parte todos los que se encuentran al Este de Mississipi) existía ya en la época del descubrimiento cierto cultivo hortense de maíz y quizá de la calabaza, del melón y otras plantas de huerta que les suministraban una parte muy esencial de su alimentación; vivían en casas de madera, en aldeas protegidas por empalizadas. Las tribus del Noroeste, principalmente las del valle de Colombia, hallábanse aún en el estadio superior del estado salvaje, sin conocer la alfarería ni el cultivo de ninguna clase de plantas. Por el contrario, los indios del llamado pueblo de Nuevo México, los mexicanos, los centroamericanos y los peruanos de la época de la conquista, hallábanse en el estadio medio de la barbarie; vivían en casas de adobes y de piedra en forma de fortalezas; cultivaban el maíz y otras plantas alimenticias, diferentes según la orientación y el clima, en huertos de riego artificial que suministraban la principal fuente de alimentación. Comenzando más tarde en el Este el estadio medio superior con la domesticación de animales.

3° *Estadio superior.*- Comienza con la fundición del material mineral de hierro, y pasa al estadio de la

civilización con el invento de la escritura alfabética y su empleo para la notación literaria. Este estadio, que como se ha dicho, no ha existido de una manera muy independiente sino en el hemisferio occidental, supera por los progresos de la producción a todos los anteriores juntos. A este estadio pertenecen los griegos de la época heroica, las tribus itálicas poco antes de la fundación de Roma, los germanos de Tácito, los normandos del tiempo de los Vikingos. Ante todo nos hallamos aquí con el arado de hierro arrastrado por animales, que hace posible el cultivo de la tierra en gran escala, la agricultura, y por lo mismo produjo un aumento prácticamente casi ilimitado de los medios de existencia para las condiciones de entonces: el arado es el que hizo aprovechables la tala de los bosques y su transformación en tierras de labor y en praderas, transformación imposible antes de que se introdujesen el hacha y la reja de hierro.

Pero también resultó de ello un rápido aumento de la población y de la densidad de ésta en un espacio pequeño. Antes de la era de la agricultura, debió necesitarse de un estado de cosas muy excepcional, para que medio millón de hombres pudieran reunirse bajo una única y misma dirección central, y es de creer que esto no aconteció nunca.

En los poemas homéricos, principalmente en la *Iliada*, es donde encontramos la época más floreciente del estadio superior de la barbarie. La principal herencia que los griegos llevaron de la barbarie a la civilización fué: trebejos de hierro perfeccionados, el molino de brazo, la rueda de alfarero, la preparación del aceite y del vino, el trabajo de los metales ascendido a la categoría de oficio artístico, la carreta y el carro de guerra, la construcción de barcos por medio de tablones y vigas, los comienzos de la arquitectura como arte, las ciudades amuralladas con torres y almenas, la epopeya homérica y el conjunto de la mitología.

Siguiendo un recorrido más a paso veloz, nos encontramos con una clasificación ya de la familia muy peculiar: *La familia sindiásmica*. - Este tipo de familia se ubica bajo el régimen de matrimonio por grupos, o quizá antes, formábanse ya parejas conyugales unidas por un tiempo más o menos largo, el hombre tenía una mujer en jefe (no puede decirse que una mujer favorita) entre sus numerosas esposas, y era para ella el esposo principal de todos, de esto surgió más adelante una creciente complocación derivándose las prohibiciones del matrimonio por grupos, de tal suerte que la poligamia y la infidelidad ocasional siguen siendo un derecho para los

hombres , al paso que casi siempre se exige la más estricta fidelidad a las mujeres, mientras dure la vida común, y su adulterio se castiga cruelmente. Pero el vínculo conyugal se disuelve con facilidad para una y para otra parte; y después, como antes, los hijos pertenecen a la madre sola. Con el matrimonio sindiásmico comienza la compra de las mujeres, síntomas muy difundidos, pero nada más, de un cambio mucho más profundo efectuado. La familia sindiásmica no suprime de ningún modo el hogar comunista que nos presenta la época anterior, pero el hogar comunista significa 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, significa profunda estimación de las mujeres, es decir, de las madres.

La familia monogámica.- Esta nace de la familia sindiásmica, según se ha demostrado en la época que sirve de límite entre el estadio medio y el estadio superior de la barbarie; su triunfo definitivo es uno de los signos característicos de la civilización naciente. Se funda en el poder del hombre, con el fin formal de procrear hijos con una paternidad cierta; y esta paternidad se exige, porque esos hijos, en calidad de herederos directos, han de entrar un día en posesión de bienes de la fortuna paterna. Se diferencia del matrimonio sindiásmico por una solidez mucho más grande del vínculo conyugal. En este también se otorga el derecho de la infidelidad conyugal, por lo menos las costumbres (el Código Napoleón se lo otorga expresamente, mientras no tenga a la concubina en el domicilio conyugal), y se ejercita cada vez más a medida que progresa la evolución social; si la mujer se acuerda de las antiguas prácticas sexuales y quiere renovarlas, es castigada más severamente que en ninguna época anterior.

La "Gens" Iroquesa.- Se llega ahora a otro descubrimiento de una importancia igual por lo menos a la de la reconstitución de las formas primitivas de familia por los sistemas de parentesco. La prueba de que los grupos consanguíneos designados por medio de los nombres de animales en el seno de una tribu de indios americanos son esencialmente idénticos a las *gens* de los griegos, a las *gentes* de los romanos: que la forma americana es original, siendo la forma greco-romana un derivado ulterior de ella; que toda la organización social de los griegos y romanos de los tiempos primitivos en *gens*, *patria* y *tribu* encuentra su paralelo fiel en la organización indoamericana: que la *gens*, hasta lo más

lejos que alcanzan hoy nuestras fuentes de conocimiento, es una institución común a todos los bárbaros hasta su ingreso en la civilización: esa prueba ha dilucidado de una vez las partes más difíciles de la antigua historia griega y romana y nos ha dado al mismo tiempo inesperadas aclaraciones acerca de los rasgos fundamentales del régimen social de la época primitiva, antes de aparecer el Estado. Por muy sencilla que parezca la cosa una vez conocida, sin embargo llegar a penetrar el secreto tomó muchos años.

La palabra latina *gens*, procede, como la palabra griega del mismo significado *genos*, de la raíz aria común *gan* en alemán- donde según la regla, la *k* debe reemplazar a la *g* aria- *kan.*, que significa engendrar. Las palabras *gens* en latín, *genos* en griego, *djanas* en sánscrito, *kuni* en gótico según la regla anterior, *kyn* en antiguo noruego y anglosajón, *kin* en inglés y *künne* en medio-alto alemán, significan de igual modo *parentesco, descendencia*. Pero *gens* en latín o *genos* en griego se emplean especialmente para designar ese grupo que se jacta de una descendencia común (del padre común de la tribu en el presente caso), y que está unido por ciertas instituciones sociales y religiosas, formando una comunidad particular, cuyo origen y cuya naturaleza siguen siendo oscuros hasta ahora, a pesar de todo, para los historiadores.⁴¹

2.4.2. Antítesis de Engels.

En relación con el origen de la familia, Federico Engels, Bachofen, Morgan, Sales y Ferré y MacLenan, cuyos párrafos sólo a título de curiosidad pueden recordarse en el recorrido de estas páginas anteriores, fueron combatidos victoriosamente por el inglés Summer Maine, tratan de presentarnos a la humanidad en su infancia, en un estado puramente fisiológico, en el que conviven los humanos seres en la más absoluta promiscuidad de sexos, siendo por tanto desconocida la paternidad por la imposibilidad de precisarla. Inocentemente ignoran, fingen ignorar tales teorías que la humanidad lleva millones de años de existencia; nosotros, puerilmente, que en nuestros conocimientos podemos apenas remontarnos con suma audacia a lo ocurrido diez mil años antes de nuestra era, tratamos de adivinar cuanto acaeció en el pasado, y mereceríamos, en todo caso, el justo reproche

⁴¹ ENGELS Federico Origen de la familia 4ª Reimpresión Enero 1992 p.p. 5 a 7, 9, 23 a 30, 68 a 72, 91 a 93.

dirigido por los sacerdotes egipcios al glorioso Herodoto, cuando le hacían ver que los griegos apenas conocían el presente, cuando Egipto tenía ya una historia que databa de miles de años. Ocurría esto en el siglo V A.C., seguramente antes de que el historiador concluyera sus nueve libros (cada uno de ellos bajo la advocación de una de las musas de los tiempos fabulosos.).

Dicho tal, considero lo anterior como premisa fundamental, además que quisiera agregar que en estudios recientes se ha comprobado que los primates (por ser lo más parecido al hombre) aún que se encuentren en estado primitivo no practican el apareamiento entre familiares. Incluso, permaneciendo ahí practican la adopción, y sólo en casos extremos el canibalismo con objeto de depurar el exceso de población dentro de una manada, hasta hacen y deshacen pactos, alianzas como cualquier político en la actualidad, motivos por los cuales me llevan a deducir que el hombre por más primitivo el estado en que se haya encontrado, me atrevo a afirmar que jamás se apareó por simple analogía, por simple casualidad, aunque sea primitivo, pero por ende natural fué capaz de experimentar sentimientos de la misma manera que sus deseos y necesidades, siendo además en un principio un ser migratorio por naturaleza, que en su estado original motivaba el encuentro con seres de distintos grupos humanos siempre, sólo en su estado natural, (porque considero que el hombre ya no vive en un estado natural que respeta las reglas de la naturaleza dictadas para actuar por sus instintos y la razón, sino que ahora puede decirse está contaminado, infectado, por razones obias consecuencia de la civilización)., sólo en la actualidad en una ocasión se ha presentado además que en la edad media la cruza del hombre con familia, porque no tenían contacto con otro grupo social, debido al aislamiento éste en Africa, provocando malformaciones genéticas. El hombre por naturaleza no está diseñado para cruzarse con razas distintas ni con entes de su misma familia, pues en su estado primitivo percibe a la familia como un ente digno de veneración y respeto.

¿Porqué nace la familia?.- "No es bueno que el hombre esté solo", dice Yahvé en el Génesis. "Hagámosle una ayuda semejante a él". Cada sexo denota una humanidad incompleta: el hombre necesita a la mujer y la mujer al hombre. La humanidad completa se realiza en la unión de ambos, engendradora de hombres. Y la unión sana entre hombre y mujer no puede existir como mero encuentro accidental: mutuamente se necesitan hombre y mujer en todo el desarrollo de su vida, y la vida es un todo

continuo. El desarrollo de la personalidad masculina reclama la unión con una personalidad femenina, y viceversa.⁴²

2.5. ALGUNAS ENSEÑANZAS DE LA HISTORIA DE LA FAMILIA.

2.5.1. El pueblo de Israel.

La revelación y la ciencia señalan al Asia como la cuna de la humanidad. La sagrada Biblia nos enseña los orígenes de la sociedad familiar y la división de los pueblos en dos grupos: *hijos de Dios*, los descendientes del Set, e *hijos de los hombres*, los descendientes de Caín, ambos hijos de Adán.

Entre los primeros, la sociedad doméstica fué una prolongación de la paradisiaca vida observada por la primera pareja después del pecado original, siendo la característica de la unión conyugal la *unidad, indisolubilidad, santidad, mutuo auxilio y recíprocas prestaciones*. Nos enseña el Génesis que Noé y sus hijos, que fueron los últimos representantes de aquella privilegiada raza, no tienen más que una esposa cuando entran al arca. Los hijos de los hombres, mucho antes de ocurrir la gran catástrofe, habían vulnerado la ley divina, quebrantando la unidad del vínculo; y así vemos a Lamec, hijo de Matusalén, descendiente de Caín, casado con dos mujeres al mismo tiempo, y a quien Tertuliano señala como el primer violador de la unidad conyugal.

La organización doméstica del pueblo judío, trazada por Dios en el Código revelado, contiene por precisión los deberes y derechos de los padres, esposos e hijos. El matrimonio tiene un carácter religioso, y de él se derivan los derechos de naturaleza civil; precedenle las oraciones de los padres y de los circunstantes para traer las bendiciones de Dios sobre los esposos; (Génesis XXIV, 60; Rut IV; 11, 16) los hijos eran considerados como bendición del matrimonio, y eran tenidos en tan alta estima que aún antes de nacer eran considerados personas.

