

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO

**EL DERECHO FAMILIAR COMO UNA
NUEVA INSTITUCION JURIDICA**

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
Licenciado en Derecho

P R E S E N T A

ANDRES ELOY MARTINEZ CASTELLANOS

MEXICO, D. F.

1 9 7 3



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.

**ESTA TESIS FUE ELABORADA FUERA
DEL SEMINARIO DE DERECHO CIVIL,
BAJO LA ACERTADA DIRECCION DEL
SR. LIC. ALFONSO LOREDO LOPEZ**

CON TODO CARIÑO A MIS PADRES :

GENARO MARTINEZ MENDEZ E ISABEL

CASTILLANOS DE MARTINEZ DEDICO

ESTA TESIS EN RECONOCIMIENTO A

SUS ESFUERZOS QUE HICIERON DE

MI UN HOMBRE UTIL A LA SOCIEDAD

A MIS HERMANOS :

GERARDO

CARLOS

REYNA

ROBERTO

FLORENTINO

A MI ESPOSA

CON TODA MI ADMIRACION Y RESPETO AL
DOCTOR JOSE LUIS REBOLLO RAMIREZ QUE
HA HECHO POSIBLE LA REALIZACION DE
ESTE TRABAJO

AL LIC. ALFONSO LOREDO LOPEZ: POR
LA AYUDA DESINTERESADA QUE ME HA
BRINDADO DESDE LOS INICIOS DE MI
CARRERA

AL LIC. JOSE CERVERA CASARES: POR
LA CONFIANZA QUE HA DEPOSITADO EN
MI

**A LA MEMORIA DEL LIC. DAVID PANTOJA ROMERO
POR LOS SABIOS CONSEJOS QUE ME BRINDO Y SU
VALIOSA AYUDA**

A MI HONORABLE JURADO

A TODOS MIS MAESTROS Y COMPAÑEROS

**EL DERECHO FAMILIAR COMO UNA NUEVA
INSTITUCION JURIDICA**

**CAPITULO I.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DE-
DERECHO FAMILIAR**

- 1.- EN LA LEGISLACION ROMANA
- 2.- EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA
- 3.- EN LA LEGISLACION FRANCESA
- 4.- EN LA LEGISLACION ALEMANA
- 5.- EN LA LEGISLACION NORTEAMERICANA
- 6.- EN LA LEGISLACION RUSA

**CAPITULO II.- GENERALIDADES E IMPORTANCIA DE
LA FAMILIA**

- a).- ORIGEN NATURAL DE LA FAMILIA
- b).- EVOLUCION DE LA FAMILIA
- c).- IMPORTANCIA SOCIAL DE LA FAMILIA
- d).- NECESIDAD DE SU INSTITUCION Y REGLA
MENTACION JURIDICA

**CAPITULO III.- EL DERECHO FAMILIAR COMO UNA-
NUEVA INSTITUCION JURIDICA**

- 1.- CONSIDERACIONES EN TORNO A SU INSTI-
TUCION.
- 2.- FUENTES CONSTITUTIVAS DEL DERECHO FA-
MILIAR.
- 3.- ORIGEN Y CREACION DE LOS JUZGADOS FA-
MILIARES.
- 4.- ELEMENTOS ESENCIALES DEL DERECHO FA-
MILIAR.
- 5.- DEFINICION PERSONAL Y PROPOSICIONES-
FUNDAMENTALES DE LA AUTONOMIA DEL DE
RECHO FAMILIAR.

CAPITULO IV.- EL DERECHO FAMILIAR EN LA LEGIS

LACION MEXICANA

- a).- CONSTITUCION DE 1857 Y LEYES DE REFOR
MA DE 1859.
- b).- CODIGO CIVIL DE 1870
- c).- CODIGO CIVIL DE 1884
- d).- LEY DEL DIVORCIO DE 1914
- e).- CONSTITUCION DE 1917
- f).- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917
- g).- CODIGO CIVIL DE 1928
- h).- DECRETO DE 19 DE AGOSTO DE 1968, QUE
CREA UN ORGANISMO PUBLICO DESCENTRALI
ZADO DENOMINADO INSTITUCION MEXICANA-
DE ASISTENCIA A LA NIÑEZ
- i).- JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE
JUSTICIA DE LA NACION SOBRE ASPECTOS
FAMILIARES

**CAPITULO V.- CONCLUSIONES
BIBLIOGRAFIA**

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO FAMILIAR

- 1.- En la Legislación Romana
- 2.- En la Legislación Española
- 3.- En la Legislación Francesa
- 4.- En la Legislación Alemana
- 5.- En la Legislación Norteamericana
- 6.- En la Legislación Rusa.