El historiador Flavio Josefo, citado por Carlos Onkey y Cartius, acusando a los pueblos paganos, cita la ley judaica, que considera infanticida a la mujer que por

⁴² DOCUMENTOS del Vaticano II. Constituciones, Decretos, Declaraciones. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, 1968.

cualquier artificio contraría las leyes de la naturaleza (V; 18).

El derecho mosaico no admitía mas que un procedimiento matrimonial, sin hacer distinción en el rango de las personas. Todo hombre válido estaba obligado a casarse, y las autoridades podían compelerle a tomar esposa.

La ley judaica prohíbe y pena la exposición de los hijos, considerándola el más grave crimen, y a este efecto dice el historiador Philón: "que si es un deber cuidar de la conservación de los hijos cuando están en el seno de la madre, lo es más cuando ya han visto la luz del día, constituyendo un monstruoso crimen su abandono". Los derechos de corrección atribuidos al padre, no podían llevarse aparejada una pena fuerte, por lo que, probados los hechos que el padre atribuyese al hijo, debía ser éste entregado al senado de la ciudad.

Las hijas tenían menos consideración social que los hijos; de aquí que su capacidad jurídica se jallase aminorada en relación con éstos, y así y todo no se hallaban afectas a una perfecta patria potestad, no tenían incapacidad absoluta y podían heredar del padre en defecto de varones; pero como dice Gaume, su condición jurídica se resentía del peso de la maldición pronunciada contra ellas, y así eran vendidas en matrimonio, si bien la mujer madre recibió la más alta consagración a la que no alcanza el poder paterno... La bendición del padre fortifica la casa; la maldición de la madre, la destruye hasta sus cimientos (Ecclí, III, 11). "El que abandona a su padre, es un infame; el que irrita a su madre, maldito de Dios" (Ecclí, III, 18).

Referíanse los deberes de los padres principalmente a la educación de los hijos a quienes debía enseñarles oficio útil y necesario para la vida, siendo obligación de la madre tener a las hijas al cuidado de la casa y sus menesteres. El padre es el rey y señor; la madre su compañera y consejera; los hijos y domésticos, el elemento sometido; pero todos coparticipan en la adquisición y aprovechamiento de los bienes de la familia.

Después del Diluvio, la familia se degradó con la poligamia y el divorcio. De éste se hizo tan pródigo abuso que una simple carta de despido, dice Drach (*Del Divorcio en la Sinagoga*, 16), tenía la propiedad de disolver el vínculo conyugal. La mujer repudiada dos veces, no podía contraer matrimonio con el marido, porque era una abominación a los ojos de Yahvé (Deuter, XXIV, 1

y ss.). La mujer no podía repudiar al marido, pues es una adquisición del hombre. La ley de Moisés no reconoce el divorcio, y aunque es lícito al hombre repudiar y separar de su lado a la mujer, el Señor no mira con agrado el repudio. Dios, consigna un rábino, no une su nombre al divorcio, porque se hace contra su voluntad (Rabí Samuel Jophé, 92 y 94). Las causas de repudio estaban reguladas por el capricho del marido.

Piensen otros autores que la repudiación permitida al marido estaba limitada no sólo por casos determinados, sino por el escrito denominado *sepher Keritol* redactado en nombre de aquél; y el juez podía negarse a entregar la carta de ruptura si encontraba insuficientes los cargos formulados por el querellante, pero debía consentir en la repudiación si la esposa era infiel o simplemente si observaba una conducta ligera. Primitivamente la viuda, con toda la herencia, pasaba a poder del hermano del difunto, que se convertía en esposo de aquélla en virtud de la ley del levirato (del latín *levir*, cuñado) "a fin de que el nombre del muerto, a quien el hermano reemplazaba, no fuese borrado de los libros de Israel"; pero poco a poco, esta sustitución cayó en desuso, y aún en los contratos se estipuló que la desposada renunciara de antemano a esta protección excesiva y a veces inoportuna.

La academia de Hillel, cuyas opiniones, según Drach, tenían fuerza de ley, enseñaba treinta años antes de la era vulgar, que la cosa más insignificante que molestase al marido era causa bastante para que este pudiera escribir una carta de separación.

Interesante es repasar los párrafos de B. de Vaux, *Instituciones del Antiguo Testamento* (Herder). Para él, en el siglo XV a.J., se encuentra en el pueblo de Israel la *monogamia*: sólo estaba permitido al marido tomar otra esposa si ésta fuera estéril; pero se ve privado de ese derecho si su esposa le proporciona concubina esclava (recuérdese a *Ismael* y a *Agar*). Nunca habrá más de una esposa titular. Bajo la monarquía, la bigamia es reconocida, y los reyes tienen a veces un harem muy numeroso. Las gentes corrientes habían de contentarse con una o dos mujeres, lo cual, ciertamente, jamás contribuyó a la paz del hogar. La monogamia fué el estado más frecuente en la familia israelita.

En el Exodo *ba'al*, tomar esposa significa hacer dueño. El novio entregaba al padre de la muchacha una cantidad de dinero (*mohar*), palabra que aparece sólo tres veces en la Biblia. Nunca, claro está, que la mujer fuese considerada como mercancía. Tendió la dote a desaparecer,

pues se consideró *objeto de vergüenza que una mujer mantuviera al marido*. Parece ser que las muchachas contraían matrimonio a los doce y los muchachos a los trece. No obstante la autoridad de los padres, hubo matrimonios israelitas en que el muchacho decidió por sí mismo su elección, sin consultar a los padres.

Para el autor, el matrimonio israelita fué considerado como un asunto puramente civil, no sancionado por ningún acto religioso. El Antiguo Testamento no mencionaba contrato escrito de matrimonio, pero seguramente si lo hubo, ya que desde entonces se redactaban en Israel actas de divorcio, y sería extraño que las de matrimonio no existieran. En cuanto a la fórmula (contratos de Elefantina), decía el marido: "*Ella es mi esposa y yo soy su marido a partir de hoy y para siempre*". En el desierto de Judá se halló un contrato del siglo II de nuestra era con la fórmula *tú serás mi mujer*.

El matrimonio era ocasión de esparcimientos: dirigiase el novio a casa de la novia y ésta, vestida y alhajada lo esperaba, cubierta con un velo que conservaba hasta la cama nupcial. La muchacha, acompañada de sus amigas, era conducida cerca del esposo entre cantos de amor: en algunas tribus la novia trata, por juego, de escaparse de su novio, que debe simular conquistarla por la fuerza, posible supervivencia del matrimonio por raptó. Luego, un gran festín de siete días, sin embargo, el matrimonio se consumaba en la primera noche y de ella se conservaba el lienzo manchado de sangre que probaba la virginidad de la novia, mismo que sería de prueba en caso de calumnia del marido.

En realidad, el matrimonio era considerado por los hijos de Israel como un acto sagrado. La fórmula que ha de pronunciar el novio es: *Ya estás santificada*.

Por otro lado existe un fenómeno social en Israel, en donde existen familias Kibutz. Los niños de esta ciudad comunal rural viven en dormitorios decorados alegremente desde los seis meses de edad. Sus madres, que los ven por lo menos tres veces al día, llevan receptores de señales por radio en el cinturón para que puedan ser localizadas y llamadas si sus hijos las necesitan.

De esta manera el Kibutzismo moderno en Israel logró una mezcla de vida colectiva y familiar, una señal de la gradual evolución en un experimento social por demás intrigante.

La media mañana en casa de los bebés es llamada el *momento del amor*. Las madres dejan sus trabajos en la cocina, fábrica, granja, escuela y lavandería del kibutz,

para dedicar una hora a la alimentación, baño y convivencia con sus hijos, antes de regresar al empleo. Es un ritual de calma y calidez, que acentúa la inclinación de los padres a un contacto estrecho con sus hijos.

La institución del kibutz ha avanzado grandemente hacia un compromiso entre sus ideales comunales originales y los valores de la familia y el individuo. Cada vez más, la familia se ha constituido en la piedra angular de las relaciones personales y el sentimiento de identidad del kibutzismo. Más y más, la colectividad ha buscado satisfacer los deseos y necesidades de los individuos.

Pero el kibutzismo tiene sus peligros. Por los años veintes y treintas de este siglo, el padre no podía ver a su hijo, debido a que éste pertenecía al kibutz, cosa verdaderamente inhumana. El niño muchas veces vomita y se emociona intensa y desagradablemente cuando nota que sus padres se dirigen a la puerta para partir. Otro corre en la noche de la casa de los niños al departamento de sus padres y se arrastra sobre su cama. Una más considera que sus reacciones con sus padres y hermanos nunca fueron tan abiertas o íntimas como deberían haberlo sido.

Se discute si los niños deben pasar la noche con sus padres a pesar del gasto de tener que construir casas más grandes. Se piensa sensatamente que en el kibutz vaya menos gente a las actividades colectivas para que puedan quedarse en su casa y cuidar de sus hijos. No se puede eliminar en la mujer el que se acentúe el papel insostituible de ama de casa. Se siente que la vida en el kibutz significa renunciar a una considerable autonomía personal. La sofocante seguridad de la colectividad no llega a agradar a los jóvenes.

Las cosas más importantes de la vida de una persona no pueden ser decididas por la comunidad.

Consideremos cuidadosamente el experimento israelí y concluyamos de él que el Estado debe ayudar y apoyar a la familia; pero nunca tratar de sustituirla. ¿Es posible que una madre se resigne a estar con su hijo tres veces al día?. Los niños deben convivir con sus padres en forma más intensa que la que les asegura el cómodo Kibutz agrícola. Muchos se sentirán felices trabajando en él de adolescentes: otros verán nacer en su espíritu otras muy diversas inquietudes, sentirán nacer en sus almas otras muy distintas vocaciones, que deben ser cuidadosamente respetadas.

2.5.2. Naciones paganas.

En ellas la familia se desarrolló bajo el más duro despotismo, quedando la mujer y los hijos sometidos al capricho del padre. La poligamia y el desarreglo de las costumbres rompieron la unidad del matrimonio y su indisolubilidad erigieron en déspota al hombre, del que la mujer era esclava y los hijos víctimas. Los cananeos, adoradores de Moloch, sacrificaban a sus hijos, costumbre seguida a ejemplo de los sirios (Seldem). Cuenta Herodoto que la degradación doméstica en Lílida y Babilonia llegó al más alto grado de abyección, con la pública prostitución en los templos de los dioses.

Una leyenda babilónica, referida por Beroso, astrólogo babilónico y sacerdote de Belo, que escribió 268 años A.C. asienta que Babilonia tuvo los principios de su civilización, arte y escritura, arqueología y arte agrícola, gracias a *Oannes*, ser maravilloso, mitad hombre y mitad pez, que salía por el Mar Pérsico y que pasaba los días en la tierra y las noches en el agua. Siguiéron diez reyes de los que fue el primero *Aluros* y el último *Xisutos*: reinaron cada uno de ellos 120 años: en total 432,000 años.⁴¹

Es mencionada en lo anterior por el autor *Antonio de Ibarrola*, la degradación doméstica explícitamente en Babilonia, de lo cual quiero hacer incapié que discrepo totalmente pues dato suficiente para comprobar mi discrepancia es lo que dice el párrafo anterior, además de unos escritos de valor incalculable que fueron tomados por *Taylos Caldwell*, (escritora inglesa muy famosa), de una monja que los tenía en su poder. Escritor originales del gran Apóstol San Lucas, único apóstol que no era judío, y además nunca vió a Jesucristo, sin embargo uno de los apóstoles más importantes, pues al igual que *Saulo de Tarso* creyó que Nuestro Señor había venido también para los gentiles. Además Lucas escribió su evangelio directamente de María. Amó a María pues de ella es revelado *El Magnificat*, el fué el Primer Trovador de Nuestra Señora. Sin embargo, encima de todo, hay que recordar que Lucas siempre fué un gran médico.

Pues estas obras en poder de la santa monja contienen sabios conocimientos que poseía Lucas; el aprendió de la gran escuela de medicina en Alexandria, dicha ciudad en la cual, además se encontraba la famosísima biblioteca de Alexandria que fué quemada por el emperador *Justiniano*

⁴¹ DE IBARROLA Antonio II Edición, Edit. Porrúa. p.p. 1 a 89.

varios siglos más tarde. Lucas aprendió del mundo de conocimientos antiguos de los Babilónicos que eran almacenados ahí, por desgracia, nuestros conocimientos sólo datan hasta la civilización Egipcia como la más antigua, aunque sabemos de la existencia de los Babilónicos, es demasiado poco lo que sabemos, pues por desgracia todo se perdió en el incendio de la Biblioteca. Por fortuna datos de Babilonia fueron captados por Lucas y a la vez contenidos en el escrito que se encontraba en poder de esta monja de la ciudad de Antioquía.

El poderoso y espléndido imperio babilónico no resulta familiar para ninguno de nosotros, ni lo son los conocimientos de entonces en la medicina y la terapéutica de los sacerdotes-médicos, como tampoco su ciencia, poco de lo cual fué heredado por lo egipcios y los griegos. Los científicos babilónicos conocían las fuerzas magnéticas y las sabían usar, vario siglos después la medicina y ciencia modernas comienzan a ahora a descubrir estas cosas.

No se ha descubierto aún cómo los babilónicos iluminaban sus velas con "un fuego frío más brillante que la luna", ni cómo hacían lo mismo con sus templos. Aparentemente conocían algún medio para usar la electricidad que no es desconocido a nosotros, y que no era, además, tan burdo como los nuestros. Se menta que usaban "navíos terrestres", iluminados por la noche y capaces de alcanzar grandes velocidades. (puede consultarse el libro de Daniel). También se sabe que usaban "piedras" raras o alguna clase de mineral para la cura del cáncer. Tenían gran experiencia en el uso del hipnotismo y en la medicina psicosomática. Siendo Babilonia una civilización avanzada durante su época de oro (pues como toda civilización tienen su etapa de decadencia, que a propósito los Reyes Magos, sabemos que eran Babilónicos pertenecen al último periodo de Babilonia, periodo de la decadencia.), reduzco mi discrepancia a una sólo pregunta: ¿Podrá ser posible que la familia Babilónica se haya encontrado en el grado más duro del despotismo, la poligamia, y la abyección, como textualmente se menciona arriba? ¿Habrá llegado a tanto su descomposición?, la única lógica es que ésto pudiese haber sucedido en el periodo de decadencia, pues es inimaginable una evolución dispereja e incompatible, es aberrante. Aberraciones, sólo en tiempos modernos, pues si todo el cúmulo de conocimientos babilónicos hubiesen llegado hasta nosotros por medio de una tradición ininterrumpida, nuestra gama de conocimientos del mundo y

los hombres serían ahora mucho más amplios de lo que son actualmente."

En el Asia, la fuerza fue la ley suprema de la organización familiar, bajo el despotismo del Estado, quien incluso podía obligar a los ciudadanos a casarse, lo que luego copió Esparta. Afirma Estrabón que una ley los obliga a tener, por lo menos, siete mujeres y que merecía el público desprecio la mujer que no había tenido cinco maridos.

Conservaron los persas originariamente la pureza de las costumbres patriarcales; mas el contacto con los medios corrompió sus virtudes. Desapareció el religioso respeto que profesaban a sus parientes ancianos, y los lazos de la unión doméstica cedieron ante la poligamia, la pública y legal prostitución, el incesto y el sexualismo doméstico. Las costumbres de algunos pueblos de Asia causan positivo horror y asusta su recuerdo.

Por lo que toca a la historia social del matrimonio y la familia en Persia, las tradiciones auténticas no comienzan hasta *Ciro El Grande*, en el siglo VI antes de Jesucristo. Sin embargo, pueden emitirse serias conjeturas a partir de la desmembración del imperio de Asiria en el siglo VIII, antes de la era cristiana. Se preocupó grandemente Zoroastro, en su legislación de favorecer el matrimonio. Pone tanto empeño en ver muchas uniones, que afirma que "toda doncella que se niegue a tomar esposo irá fatalmente a habitar las regiones infernales, sea cual fuere la excelencia de sus buenas obras".

Cundió luego la poligamia en Persia. Por extraño que parezca, existe allí hoy el matrimonio por un tiempo determinado, considerándose como absolutamente lícito y valedero en Derecho Civil semejante contrato, intervenido por la autoridad competente. Cuando expira el plazo fijado, el matrimonio de alquiler, llamado también arriendo matrimonial, es renovable a voluntad de los interesados. Por el contrario, si antes de la terminación de aquél, el marido quiere repudiar a la mujer, bastará que le entregue la indemnización prevista en el contrato. De modo que allí se ha progresado a la inversa, puesto que está probado por los versículos del *Avesta* que antiguamente la regla general era la monogamia.

" CALDWELL Taylor, Médico de Cuerpos y Almas, p. 8 I Edición mexicana 1975 Edit. Roca.

2.5.3. La India.

Desde 1833 se publicó en París la obra de Loiseleur Deslongchamps *Lois de Manou*. Para que el joven tenga derecho a casarse será necesario que haya estudiado concienzudamente los Tres Vedas, hecho lo cual puede entrar en el orden de Señor o amo de la casa, por haber recibido, bajo la dirección de su padre natural o espiritual, el don de la Sagrada Escritura. Purificándose luego con un baño y había de casarse con mujer de su misma clase.

Estaba la antigua sociedad hindú dividida en vanas o colores, para distinguir a los conquistadores arios, de piel blanca, de los draudias, oscuros y dominados. Nos dicen los Vedas que las agrupaciones jerárquicas se basaron en la ocupación: Brahamanes (sacerdotes y estudiosos), Kshatriyas (soldados y gobernantes), Vaishyas (agricultores y comerciantes), Soudras (sirvientes). Ello limitaba la ocupación del hindú, su matrimonio, sus prácticas religiosas y su libertad para moverse en sociedad.

El matrimonio conveniente para hombres de las tres primeras clases era aquél que se celebraba con mujer no descendiente de uno de sus antepasados paternos o maternos hasta el sexto grado. Se daban las cualidades que debían adornar a la esposa. No podía casarse un soudra más que con una soudra; un vaishya puede tomar una esposa de su clase o de la servil; un kshatriya, de las dos clases mencionadas y de la suya; un brahman de cualquiera de las cuatro.

Un brahman que no se casa con una mujer de su clase, y que introduzca una soudra en su lecho, desciende al infierno, y si procrea un hijo será desposeído de su rango.

Existen en la India hoy día castas separadas y diversas, y vastas congregaciones de personas que tienen como común denominador su religión, su raza o su área de origen. Prevalece en el país una terrible e imponente heterogeneidad. En cierta ocasión en la que un profesor universitario visitó la India, notó al regresar al cuarto de su hotel que parte de la basura no había sido extraída, y al preguntar al mozo qué ocurría, contestóle éste que él no podía tocar determinados objetos; pero que en breve vendría otro mozo, de otra casta, a concluir el aseo. ¡Duros problemas para este maravilloso país que muchos turistas se niegan a visitar para no presenciar los terribles cuadros de miseria que ofrece!.

El matrimonio en la actualidad, se encuentra contemplado en la obra Ramakrishnon sobre La cultura viva de los tameses. En Tamil Nadu son todavía los padres quienes deciden en la mayoría de los casos del matrimonio de sus hijos, y la unión conyugal entre personas pertenecientes a castas diferentes, aunque ya no es algo insólito, sigue constituyendo más bien la excepción que la regla. El matrimonio infantil es algo que pertenece al pasado.

Actualmente, en la India son los padres los que deciden los matrimonios.

La unidad social de mayor importancia es la familia, centro de interés superiores a los del individuo. Comprende a veces hasta cuatro generaciones en forma patriarcal: el progenitor más anciano es la cabeza de la familia. La inmensa mayoría de las familias hindúes están así centradas en derredor del varón. Conserva la familia a sus dioses particulares y reconoce siempre su lugar de origen. La familia estrictamente conyugal de esposo, mujer e hijos abunda más en las ciudades que en áreas rurales. Sólo el 55 de las personas en edad de contraer matrimonio permanecen solteras. En la niñez, la mujer juega con niñas de su edad, pero temprano adquiere la responsabilidad de cuidar a niños más jóvenes que ella y cuando se aproxima a la pubertad, queda bajo el exclusivo cargo de mujeres experimentadas que la preparan para el matrimonio. Es común en las clases elevadas el sistema de la dote; entre otros grupos se paga un precio por la novia salvo en los altos grupos urbanos cosmopolitas, todavía los matrimonios son arreglados por los padres, con o sin el consentimiento de los interesados. Llega la mujer a su plenitud cuando da a luz a su primer hijo, hombre de preferencia. Si enviuda, baja de rango. Todos los antecedentes del matrimonio y de la humanidad han de merecer especial cuidado por parte, por ejemplo de la Secretaría de Matrimonios, que posiblemente ya funcione en Londres.

Para terminar con este país, lo que si es cierto y hay que reconocer; es que en la India jamás ve uno a los niños pelear entre sí, nadie le quita un cliente al vecino, nadie concibe el divorcio, existe un respeto acendrado hacia la mujer, (aunque es hasta hace poco tiempo que es capaz de heredar. Lo malo es que si enviuda, baja de rango.), nunca se ven publicaciones pornográficas en los puestos de periódicos, ni obscenos desnudos.

2.5.4. China.

Del autor, capitán F. Brinkley: *Oriental Series*, son tomados todos los valiosos conceptos que Antonio de Ibarrola consagra en este apartado. Ninguna otra nación de la cual tenga conocimiento el mundo actual ha sido jamás tan consistentemente verídica hacia sí misma; ninguna otra ha preservado su tipo más inalterado; ninguna otra nación ha desarrollado una civilización más completamente independiente de influencias extrañas; ninguna otra nación ha elaborado sus propios ideales en forma tan absolutamente segregada de cualquier pensamiento ajeno; ninguna otra nación ha preservado la caudalosa corriente de su literatura tan completamente libre de afluentes extranjeros; ninguna otra nación ha alcanzado jamás una elevación moral y nacional comparativamente tan elevada sobre las cabezas de los Estados contemporáneos.

El origen mismo del vocablo *China* está pletórico de conjeturas. Se supone que deriva del hecho de que, en el momento en que la gente de Occidente comenzó a abrirse paso hacia esta parte del oriente, al lugar primero al que llegaban era el reino de *Tsin*, o *Chin*, cuyo nombre en consecuencia, posteriormente llegaron a designar en todo el país.

Cuentan los anales chinos que en el comienzo los hombres no diferían en nada de los animales en su manera de vivir: erraban por los bosques y las mujeres eran comunes: los niños nunca conocieron a sus padres, sino tan sólo a sus madres. Fué el emperador Fouhi quien abolió esta promiscuidad e instituyó el matrimonio. Era común que los esposos se conocieran en la noche de bodas, no tomándose en cuenta su libre elección. Como consecuencia, se abrió el camino a la poligamia entre los chinos y se pusieron en vigor inclusive leyes que protegían a las concubinas y a los hijos de éstas, quienes conforme a alguna de ellas, tuvieron los mismos derechos que los de la esposa legítima. Era el concubinato un privilegio de las clases ricas, según Gray. En el centro y norte de Asia, la poligamia, antes de la introducción del cristianismo, era una excepción. Concluyó Mao con el concubinato de los ricos.

Las leyes chinas dieron gran importancia al intercambio de regalos entre los consuegros. Una larga sección en el Código Penal se dedica a dicho intercambio: las donaciones son irrevocables. La mujer se debía a su marido en todos los aspectos, según las leyes de los

antiguos chinos: si la esposa no satisfacía al marido, quedaba éste autorizado a tener concubinas. Los hijos eran propiedad de sus padres. Quien se casaba sin el consentimiento de sus padres, ...ninguna persona decente debiera aceptarlo como vecino suyo. En el rito de la boda se mezclaban ceremonias religiosas y civiles.

La mujer en China aprendió la subordinación desde su nacimiento. Las cunas de las recién nacidas se colocaban en el suelo en señal de inferioridad. La mujer casada en clase privilegiada debía ser obediente a su señor. Nunca se dirigía a él por su nombre. Si le entregaba alguna cosa, debía hacerlo en una bandeja para que no fuera a tocar su mano por descuido, pues era faltar al decoro (por su puesto que en público). Una dama de la Corte tenía como primer deber ser leal a su nombre señor, además de ser humilde, condescendiente, respetuosa y reverente. Si bien había una gran preocupación por el comportamiento de las damas, existía absoluta despreocupación por su desarrollo intelectual: ni siquiera se les enseñaba a leer ni a escribir. En la clase desposeída, hombre y mujer trabajan arduamente, sin que ello eliminara el dominio masculino.

Bien elocuente es el relato que hace de su vida la última emperatriz china.

"Mi nombre es Chiang Ching. Yo fui la última emperatriz de China. Sin embargo, fui una emperatriz sin corona. Ahora estoy a punto de morir, ya sea que se atrevan a ejecutarme, o me envíen a un campo de trabajo, moriré pronto.

Hace mucho tiempo el Emperador sin corona, conocido por su nombre en clave B-52, presidente Mao Tsé-Tung, destruyó mi salud; ahora depende de sus enemigos hacer el resto. Me logré recuperar de un cáncer, pero nunca me recuperaré de este juicio.

Me aboqué a escribir mi historia, en la celda de la que seré sacada para la primera audiencia de juicio en mi contra.

Cuando nací, como era costumbre, me depositaron en el suelo, aún mojada como había salido de la matriz que me nutrió, para que permaneciera ahí durante doce horas, debido a que había sido niña, una criatura de YIN, destinada a permanecer en la oscuridad, a ser lo más bajo de lo bajo, a estar fuera en el frío y desempeñar siempre el papel pasivo. Mi madre ha olvidado los efectos de dicha acción. Logré sobrevivir. Sin embargo, me pregunto si hubiera sido mejor haber sido arrojada a los puercos".

No cabe duda alguna que la importancia de la familia, y la del grupo más amplio de los parientes descendientes de un tronco común, fue reconocida en China en todas las leyes concernientes a herencias, adopción, matrimonio y divorcio. El padre, el miembro más activo del grupo, fué invariablemente reconocido como cabeza de la familia o del grupo familair, con amplia autoridad sobre sus demás miembros y con facultades durante toda su vida para disponer de su propiedad. Por el matrimonio, la mujer salía de la autoridad de su propia familia y recaía en la familia de su esposo, a la cual pasaban sus bienes, salvo los de uso personalísimo. Cuando tenía hijos su posición se fortalecía. Una familia sin hijos varones podía tomar a un novio para alguna de las hijas: el joven asumía el apellido de su nueva familia y las abligaciones de un hijo.

El divorcio podía ser arreglado sin intervención de las autoridades estatales. Podía el marido divorciarse sobre diversas bases, principalmente el adulterio. Lamujer repudiada podía quejarse ante la justicia y obtener licencia para volverse a casar.

Siempre ha existido el pronunciamiento contra los excesos en la estabilidad familiar. Cuando la familia resulta un obstáculo para el desenvolvimiento de la personalidad, nos encontramos ante uno de esos excesos. Nunca debe matar la familia en el individuo el espíritu de indagación e iniciativa. En la antigua sociedad china, la familia llega a este exceso; esos regímenes no deben tomarse como ejemplo. Por grande que sea la misión de la familia, no deja de ser sólo un elemento dentro de un conjunto, un medio para un fin; la familia debe servir al hombre y ayudarlo a desenvolverse según su vocación, no ahogársela.

Cuando la familia es sana, forma un medio ambiente cerrado que escapa en gran parte a las influencias exteriores, que encuentra en sí mismo todo cuanto reclama su vida moral y que forma a los suyos según tradiciones. Esta influencia de la familia explica que en ciertos países, como en China, hayan podido desencadenarse durante siglos revoluciones y trastornos políticos, sin que el orden social y la civilización tradicional hayan sido notablemente afectados por ello; la familia era estable y conservaba las tradiciones; en este caso, los trastornos políticos afectan a la sociedad de manera superficial. Así se explica también que, en nuestros días, aquellos que quieren desquiciar la organización tradicional de la sociedad y desarraigar sus creencias hereditarias acusen a la familia de ser el escudo más seguro de la tradición.

Interesante es hacer incapié en la concepción de la potestad paterna que convierte al hijo en una especie de servidor perpetuo. En China, principalmente, los hijos estaban obligados a la obediencia absoluta durante toda su vida, y ni siquiera el matrimonio emancipaba al hijo. Más aún, la mujer del hijo quedaba sometida a la patria potestad del padre.

En la cima de la gran familia china está el paterfamilias, cuyo poder es grande, casi sin límites. El dispone de la fortuna familiar. Mujer, hijos y nietos se hallan sometidos a su casi ilimitado poder.

"El padre puede hacer de sus hijos lo que quiera. No sólo puede castigarlos, sino también venderlos, hipotecarlos y, en ciertas circunstancias, matarlos...el niño tiene el deber de levantarse al canto del gallo, lavarse cuidadosamente y vestirse para presentarse a sus padres y saber qué desean de él durante el día. Jamás un hijo entra en una habitación sin ser antes invitado por su padre, ni se retira de ella sin su permiso. No habla sin ser preguntado. El resultado de este conjunto de prescripciones y reglas, profundamente arraigadas, es la obediencia absoluta de los hijos a sus padres, hasta tal extremo, que hijos adultos se dejan pegar por sus padres sin queja alguna. Un hijo que insulta a su padre es castigado con la muerte, el padre que mata un hijo a palos es castigado solamente con cien golpes de bambú, castigo poco severo según la mentalidad china. El padre tiene derecho a matar a su hijo si éste le ha pegado." Sin embargo el padre de familia hace poco uso de su derecho de castigar brutalmente a los miembros de la familia, puesto que en la mayoría de los países que desde hace siglos viven en la fase de las grandes familias y se han ajustado a esta vida durante mucho tiempo, como China y Japón, la violencia en la educación se considera como procedimiento trasnochado. El Japón, sobre todo (al revés de Europa), ha sido llamado precisamente el *paraíso de los niños*. En parte alguna los ataques de ira son tan mal vistos como en las poblaciones del Este de Asia.

2.5.5. Egipto.

Los antiguos egipcios debieron a Menes la institución del matrimonio. Desgraciadamente en un principio no fue debidamente regulado: no se tenía idea de la unión conyugal. Adquirían los hombres únicamente una mujer que satisficiera sus deseos, y los hijos de

esta unión irregular llevaban el nombre de la madre, no siendo responsable el hombre en ningún sentido. Fue *Cecrops* el que vio que este abuso perjudicaba altamente a la sociedad y entonces estableció leyes y reglas para el matrimonio, reglamentado debidamente. También aquí los ritos ceremoniales fueron una mezcla de lo civil y de lo religioso, celebrado ante los ayudantes del visir que ejercía funciones públicas elegido por los dioses. No olvidemos que el faraón tuvo siempre carácter divino: su mandato fue siempre supremo. Sólo la multiplicidad de las funciones lo forzó a delegar facultades en personajes secundarios, y fue el visir quien vigiló virtualmente cada rama de la división estatal y nombró magistrados que impartieran justicia.

Cuéntanos empero los historiadores griegos que varios faraones adquirieron buena reputación como sabios legisladores. Naturalmente, los antiguos egipcios no cuidaron de reproducir en papiros o contratos actos de la vida privada; pero cuando entró en uso el lenguaje demótico en el siglo VII antes de nuestra era, el número de documentos fue ya numeroso: las transacciones, antes orales, tuvieron que asentarse por escrito. Sin embargo, ningún código de derecho, aun cuando tal vez sea posible en el futuro reestructurarlo acoplando cientos de documentos legales descubiertos y aun no publicados y que nos permiten reconstruir la vida privada de ese misterioso imperio Nilo durante su larguísima existencia.

Hombre y mujer gozaron de los mismos derechos ante la ley. Podía la mujer enajenar su propiedad, ser parte en los contratos, entablar procedimientos, otorgar testamento y rendir testimonio sin tener que estar asistida ni de su padre ni de su esposo, tales derechos no estaban restringidos a las clases acomodadas. Aun los esclavos podían tener propiedades y disponer de ellas según su deseo.

Inscripciones de Tebas hacen resaltar la marcada severidad del deber filial entre los egipcios, y según los preceptos de Ptah-Hoter, contenidos en *El Libro más antiguo del mundo*, es el esposo-padre quien debe mandar, y la esposa e hijas obedecer. Diódoro de Sicilia estableció que, a pesar de que existieron cierto número de esposas, según otra ley únicamente había de reconocerse a una sola de ellas como la legítima. En Egipto el matrimonio fué siempre monógamo, salvo excepciones introducidas en favor del rey y de los príncipes durante las épocas feudales. En el matrimonio cada parte tenía derechos definidos en los que no intervenían restricciones impuestas por las respectivas familias. El contrato de matrimonio, por ora parte, fue

sumamente estricto. Existió la propiedad conyugal en la que el hombre gozó de las dos terceras partes y la mujer del resto; el hombre administró la propiedad y vigiló que las adquisiciones fuesen distribuidas en proporciones prescritas. Además cada parte podía tener propiedad exclusiva.

Los niños fueron el mayor tesoro del matrimonio. Las familias sin hijos, era muy bien visto que los adoptasen. La adopción traía consigo el derecho a heredar.

Durante el último lapso (1085-332 a.C.) no hay prueba alguna de que se hubiera admitido el divorcio. Numerosas pinturas reproducen la paz de la vida doméstica. Cuando más tarde apareció el divorcio, se cuidó de salvaguardar los derechos de cada parte.

No se sabe a que edad los jóvenes alcanzaban su mayoría, pero es evidente que la patria potestad cesaba en un momento dado. A veces se daba preferencia en la herencia al primogénito; pero en otros casos la herencia al primogénito; pero en otros casos la herencia era dividida por partes iguales entre los hijos. En la postrimería de la dinastía XVIII (1567-1320 a.C.), a causa de la presión individualista de la época, el visir se vio forzado a concertar la división de algún beneficio de orden militar entre varios miembros de la familia. Ha quedado probado que la esposa y los hijos tenían parte en la herencia: los bienes adquiridos en común quedaban gravados con un usufructo en favor del cónyuge superviviente.

Tanto el hombre como la mujer pudieron apartarse de los dictados de la ley redactando un acto llamado *imyt-per* (documento registrado), mediante él se podía desheredar a algún hijo o mejorar la situación de otro. Sacerdotes funerarios asumían la responsabilidad de mantener las tumbas.

En la vida de la familia, como en la vida política, la mujer ocupaba un puesto respetado: el padre, en vez de mostrarse déspota como en China o Roma, era un tutor con derechos meramente protectores, y lo propio puede decirse del marido, que daba a la esposa el título de ama de casa. Representan las pinturas a las egipcias ricamente adornadas con joyas y flores, sentadas a la mesa en sitio de honor con los comensales; y en cambio otros dibujos nos representan a menudo a los hombres dedicados a los trabajos domésticos, al igual que las mujeres, a unos ordeñando vacas y a otros quisando. Y si hemos de dar crédito a Sófocles y a Heródoto (perdónesenos por esta vez el *helenismo* en el acento), mientras las hembras ejercían el comercio, los varones se quedaban en casa tejiendo. Los juegos de destreza, los ejercicios de

fuerza o de equilibrio y la música vocal o instrumental eran también distracciones comunes a ambos sexos, al igual que en Creta en la que, recordémoslo, tomaban las jovencitas hace miles de años, parte bien activa de las corridas de toros, en las que nunca se llegaba a sacrificar a la bestia.

A falta de hijos, la poligamia fue algunas veces no admitida legalmente, pero sí tolerada, excepto para los sacerdotes, a los cuales la ley no permitía nunca más que una sola esposa.

De todos modos, la mujer egipcia disfrutaba de derechos verdaderamente considerables, y se comprende que Diódoro de Sicilia haya podido decir "que leyendo los documentos se ve que los maridos consentían en ellos en condescender en todo a los deseos de las mujeres". Véase, por ejemplo, el extracto de un papiro con un contrato de matrimonio egipcio:

"Año 22, Phamenot, del rey Ptolomeo, hijo de Ptolomeo y de Arsinoe...Hor, hijo de Pamenea, madre de él, Tablusi, a mujer Tiaú hija de Snachomneu, madre de ella Tanofré.- Te he tomado por mujer, te he dado argenteus dos en sekels diez, como en donación nupcial de esposa.- Que yo dé a ti: medidas de trigo treinta y seis...veinticuatro argenteus uno y dos décimos..., en aceite doce medidas; en bebida, veinticuatro por tu pensión de un año.- De este escrito tomas tú facultad para el pago de tu pensión que vendrá a mi cargo. Yo doy esto a tí en el lugar que tú querrás. Tu hijo primogénito, mi hijo primogénito, será dueño de la totalidad de bienes que son míos y de los que haré míos.- Te estableceré mi mujer.- Si te desprecio, si tomo otra mujer, daré a ti argenteus diez, en sekels cincuenta, sin poder alegar documento alguno, palabra alguna contigo.- He escrito Petese, hijo de Pahet."

Cuando la mujer aportaba algo personalmente, el egipcio daba reconocimiento estimativo de ello y con sentimiento de delicadeza a la palabra de la mujer llegaba hasta dispensarla de jurar que había entregado la aportación al marido, el cual, con objeto de indicar que el acto era libremente consentido por él, asentía con esta fórmula amable: *Mi corazón está satisfecho.*

2.5.6. El pueblo Etrusco.

Cuando los antiguos griegos, en su aventura de expansión comercial y colonizadora, se dirigieron con sus naves hacia el occidente mediterráneo, éste era aún una zona bárbara y atrasada. Por eso, los refinados helenos quedaron sorprendidos al hallar en las costas de la península itálica a un curioso pueblo cuya civilización se mostraba tan avanzada que muy poco tenía que enviarse a la suya propia, ni material, ni espiritualmente. Los griegos llamaron a aquel pueblo *tirreno*, y con ese nombre se conoció a los etruscos en la antigüedad. No obstante, la pregunta fundamental, lanzada ya por los griegos y que ha inquietado varias generaciones de historiadores, es la siguiente: ¿de donde procedían los etruscos?. Resultaba inconcebible una civilización tan adelantada. Sin embargo el pueblo etrusco no logró mantener su independencia y sucumbió frente al romano, por carecer de poderío militar. El pueblo etrusco, en un principio se vio gobernado por una monarquía, la que después se vio remplazada por un gobierno oligárquico encabezado por magistrados.

Por otro lado, vale la pena realzar que *Tirreno* fue la cuna de la emancipación femenina, pues en las ciudades avanzadas del mundo antiguo de Occidente resulta muy común que aparezca, entre uno de sus múltiples defectos, el papel secundario que ocupaba la mujer. Convertidas en sombras del esposo, los griegos (como más adelante se comentará) las tenían recluidas en un encierro sempiterno en el gineceo doméstico. También los romanos eran muy estrictos en cuanto a la condición femenina. No sucedía lo mismo con los etruscos, que en este sentido eran vistos con no muy buenos ojos. En Etruria había, pues, una mayor consideración para las mujeres que en otras culturas de la antigüedad. La dama etrusca vivía menos enclaustrada que la griega o la romana. Yacía junto a su marido en los banquetes, permitiéndose intercambiar gestos cariñosos con él en vez de desaparecer de la reunión, como pasaba entre los griegos, y también asistía a los juegos y espectáculos mezclándose con los hombres.

La libertad femenina entre los etruscos llevó a la mujer incluso a tomar iniciativas políticas, como ocurrió con Tanaquil, la esposa de Tarquinio el Viejo. La mujer etrusca, frente a las costumbres sociales de Roma, no perdía ni su nombre ni su apellido al casarse, cosa que resulta bastante explícita en cuanto a sus derechos, y hasta se da el caso de personajes que, en sus tumbas

mencionan su filiación tanto paterna como materna. La existencia de los etruscos data de el año 725 a. de C.⁴⁵

2.5.7. Grecia.

La primera institución establecida por la religión doméstica fue seguramente el matrimonio. La ley familiar de la clásica polis se basó invariablemente en el concepto de oikos. En su significado original de casa, el vocablo significó la familia del ciudadano, colectividad que reposó invariablemente en lazos y deberes religiosos comunes y en un patrimonio común sobre el cual los miembros de la familia tuvieron derechos potenciales. La religión del hogar y de los antepasados se transmitió de varón en varón. Su ejercicio no pertenecía exclusivamente al hombre, pues la mujer tuvo siempre su parte en el culto. Soltera, asistía a los actos religiosos de su padre; casada, a los de su marido.

El matrimonio sólo consistió en pasar de una casa a otra: la mujer abandona el hogar paterno para adoptar los ritos, las oraciones y la religión del marido; prohibido estaba invocar en el hogar a dos dioses diferentes.

Los principios legales que gobernaron el matrimonio se derivaron de su función para producir una prole legítima que perpetuara la familia. La capacidad de los cónyuges para vivir dentro de un legítimo matrimonio fue requisito previo e indispensable para la unión marital. Quienes no eran ciudadanos no poseían tal derecho. La monogamia fue la regla; pero en la democrática Atenas que perentoriamente excluyó de la familia a los hijos de las concubinas, se autorizó a un ciudadano a mantener más de una familia.

En Atenas y en otros Estados en los que la condición de la mujer quedaba aminorada, el marido se convertía en el kurios de su esposa, y ésta en su propiedad, la dote incluida. Muerta la esposa, el derecho a la dote pasa a los hijos. El divorcio estaba autorizado a cualquiera de los cónyuges y podía ser efectuado rechazando al otro o abandonándolo, sin expresar la causa. La mujer divorciada regresaba a su propia familia.

Para dar una idea de la moral familiar de los griegos, se dice que cuando un niño venía al mundo, debía ser presentado a su padre, y que no era admitido en la familia si el padre no lo levantaba en brazos; y se nos

⁴⁵ PROVENEMEX, S.A de C.V. Muy Interesante, Año X No. 11 p.p. 67 a 69.

conmueve con el número de niños abandonados que se encontraban en Atenas en el tiempo de su máximo esplendor. Sin embargo, parece más bien que la recepción del hijo por el padre en la edad clásica, no era más que una formalidad, una solemnización del nacimiento.

Siempre miraron los antiguos griegos al matrimonio, sobre todo desde el punto de vista del interés público, y lejos de poetizarlo en la vida privada, veían más bien en él un *deber patriótico* y una *necesidad*. La ley ateniense negaba la elegibilidad y las funciones públicas al que no había sabido fundar un hogar, y Platón dice que todo ciudadano que antes de los 35 no haya contraído matrimonio, incurrirá en una multa anual de cien dracmas, y no tendrá derecho a que los jóvenes le demuestren el respeto que se debe a la vejez.

Podemos leer la descripción que hace un arqueólogo de lo que fue la vida privada de la mujer griega. Sus ocupaciones consistían en hilar lana, tejer o bordar, dirigir a las criadas e ir al río a lavar la ropa de la familia, además de saber callar y obedecer y en muy pocos casos se tomaban el trabajo sus padres de enseñarla a leer.⁴⁶

2.5.8. La familia Nahua.

Para comprender a un pueblo, necesario es profundizar en los estudios de las lenguas que habló. *La langue nit le peuple qui la parle*. El adjetivo *náhuatl* tiene un preclaro significado: *algo que suena bien*. Es la lengua mexicana realmente armoniosa, agrada al oído. A la usanza del egipcio, encontramos en ella las mismas expresiones: *Hablaré a vuestro rostro, a vuestro corazón*. El amor mutuo que debe reinar entre los pobladores de este vasto mundo queda contenido en la expresión nahua *nepantlacotla*.

2.5.8.1. Patria potestad.

Era el hombre, el jefe de la familia; pero en derecho, estaba en igualdad de circunstancias con su mujer. El hombre educaba y castigaba a los hijos varones,

⁴⁶ DE IBARROLA Antonio II Edición, Edit. Porrúa. p.p.90 a 102.

la mujer a las niñas. Ambos podían amonestar a sus hijos sin distinción.

La patria potestad era muy amplia. El padre solía vender a sus hijos como esclavos cuando a causa de su pobreza le era imposible mantenerlos. También estaba facultado para casar a sus hijos, y el matrimonio que se celebraba sin el consentimiento del padre era tenido como ignominioso.

Para castigar a los hijos, podían los padres usar la violencia. Generalmente los herían con espinas de maguey; les cortaban el cabello, y cuando el hijo era tenido por incorregible, el padre, previo permiso de las autoridades, podía venderlo como esclavo o exponerlo a los helados rigores de una noche en la montaña, atado y desnudo en un charco de lodo. Eran los nahuas muy estrictos: podían reprender con azotes, con punzamientos, con aplicación de humo de chile en el rostro de los mal educados, y con una incisión pequeña en el labio de los mentirosos.

Pocos de entre nosotros estamos enterados de que el heroico Cuahutémoc sufrió su primer martirio no por cierto a manos de los españoles, sino de sus profesores nahuas. Habiendo asistido el joven a una amena reunión circuló en ella abundantemente el excelente octli (pulque). El joven, sabía medirse, no la probó. A media fiesta llegaron los severos profesores. Algún profesor nada prudente acusó a Cuahutémoc de haber apurado octli en exceso, cosa imperdonable en un universitario, llamémoslo así. Bien pudo el joven haber señalado al verdadero culpable, pero se abstuvo de hacerlo y fue llevado a respirar humo de chile por cerca de un cuarto de hora. No hubieran resistido los bronquios y habría sobrevenido inevitablemente la muerte, de no haber intervenido oportunamente en favor de nuestro héroe un anciano sacerdote, de los que creían por cierto en un verdadero Dios. También en él creía la madre del heroico muchacho, dama letrada distinguidísima, señora de Tlatelolco.

Los hijos de los nobles, de los ricos y los de la clase media vivían en la casa de sus padres hasta los quince años. A los quince años eran entregados al calmecac o al *telpochcali*, según la promesa que se hubiera hecho el día de la imposición del nombre. *Telpochtli* era el adolescente, *calli* su casa.

En caso de la muerte del padre, el hermano de éste podía ejercer todos los derechos de la patria potestad, siempre y cuando casara con la viuda. Ignoramos si en ausencia de este requisito, los abuelos podían suplir a

los faltantes. No se ve que los huérfanos acudiesen a los abuelos en especial, sino a cualquier pariente para que los sustentara, quien indudablemente adquiriría la tutoría de los menores. Esta última institución era de gran responsabilidad: la mala disposición de los bienes encomendados hacia al tutor merecedor de la pena de la horca.

Si moría la mujer durante el parto, su destino quedaba asimilado al de un guerrero muerto en combate o sacrificio. Los soldados bisoños trataban de hurtar el cuerpo durante el cortejo fúnebre, y de lograrlo, le cortaban el dedo de enmedio de la mano izquierda, pues para ellos era cosa santa que habría de volverlos valientes y esforzados. De no ser así, buscaban robar el cuerpo ya sepultado y le cortaban el cabello además de el dedo.

Los padres y parientes de aquella mujer muerta en el parto decían que iba a la casa del sol, ya que este le había llamado por su valentía. Las mujeres muertas en la guerra y las que al primer parto fallecían (*mocihuazquetzque*) residían en la parte occidental, *Ciuatlampa*, del cielo. Las mujeres muertas durante el primer parto se convertían en diosas, y se les denominaba *ciuateteo*, mujeres divinas, mucho más todavía que *ciuatlatocin*, reina, dama de alto rango.

2.5.8.2. El hogar y la educación.

Al cristalizar la bendición de un niño, bajo la dirección exclusiva de la partera se llevaba a efecto el parto. Ella preparaba además la comida, el baño, y daba masaje en el vientre a la mujer. Si el alumbramiento se demoraba, le daba a beber *cihuapatl* para originarle fuertes convulsiones, y si esto no daba resultado, había que recurrir a un último remedio: un pedazo de cola de *tlaquatzin* (*zarigüeya*), el famoso *tlaquache*, diluida en agua, la cual se decía que propiciaba un nacimiento inmediato. Invocábase en casos extremos a las diosas, especialmente a *Cihuacóatl* y a *Quilatzi*.

Una vez casada la nueva pareja, éstos construían su propia casa. El tipo de casa que erigía el maceualli (vasallo) dependía de lo que fuera, y de dónde estuviera: cabañas con techo de paja, sobre paredes de cañas entrelazadas, embarradas de lodo. En tierra firme, en la zona templada del valle de Anáhuac, tales casas persisten

hasta nuestros días. El interior estaba dividido en cocina y dormitorio, como puede verse en el fragmento del códice de los náhuas que da la genealogía de los tlatoani, jefes hereditarios de Atzcalpozalco, con sus ilustraciones de una casa típica. En un extremo, el fuego y la cocina: no una chimenea como las nuestras: simples rocas de altura uniforme, hundidas en el suelo de tierra, que meramente contenían la madera. Ni chimenea, ni ventana, ni hogar.

Salía el humo entre los intersticios del techo de paja. Cubierto de noche, el fuego era vuelto a la vida en la mañana gracias al esforzado aliento de las mujeres. En su inmensa mayoría, escribió Cortés, eran las casas de un sólo piso. Las de gente acomodada, de tezontli y adobes: muchas tenían jardines con vistosas flores y hierbas medicinales. Junto a la pared de la casa, el temazcalli propio (baño de vapor).

Las tortillas eran cocidas en la cocina, sobre un disco plano de cerámica (barro).

Se hacía uso también de ollas de tres patas para hervir los alimentos. Múltiples cucharas de madera y otros trastos. El náhoa; nunca acostumbró excesos de la comida; la sobriedad era una de sus características distintivas.

En otra sección de la casa, una plataforma de tierra elevada sobre la que se tendía una estela de paja (petatétl), el más alto caudillo del país no tenía nada mejor, lo que sorprendió a Bernal Díaz. El piso, tierra apisonada, sobre el que tendían un petátl o una piel de venado. Mesas, sillas, puertas y ventanas, ninguna.

Techos de paja de dos o de cuatro aguas. Una sencilla tela, colgando frente a la entrada, mantenía afuera el frío de la noche. Los tesoros personales valiosos, jade, plumas, turquesas, lujosos vestidos, se conservaban en cajas de estera de paja: petlacalli, (cofre familiar). Astillas de madera de pino con resina abundante proporcionaban de noche trémula luz.

En el hogar, se pone de relieve que es el padre quien enseña a sus hijos conocer y a gobernarse a sí mismos. Coloca a niños y a jóvenes delante de un gran espejo, para que aprendan a comprenderse y a hacerse dueños de sí mismos.

La educación nahua se imparte desde el hogar, en el que mantiene serio autocontrol, por medio de una serie de provisiones a que debe acostumbrarse el niño, quien debe

captar un profundo conocimiento de sí mismo y de lo que puede llegar a ser.

Se le aconseja asidua y deshonero trabajo: por medio de este el hombre, desde muy joven, se dará a conocer. Al respecto encontramos poéticas y profundas frases de Fray Andrés Olmos.

La familia náhua era profundamente humana: ni un escaparate de virtudes, ni una serpentina de vicios. Había adulterios, pero la mayoría guardaban fidelidad; había quienes golpeaban a sus mujeres, una gran mayoría la adoraba en silencio, rodeándola de sacrificios y ternuras. Había abandono de hogar, pero la mayoría trabajaba sin tregua ni reposo. Había hombres depravados, pero la gran masa del pueblo era pudorosamente humilde y clara y cristalina en sus actos.

Comían los aztecas carne humana, (como lo hicieron los ascendientes de los franceses hace muchos siglos). Con carne humana acostumbraban a aderezar el rico pozole que hoy saboreamos. Execrables fueron los sacrificios humanos; pero desde muy jóvenes nuestros inolvidables maestros de preparatoria, padres maristas del Franco Inglés, nos hicieron notar que, quienes cometían tan aborrecibles e injustificables actos creían en el fondo, muy sinceramente, de muy buena fe, rendir un culto adecuado a la divinidad.

No juzguemos pues a nuestros antepasados aztecas a la luz que nos arrojan las postrimerias del siglo XX en el que, a diario lo vemos, por doquier se cometen actos de indecible barbarie, que bien pálidos dejan a los sacrificios humanos.

Admiremos más bien a los nahuas, además de la religión, la fidelidad conyugal, el dominio de los apetitos por la razón, los consejos de acendrada castidad que nos reproduce el Códice Florentino en los que se inculcaba a la niña una acrisolada pureza. Ni las reinas en medio de su grandeza, se dispensaban de criar ellas mismas a sus hijos. La verdad se enseñaba al niño desde muy temprano. Fué siempre el hombre el sostén de la familia; la madre, sostén del hogar.

Tuvo el nahua profundo concepto de la dignidad de la persona humana. Los tlamatinime se esmeraron en dar sabiduría a los rostros y enderezar os corazones.

Las elocuciones dirigidas por los padres a sus hijos pequeñuelos (7 años), que aún conservamos textuales, nos parecen ahora prodigiosamente tiernas y elocuentes, e indican a la niña cuáles han de ser sus actividades, desde el nacimiento del día siguiente. Una vez concluida la amonestación del padre, la madre habla a su vez en términos no menos conmovedores y apropiados. Desde muy

temprano tenían los niños de ambos sexos una clara dirección, un claro sentido en materia sexual. Fray Bernardino de Sahagún supo apreciar, tal vez mejor que nadie, el profundo valor de estos discursos que, dice, aprovechan mucho más que varios de los largos sermones que pronunciaban los misioneros.

Firmente estaba la sociedad azteca constituida sobre la base de la familia, integrada por los padres y los hijos, y en la que las funciones de jefe las desempeñaba el hombre más anciano. Teóricamente el hombre azteca estaba facultado para tener varias mujeres; sin embargo, en realidad sólo lo hacía cuando se lo permitían sus medios económicos. En toda forma, una era la mujer principal; las demás, secundarias o concubinas.

Amaban los aztecas enormemente a sus hijos, que para ellos eran plumas ricas o piedras preciosas. Dos categorías había de escuelas: una común, para los plebeyos, sostenida por los calpullis, y la especial, destinada a los hijos de los señores, que dependía de los templos. La división de las escuelas no era totalmente inflexible.

Reproduce Clavijero del padre José de Acosta: "Ninguna cosa me ha admirado más, ni parecido más digna de alabanza y memoria, que el cuidado de orden que en criar a sus hijos tenían los mexicanos. En efecto, difícilmente se hallará nación que en tiempo de su gentilidad haya puesto mayor diligencia en este artículo de la mayor importancia para el estado."

DOCTRINA SOCIOLOGICA DE LAS FORMAS SOCIALES.

3.1. FERNANDO TOENNIES COMO PRECURSOR DE LA TEORIA DE LAS FORMAS SOCIALES.

Toennies, sin proponérselo de una manera expresa, enfoca su investigación a las formas en que se presenta la solidaridad humana, y es así, como su principal obra consiste las dos formas como los hombres pueden entrar en relación; o de otra manera, el punto básico de Toennies consiste en indagar y analizar los tipos de vinculación entre los hombres, la estructura de esos tipos principales de la vinculación interhumana.

3.1.1. Diferencias entre la comunidad y la asociación.

Para Toennies todas las relaciones que puedan establecerse entre los hombres se agotan en dos formas fundamentales: la comunidad, de tipo natural, orgánica, involuntaria; y la asociación o sociedad, en un sentido específico, que es contractual, voluntaria. Primero es la comunidad, en la evolución histórica, y más tarde se manifiesta la otra forma de vinculación social o sea la asociativa.

La Gemeinschaft o comunidad arranca de la naturaleza, es orgánica, en la que el individuo no entra por su decisión voluntaria; se trata de una organización natural; en la comunidad no hay individualidad, solamente una solidaridad donde se establece una identidad de voluntades, que Toennies llama "voluntad esencial". La voluntad individual se suprime por la voluntad del grupo. Como ejemplo de este tipo tenemos la familia, la nación, etc.

La Gesellschaft o asociación, en cambio - otra forma como los hombres pueden vincularse entre sí -, está constituida por un conjunto de individuos en interacciones, que obedecen a su voluntad propia para la realización de fines determinados. Como ejemplo tenemos cualquier sociedad de tipo contractual, cualquiera asociación humana en que se agrupan varios individuos por pacto expreso para la persecución de un objetivo; como las sociedades civiles, mercantiles, políticas, internacionales, etc.

En la comunidad o Gemeinschaft hay una voluntad general o del grupo; desaparece la voluntad individual, fundida en la voluntad colectiva. En la comunidad los miembros carecen de individualidad. En la asociación o gesellschaft sucede lo contrario; los miembros conservan la voluntad individual. Mientras que en la comunidad prevalecen los intereses del grupo, en la asociación o sociedad predominan los intereses individuales. En la comunidad hay creencias; en la asociación hay opinión pública, doctrina, teoría racional.

Resumiendo, la comunidad es una solidaridad natural, espontánea, orgánica; en tanto que la asociación es una solidaridad contractual. En la comunidad el hombre se encuentra inmerso dentro de la colectividad, independientemente de su voluntad; mientras que en la asociación se entra al grupo deliberadamente; no se encuentra en él, sino que entra a él.

De esta manera quedan explicadas todas las formas en las que el hombre puede vincularse entre si: comunitaria o asociativa.

3.1.2. Relaciones entre ambas.

Dos tipos existen, pues, fundamentales en las relaciones interhumanas. Es primero la *comunitaria* en el origen de los pueblos, cuando los hombres se agrupan en clanes totémicos, tribus, etc. Y posteriormente, cuando aparece el intercambio (comercio) entre los individuos de diversas comunidades, surge la forma *asociativa*.

Las comunidades en un principio son entes cerrados en sí mismos, aislados; conjuntos de individuos ligados por vínculos de consanguinidad, provenientes de un tronco familiar común. Pero con el desarrollo histórico se eleva la mentalidad humana y entonces los componentes de cada comunidad se abren al comercio, al intercambio, entran en contacto con los miembros de otras comunidades. Es en este momento cuando nace la otra forma de vinculación interhumana, o sea, la asociación o sociedad.

Estas dos formas de vinculación humana se relacionan entre sí de tal manera que las comunidades se propagan o extienden indefinidamente através de la asociación o sociedad.

Las comunidades están constituidas por relaciones de tipo consanguíneo; en cambio las asociaciones no existen constituidas por vínculos de consanguinidad, sino que son agrupaciones de tipo contractual. Es la asociación un conjunto voluntario y consciente, mientras que la comunidad es una organización natural, espontánea; el hombre se encuentra en ella independientemente de su voluntad.

Estas dos formas tienen su combinación entre sí, dice Toennies; por su propia naturaleza, las comunidades o asociaciones tienden a difundirse, a propagarse universalmente. Las comunidades o *Gemeinschaft* son, primitivamente, unidades cerradas, mónadas indivisibles, entes cerrados en sí mismos, sin conexión, sin contacto con otras comunidades; son agrupamientos humanos enlazados por la sangre, y aislados de otros grupos similares. Pero con cierto desarrollo histórico, los miembros de las comunidades diferentes comercian entre

sí, naciendo de esta manera otro tipo de socialización, o sea, la Gesellschaft.

Las comunidades se propagan através de las asociaciones. Toennies se plantea el problema de hacia dónde va la sociedad actual con la tendencia de las comunidades a propagarse a través de la forma asociativa.

Contemporáneamente las comunidades nacionales comercian, se relacionan entre sí, planteando la cuestión, que podemos calificar de dramática: de si las naciones pueden realmente o no vincularse íntegramente a través del tipo asociativo de Toennies: la asociación internacional.⁴⁷

3.2. PROBLEMA DEL ORIGEN Y FUNDAMENTO DE LA SOCIEDAD. ARISTOTELES, TEORIA NATURALISTA.

3.2.1. La naturaleza humana como causa eficiente de la sociedad.

Ante el problema del origen de las sociedades encontramos varias teorías fundamentales: la teoría Naturalista, representada por Aristóteles; la teoría Contractualista, representada por Juan Jacobo Rousseau y otros; la Organicista, representada por Herbert Spencer; y la Ecléctica, cuyo representante es Alfredo Fouillé.

La Naturalista es fundada por Aristóteles. Para este filósofo el fundamento de la sociedad se encuentra en la naturaleza del hombre mismo. La causa que origina el fenómeno sociedad radica en los tributos propios del ser humano. La sociedad no es una creación de los hombres, sino que existen porque existe el hombre como tal.

3.2.1.2. La definición del hombre como un "Zoon Politikon".

El ser humano, el hombre, dice el Estragirita, es un animal político; lo define como un "zoon politikon". Por

⁴⁷ SENIOR Alberto F. Sociología. IX Edición, p.p. 149 a 152.

naturaleza tiende a vivir en sociedad. El hombre, por el hecho de serlo, se ve movido, impulsado a vivir en sociedad. Para que el hombre no viviera en sociedad se requeriría que fuera algo más o algo menos que hombre; o un dios o una bestia; pero en tanto que es hombre habrá de vivir en sociedad, hay que encontrarla en la naturaleza humana. Por tanto, la sociedad es un fenómeno natural.

Aristóteles apoya su doctrina en fundamentos de varios órdenes. Se vale de un argumento lógico, de un fundamento antropológico y de una prueba histórica.

3.2.1.3. El argumento lógico.

Este consiste en lo siguiente: Argumenta que no es posible conseguir la existencia del individuo antes que la existencia de la sociedad, porque la sociedad representa el todo y el individuo es sólo una parte de ese todo. Nunca es posible pensar en la existencia de una parte antes de la existencia del todo. Explica Aristóteles que no es posible que exista la mano antes que el cuerpo; por lo mismo el hombre no existe antes que la sociedad.

3.2.1.4. El fundamento antropológico.

Este consiste en hacer notar que el hecho mismo, natural y orgánico, de la diversidad constitutiva, morfológica, entre hombre y mujer, así como la existencia de órganos de comunicación como las cuerdas vocales, etc., de locomoción, etc., vienen a demostrar que el hombre no está constituido para vivir aislado, sino que por el contrario, por su propia naturaleza nace con la calidad de ser sociable.

3.2.1.5. La comprobación histórica.

La prueba histórica consiste en demostrar que cualquier indagación histórica o aún prehistórica nos conduce al conocimiento de que el hombre nunca ha

existido aislado. Cualquiera investigación nos muestra a las claras que siempre se encontró el hombre viviendo en vinculación con otros seres humanos. No hay ningún vestigio histórico que nos revele al hombre aislado, sino siempre viviendo en sociedad; al menos formando esa mínima sociedad constituida por la pareja humana. Todas las investigaciones de la vida del hombre llevan a la comprobación de que éste ha desplegado su existencia combinando su vida con la de otros seres.

Todas estas razones llevan a la conclusión de que en la naturaleza del hombre está la *causa eficiente* de la existencia de la sociedad. El origen de las sociedades radica, según Aristóteles, en la naturaleza social del ser humano.

Las reflexiones aristotélicas son, a la vez que sencillas y claras, tan contundentes, tan sólidas y profundas, que algún sincero y valioso sociólogo moderno, como Franklin Giddings, llegó a afirmar que la "Política", de Aristóteles, es aún hoy la obra más importante que existe sobre la sociedad humana.⁴⁸

3.2.2. Teoría contractualista: Tomas Hobbes, Montesquieu.

3.2.2.1. El hombre como "un lobo del hombre".

El hombre, para satisfacer sus necesidades, ataca a todo aquel otro ser humano que le puede obstaculizar, que puede impedir la realización de sus fines. Lo esencial para todo ser es el existir, el ser y el seguir siendo; (aunque adecuado a la realidad actual yo lo llamaría ahora el comer o el no comer). para conservarse requiere alimentarse, guarecerse, reproducirse, etc. En la angustia que le produce satisfacer todas estas necesidades vitales, lucha contra todo aquello que se lo impida, movido, como ya dijimos, por el instinto de conservación. El hombre es el *lobo del hombre*, como "homo homini lupus est", dice Hobbes, queriendo con esto señalar la verdadera condición humana.

En toda actitud humana, desde que el hombre vagaba en estado salvaje con la macana en la mano, hasta la época de la diplomacia refinada y sutil de los siglos XVIII y

⁴⁸ Ibid. p. 173.

XIX, sólo comparada a la música de Mozart, desde aquellos tiempos a éstos, decíamos, en el ser natural del hombre se agazapa el lobo dispuesto a lanzarse en pos de su presa; bajo la piel del hombre se esconde la naturaleza propia de éste, su agresividad, el lobo en actitud desafiante.

3.2.2.2. La sociedad como un acto de paz.

Razona Hobbes: si el hombre es un lobo del hombre, entonces el estado natural del hombre es el de la guerra, la lucha. Pero una guerra permanente redundaría en un riesgo, en una destrucción y extinción del hombre mismo, ya que en cada combate muere cualquiera de los oponentes. Percatándose el hombre de este peligro, de este riesgo, y por su natural instinto de conservación, resuelve en un momento renunciar a ese estado de guerra; pactan una paz, conciertan una tregua; y se efectúa un contrato humano que implica la siguiente convención: Reconozco que soy tu enemigo; pero es inconveniente que vivamos siempre en estado de lucha, peligro que a ambos afecta. Entonces salgamos de ese estado natural y asociémonos, relacionémonos en formas pacíficas para mejor resolver todas las necesidades de nuestra vida.

Es así como, según Hobbes, se constituye la sociedad. La sociedad, dice, nace, cuando el hombre renuncia a ese estado natural de guerra y pacta una paz artificial. La sociedad nace como un contrato, como un producto artificial; es creación de los hombres para vivir en paz.

3.2.2.3. La sociedad como un acto de reconocimiento. Montesquieu.

Estos encuentros fueron frecuentes hasta que el hombre empezó a adquirir el conocimiento de que el hombre no perjudicaba al hombre; convencidos entonces de que no eran seres nocivos, los hombres se percataron de que podían relacionarse entre sí, uniendo sus esfuerzos para mejor satisfacer sus necesidades.

Es así como nace el fenómeno sociedad, cuando los hombres se acercan y viven en forma colectiva. Cuando se

percatan de que la unión hace la fuerza, de un pacto tácito nace la sociedad.

Opuesta a la teoría de Hobbes, ésta de Montesquieu afirma que el estado natural del hombre es de paz, debido a su timidez e ignorancia. Pero coinciden en la misma postura contractualista, al sostener que el hombre, en su naturaleza primitiva, vive aislado, y posteriormente se asocia.⁴⁹

3.2.3.1. Clasificación de las fuerzas sociales.

Todo fenómeno social es el resultado de la sinergia de esas diversas fuerzas sociales al chocar con la resistencia que encuentran para su satisfacción.

Agrupación de M. Cornejo y el cuadro de Ward. - El gran sociólogo peruano Mariano Cornejo agrupa las fuerzas sociales que al sinergizarse producen las diferentes instituciones sociales, en tres principales, a saber:

- 1.- La necesidad de alimentarse.
- 2.- La necesidad de reproducirse.
- 3.- La necesidad de defenderse.

La necesidad nutritiva, al encontrar las resistencias para satisfacerse, se sinergiza con ellas, choca con ellas, dando lugar a las diferentes instituciones económicas, en todas sus etapas y manifestaciones; desde los fenómenos de la producción de los satisfactores, pasando por la circulación, distribución y consumo, los fenómenos crediticios, bancarios en todas sus variedades, etc., son resultado de esta necesidad, sinergizada dicha fuerza social con las resistencias que va encontrando para su satisfacción. Todas las instituciones económicas nacen de la sinergia de la citada fuerza social; surgen al chocar, al encontrarse y sinergizarse la necesidad de que se trata con las dificultades para satisfacerse.

La necesidad de la reproducción, choca con las naturales restricciones que encuentra para su satisfacción, y al sinergizarse con esas dificultades, se producen las diferentes instituciones matrimoniales, desde la poligámica, hasta la monogámica, en todas sus modalidades. Todas las instituciones sociales relativas a

⁴⁹ Ibid. p. 181.

las relaciones entre hombre y mujer nacen de la sinergia de la necesidad de procreación con las dificultades que se le oponen.

Por último la necesidad de protección o defensa, al encontrarse con los obstáculos para realizarse produce las instituciones de seguridad, como la organización militar o la policiaca, y en general todas las instituciones predatorias.

Lester Ward nos ofrece el siguiente cuadro clasificatorio de las fuerzas sociales:

LAS FUERZAS SOCIALES SON:

FUERZAS ESCENCIALES. -

FUERZAS PRESERVATIVAS. -

Positivas. - Gusto, buscan el placer.

Negativas. - Protectoras, evitan el dolor.

FUERZAS REPRODUCTIVAS. -

Directas. - Los deseos sexuales y del amor.

Indirectas. - Afectos paternales y de la consanguinidad.

FUERZAS NO ESCENCIALES. - Fuerzas estéticas.

Fuerzas emocionales (morales).

Fuerzas intelectuales.

Las fuerzas preservativas pueden llamarse, según Ward, fuerzas para la conservación individual. Las fuerzas reproductivas pueden llamarse fuerzas para la continuidad de la raza. Las fuerzas no esenciales pueden llamarse globalmente fuerzas para la elevación de la raza. Hay que notar que las fuerzas esenciales se refieren primordialmente a las necesidades corporales o físicas; mientras las fuerzas no esenciales se refieren principalmente a las necesidades mentales o espirituales.⁵⁰

⁵⁰ Ibid. p. 191.

4.1. MOTIVACIÓN DEL TEMA; ¿CUAL ES EL INTERES?.

El hombre, ahora que tiene en sus manos una libertad espiritual,, mental y corporal ha ido olvidando muchos aspectos, muchas cuestiones históricas. Como bien lo decía Aristóteles, que los pueblos que no aprenden las lecciones de la historia están condenados a repetir sus errores. Hé aquí lo que actualmente nos sucede; por idénticos motivos los cuales grandes imperios como Roma simplemente se desmoronaron como el polvo. Hoy en día declinan países tan poderosos como no poderosos por idénticos motivos: relajación social, inmoralidad, guerras interminables, destrucción implacable de las clases medias, cínico desprecio de las virtudes éticas y principios humanos establecidos, el desmesurado afán de riquezas materiales, el abandono de la religión, la venalidad de los políticos que halagan a las masas para obtener sus votos, la inflación, el desequilibrio del sistema monetario, los sobornos, la criminalidad, los incendios, los disturbios y demostraciones callejeras, el amortiguamiento de la virilidad, las costumbres afeminadas, los escándalos en el gobierno, el saqueo en el herario, las deudas, la intolerancia de la injusticia y la explotación laboral y de muchos aspectos en la vida cotidiana, la burocracia y los burócratas que promulgan constantemente reglamentos favorables a sus conveniencias, por nefastos que sean, la centralización del gobierno, el desprecio público de los hombres honrados y, sobre todo, la filosofía de que =Dios ha muerto y que el hombre es el ser supremo=. Beligerancia, el hombre ha olvidado que Nuestro Señor dijo: =No he venido a dividir a los hombres; mi reino no es de este mundo=. y =Dad al César y a Dios lo que es de Dios=.

Por estas y por muchas razones los futuros profesionistas nos vemos en primer lugar en la obligación y después, en la necesidad de cada vez ser mejores, pues en nuestras manos está ya no el mejorar el mundo que se nos ha heredado, sino presrvarlo para las futuras generaciones. Primero como humanos y luego como profesionistas, es un doble compromiso.

Morboso clima de excitabilidad herótica que hace que la pubertad se adelante en muchachos y muchachas; medios de difusión que han perdido el sentido de la responsabilidad ética, seguramente a ellos, los que constituyen estos, en la niñez les enseñaron a jugar el verbo tener, cuando debería de enseñárseles de memoria el verbo ser; ésto hay que retirarlo con toda contundencia.

Ahora es tiempo de resurgir valores esenciales, necesitamos actitud, y capacidad de respuesta, hemos olvidado que nosotros mismos podríamos constituir el correlato de la transformación, de la renovación histórica, es momento, ya, de crear y sembrar nuevas corrientes, tenemos un pie en el espacio y estamos a punto de ir a vivir al espacio y no podemos seguir teniendo niños abandonados, es hora de despertar y crear tantas leyes necesarias hagan falta, sólo así mistificaremos nuestras voluntades. Pulsemos la incertidumbre adecuadamente, no nos perdamos en estos momentos de gran volatilidad provoquemos visiones para cambiar ideas rectoras, para sacar lo mejor del carácter social del mexicano.

5.1. ANALISIS DEL TEMA. ESBOZO DE LOS CAPITULOS.

El objeto del capítulo I es principalmente manifestar que figuras como la Patria Potestad, se dieron en la antigüedad y que es histórico su devenir. El objeto es explicar, que para poder llegar a una base sólida que ésta figura al cabo de los años ha ido evolucionando, aunque mejor aplicado es simplemente cambiando. De alguna manera el análisis histórico de esta figura nos da también una idea evolutiva de la familia para que cada quien en lo individual saque sus propias conclusiones, pues más adelante en la etapa de las conclusiones nos damos cuenta de que a pesar, por ejemplo Grecia civilización en alto grado avanzado para la época que le tocó vivir se encontraba en su momento cumbre del pensamiento. ¿Porqué había tanto niño abandonado?. Sin embargo, la historia nos lo ha dejado saber.

¿De que sirve tanta legislación en la historia?, si históricamente siempre ha existido el niño abandonado. Podemos decir que efectivamente la humanidad ha evolucionado en el campo legislativo enormemente, pero ¿qué acerca del campo de la legislación en protección al niño maltratado, al niño abandonado, al niño que necesita otra protección de la de sus padres porque carece de ella, o esa misma se ha convertido en el enemigo de él?.

Por su puesto que si hemos cambiado; porque antes se abandonaba al niño cuando su padre no lo reconocía, o nacía con algún defecto físico; ahora es por la pérdida de valores tan indispensables para la vida como el sentido de responsabilidad, la moral, etc., o porque

sencillamente hemos vivido una gran crisis económica que con todo el miedo del mundo un padre o una madre prefiere abandonar a una criatura quizás ha manos de la muerte, pues ahí podría sufrir menos, a que ella o él encaren a la vida con todo el valor y coraje los cuales ellos mismos fueron traídos al mundo. En fin, siempre han existido los suficientes motivos para el abandono o el maltrato de los niños.

Aunque en la actualidad podemos poner como gran ejemplo al continente africano que se ha visto azotado por la hambruna y por la sequía, con países con esperanza de vida de hasta 40 años en donde diariamente mueren de hambre 40 personas en un solo país como Somalia, o en otros números 320,000 niños africanos muertos cada año. No por ello sus padres los abandonan, no porque problemas políticos y raciales también los azoten, no porque sean el motín perfecto para europa abandonan a sus hijos. Estas situaciones suceden en los demás países donde ya se vive una transición al "desarrollo" pero que las personas emocionalmente de desarrolladas no tienen mas que el instinto de supervivencia.

El objeto del capítulo II es ennumerar quienes en nuestra legislación actual son sujetos del Derecho Familiar; además de quienes son sujetos a los derechos familiares, y cuáles son éstos con el objeto de ir reconociendo poco a poco al derecho de familia. Así también las consecuencias como la creación de Derechos y obligaciones.

Es menester conocer los fundamentos legales tocantes a la Patria Potestad, a la Tutela, a la Custodia así, de éste modo es que se ennumeran en el capítulo III.

A continuación se realiza el cuestionamiento sobre la ingerencia del Estado en el seno de la familia; se trata de precisar cual es la intervención y hasta donde debe llegar ésta. Si la familia es un ente público. Se plantea luego el problema teleológico para determinar cuales son los fines específicos del Derecho de Familia; cuáles son los fines que persigue el ordenamiento jurídico a diferencia de la moral, la religión, y los convencionalismos sociales. El planteamiento del pensamiento axiológico por respecto al sentido de justicia, bien común, seguridad, que debe existir en determinadas instituciones familiares además de la vinculación estrecha de la axiología con el Derecho en general.

Y para terminar realizo una semblanza crítica sobre la necesidad de aceptarse a la custodia en nuestra ley civil. Para lo anterior expongo la figura del depósito judicial en el Estado, analizo a éste, etc.

6.1. SOLUCIONES.

1ª.- Al final del recorrido legislativo y doctrinario, queda un conjunto de cambios históricos vacilantes, comenzando por un régimen romano a base de acciones entendidas como derechos sustantivos, pasando a procedimientos anómalos o indeterminados.

2ª.- Así como en la patria potestad que desde sus inicios en la fase imperial en el derecho romano se buscó obtener derechos y deberes mutuos, de la misma manera propongo que quede establecido así en el tema que incumbe esta tesis.

3ª.- Que prevalezca el espíritu de todos los códigos modernos que en su principio fueron los ordenamientos de la iglesia de la obligación de los padres o de quien esté a cargo de un menor de mantener y educar a estos.

4ª.- Así como la figura de la patria potestad nahua guardaba en sus ordenamientos la obligación de que en caso de la muerte del padre, además de los abuelos también los hermanos podían ejercer todos los derechos de la patria potestad, así proponer la figura de la custodia en alguna de sus variantes.

5ª.- Que frases como: "poner a los hijos al cuidado de", artículo 282, fr. VI CC., "los hijos quedarán en poder de" (a. 283 CC)., "a quien sean confiados los hijos" (a. 273, fr. I CC)., "guarda de la persona y bienes" (a. 499 CC), sean ampliados y expuestos a análisis como mas adelante se expondrá.

6ª.- Propongo el ejercicio de la custodia y que así como el de la patria potestad, produzca en su calidad de institución jurídica el enfoque además de prendas y bienes el enfoque de la guarda de menores y que así mismo comprenda la facultad de corregir a los sujetos a ella; la obligación de educar convenientemente a los sujetos a ellos; la obligación de éstos de honrar y respetar a quienes la ejerzan; la obligación de los sujetos a ella a vivir al lado de sus custodios.

7ª.- Así como a la patria potestad el ejercicio de la custodia estará sujeto en primer término al padre que no tenga la patria potestad, a los abuelos indistintamente de paternos y maternos, además de los hermanos siempre y cuando sean mayores de edad, o aquella persona que demuestre ostentar la calidad moral, confianza suficiente y consentimiento del menor si este goza ya de la facultad de razonar y discernir, y también de la persona en caso de que exista que goze o bien sea en suspensión de; del ejercicio de la patria potestad o de la tutela.

8ª.- Que el ejercicio de la custodia sea susceptible de terminar, perderse o suspenderse, según concurran las distintas circunstancias que a continuación se describen:
I. Que acabe este ejercicio: a) con la muerte del que la ejerce, sino hay otra; sino hay otra persona en quien pueda recaer; b) con la emancipación del sujeto a su tutor o padre derivada del matrimonio; c) por la mayor edad de los hijos.

II. Que se pierda la custodia: a) por condena expresa a la pérdida de este derecho; b) porque sea condenado dos o más veces, por delitos graves a quien esté en el ejercicio; c) cuando se comprometa la salud, la seguridad o la moralidad de los sujetos a ella, por las costumbres inmorales de cualquier persona que rodee el ámbito familiar del sujeto a la custodia, malos tratos o incumplimiento de sus deberes; por abandono durante más de 30 días o por dejar abandonados en la vía pública a los que están sujetos a este ejercicio, d) por traicionar la confianza del depositario.

III. La custodia se suspende; a) por incapacidad de quienes la ejercen, siempre que haya sido declarada jurídicamente; b) por ausencia declarada formalmente; c) por sentencia que imponga tal suspensión como pena, d) a petición del menor con causa justificada. Se extinguirá o modificará de acuerdo con modos limitativamente previstos por el derecho objetivo.

Es decir que no se exima de sufrir de la inexistencia, de la nulidad y de la revocación, en los términos que el derecho marca, agrego también que el caso de la revocación sea de la misma forma que el artículo 405 permite por ingratitud del adoptado en este caso del sujeto a la custodia., como también de la misma forma que el artículo 504 permite en el apartado de la tutela a excepción de la fracción I y en el caso de la fracción VI que la permanencia de ausencia sea de un mes en lugar de seis meses.

9ª.- De esta suerte, si no hay persona que ejerza la patria potestad sobre un menor, o bien si se trata de un mayor de edad que, debido a su incapacidad, se encuentre

en estado de interdicción se abrirá para ellos así como el ejercicio de la tutela también el ejercicio de la custodia, aún también existiendo ambas figuras, o se encuentren suspendidas.

10*.- Considerar a la custodia una figura de orden público, razón por la cual, salvo por causa legítimamente justificada, nadie está en posibilidad de eximirse de su ejercicio.

11*.- Que pueda ser un derecho absoluto que pueda ser oponible a todo el mundo, valedero "erga omnes", sin embargo oponible a determinados sujetos pasivos.

12*.- Propongo que este derecho no sea de carácter patrimonial, por lo tanto será intransmisible en virtud de que se conceda en consideración a la persona del titular o a la especial relación jurídica que se constituye, sin embargo que se pueda contemplar como temporal o vitalicio, durante el tiempo que dure la interdicción por llamarle así.

13*.- Al ser un derecho extrapatrimonial que se caracterize como irrenunciable sin embargo que valgan las excusas que establece la ley para el ejercicio de la patria potestad, tutela, o curatela.

14*.- De acuerdo a la tesis de Cícu respecto a los derechos subjetivos familiares, que el centro de gravedad de esta figura radique fundamentalmente en el deber más que en el derecho, tal como ocurre tratándose de la patria potestad y de la tutela.

15*.- Que se considere como un acto jurico. mixto pues son aquellos que para su constitución misma requiere la intervención de los particulares y de un funcionario del Estado.

16*.- Planteando el problema político de la figura de la custodia, propongo que al igual que los que ejerzan la patria potestad y la tutela, el Estado controle esta actividad mediante la intervención del juez para impedir que se realicen actos perjudiciales a los intereses de los menores o incapacitados, en base a que el Estado no tiene garantía suficiente de que, por la sola actuación de sus familiares los ciudadanos futuros puedan llegar a serlo en todo el sentido de la palabra, además de que la familia ha perdido mucha de su antigua cohesión, pues es de todos sabido que en nuestras nuevas generaciones se descubre un panorama dramático y ominoso: el de una realidad agazapada en ocasiones, o descarnada en otras,

hostil en mucho a lo sano y equilibrado desenvolvimiento de las nuevas generaciones, que agreden hoy de mil maneras a la niñez y a la juventud rodeada de un morboso clima de excitabilidad erótica, medios de difusión que han perdido el sentido de la responsabilidad ética, pues seguramente a ellos, los que los constituyen, en la niñez les enseñaron a conjugar el verbo tener, cuando se debió de enseñárseles de memoria el verbo ser. Por lo tanto es válida la suncción del interés individual al interés general.

17*.- Para una mejor complementación del derecho parto del problema axiológico familiar no obstante la vinculación estrecha de este tema con el derecho en general, proponiendo tal instrucción convertirla en verdadera función social que más que derechos impongan obligaciones a quienes la desempeñan.

18*.- La polarización a la perfección tanto de los conceptos, relaciones y principios universales de lo que es el valor, la justicia y el bien común y después aplicarlos a lo que atañe al tema de la presente tesis.

19*.- Que en la figura de la custodia prevalezca la voluntad de que se actúe conforme a las reglas, observando deberes que se finquen en valores éticos.

20*.- Que contenga el valor jurídico que fundamente los deberes del hombre con miras a su perfección alternativa como también a su perfeccionamiento en la vida social y a la participación de cada persona en el bien de la comunidad, que se alcanza con la realización del deber general de justicia, fundamentando este deber jurídico en la justicia como fin específico del derecho.

21*.- Busco formular una teoría que no carezca de los verdaderos fundamentos substanciales, que penetren en el verdadero significado de ideas racionales y correctas adecuadas a la ontología del hombre, a la eticidad de su conducta y a la naturaleza de su condición.

22*.- Incluir al deber como principio de una legislación universal necesaria que sea el mismo hombre quien lo imponga a su conducta como imperativo de una buena voluntad, que implique la capacidad de actuar por respecto a una ley ética capaz de enunciar un deber dirigido a la propia voluntad, tomando en cuenta que el deber es la obligación de hacer el bien que ejerce la facultad volitiva del ser racional y sobre las inclinaciones de su propia sensibilidad como finalidad

FALTA PAGINA

No.

195
y 196

BIBLIOGRAFÍA

- BACHOFEN Johann Jakob "Das Mutterrecht eine Untersuchung über Gynatkokratie der alten Welt nach ihrer religiösen una rechtlichen Natur, Stuttgart".
- CALDWELL Taylor, "Médico de Cuerpos y Almas".
- CARRASCO Y CHAVEZ Jesús, "Valores y Fines del Derecho".
- CATHREIN Víctor, "Derecho Natural y Derecho positivo".
- Codigo Civil para el Estado libre y soberano de Veracruz.
- Codigo de Procedimientos Civiles para el Estado libre y soberano de Veracruz.
- DE IBARROLA Antonio, "Derecho de Familia".
- DOCUMENTOS del Vaticano II, "Constituciones, Decretos, Declaraciones".
- EFE, "Agencia de noticias".
- ENGELS Federico, "Origen de la familia".
- GALINDO Garfias Ignacio y et al, "Diccionario Jurídico Mexicano".
- GONZALEZ Juan Antonio, "Elementos de Derecho".

-
- J. T. Delos, "Los Fines del Derecho".
 - KELSEN Hans, "Teoría General del Estado".
 - MARGRADANT S. Guillermo F., "Derecho Romano".
 - PÉREZ Duarte y N. y et al, "Diccionario Jurídico Mexicano".
 - PRECIADO Hernández Rafael, "Lecciones de Filosofía del Derecho".
 - PROVENEMEX, S.A de C.V. "Muy Interesante".
 - RADBRUCH Gustavo, "Filosofía del Derecho".
 - RECANSENS Siches Luis, "Vida Humana, Sociedad y Derecho".
 - ROJINA Villegas Rafael "Compendio de Derecho Civil".
 - SCHELER Max, Etica. "Nuevo Ensayo de Fundamentación de un Personalismo Etico".
 - SENIOR Alberto F., "Sociología".
 - ULLOA Manuel, "Notas en torno al Derecho Natural".
 - VON Ihering Rudolf, "El Fin del Derecho".