1.- EN LA LEGISLACION ROMANA

Aunque es muy usual a los tratadistas modernos afirmar que todas las instituciones relativas al Derecho Familiar de la antigua Roma han sido conocidas por ellos de fuentes directas, nosoottros, por nuestra parte, afirmamos, junto con el maestro Agustín-Bravo González, cuando habla de la constitución de la familia roomana, en los siguientes términos: "los textos donde de ella se haoblaba no han llegado a nosotros, la parte correspondiente a este asunto se encuentra ilegible en el manuscrito de las Institucioones de Gayo" (1), pero debido principalmente a los escritorios anogños en cuyas obras inpercederas nos han legado la grandeza de -- esas culturas, debemos apuntar que en todos los géneros de las arotes y las ciencias hubo contemporáneos de los antiguos Juriconsulotos romanos, los cuales de una u otra forma han manifestado la reomota presencia de táles instituciones.

Fustel de Coulanges, al hablar en " La Ciudad Antigua " de los orígenes más remotos de la familia nos dice: "Tres cosas hayo que desde la más lejana antigüedad, se encuentran fundadas y solíodamente establecidas en estas sociedades griegas e italianas; la religión doméstica, la familia, el derecho de propiedad; tres coosas que en su origen tienen una relación manifiesta y que parecen

(1) Bravo González, Agustín.- Lecciones de Derecho Romano Privado. Ed. Bay. Gráfica y Ediciones S. de R. L. México. 1963. Pág.26

haber sido inseparables". (2)

La idea de la propiedad estaba implicada en la religión, pues cada familia tenía su hogar y sus antepasados. Estableciendo cada familia la costumbre de adorar a sus antepasados en el interior de su hogar.

Pues bien; entre los dioses y el suelo, los hombres de las antiguas edades veían una relación misteriosa. Tenemos primero el hogar este altar es el símbolo de la vida sedentaria, según su mismo nombre lo indica; cuando se establece un hogar se hace con el pensamiento y la esperanza de que persistirá en el mismo sitio, haciendo suya esta parte de la tierra, y la familia, que por deber y religión permanece siempre agrupada en derredor de su altar, se fija en el suelo como en el altar mismo, esto hace surgir la idea del domicilio y, se establece una estrecha relación entre el suelo y la familia.

Gracias a la religión doméstica la familia era una pequeña corporación organizada, una pequeña sociedad con un jefe y su gobierno. Nada en nuestra sociedad moderna puede darnos una idea de esa autoridad paterna. En aquella antigüedad el padre, no solo es el hombre fuerte que protege y que también posee la facultad de hacerse obedecer, es el sacerdote, el heredero del

(2) Fustel de Coulanges, Numa Denis. La Ciudad Antigua. Ed. Nueva España, S.A. México. 1944. Pág. 82.

hogar, el continuador de los abuelos, la raíz de los descendientes, el depositario de los ritos místicos del culto. Toda la familia está bajo su poder, pero a éste se le asociaba un sentimiento de veneración que se imponía como pontífice y soberano.

La libertad privada y egoísta del individuo nace al nacer la propiedad privada, en el momento en que el individuo puede -- disponer de determinados bienes materiales. El orden familiar -- es, pues, con el régimen de propiedad, columna fundamental del -- Derecho Privado. (3)

Aunque no compartimos completamente la idea señalada en -- líneas anteriores, puesto que a ella podemos oponer la imperiosa necesidad, por parte de la sociedad, de tutelar, por medio de -- normas de interés público, los bienes jurídicos más esenciales, -- como son los derivados del Derecho Familiar.

En apoyo de lo anterior, exponemos la noción que el cita-- do autor tiene del concepto familia: "La familia es una sociedad de personas desiguales y necesidades del auxilio solidario, y cu-- ya diferencia de naturaleza se refleja en las relaciones jurídi-- cas que las unen; en ello se distingue de la sociedad representa-- da por el Estado, en la cual todos gozan por principio de la mis-- ma libertad civil que tiene su reverso en la sumisión de todos --

(3) Sohm Rodolfo. Instituciones de Derecho Privado Romano. Ed. Gráfica Panamericana, S. de R.L. México. 1951. Pág. 11

por igual a los poderes públicos". (4)

Es indudable la nueva proyección dada al Derecho Familiar, choca con las formas tradicionalistas, y hasta se hace inconcedible su institucionalización, debido principalmente, a que se deben combatir moldes arcaicos surgidos por las múltiples mixtificaciones sufridas por nuestras actuales instituciones.

Las relaciones familiares contienen por su propia naturaleza, relaciones estrictamente familiares y relaciones de carácter patrimonial. Tres clases de poderes entrañan la familia, a los cuales corresponden otras tantas relaciones jurídicas, como son: La relación matrimonial, la paterno-filial y la tutela.

"En realidad, el último de éstos tres temas esta fuera de la órbita de la esfera del derecho de familia, ya que los tutores y curadores no son necesariamente parientes. Sin embargo, - como es necesario conocer la estructura de la familia antigua para comprender la tutela y la curatela, se ha optado por explicar estas instituciones". (5)

Según Sohm, la evolución del derecho romano , puede bosquejarse en los siguientes razgos:

"El antiguo Derecho Civil -de sello patricio- cimenta la-

(4) Sohm, Rodolfo. Op. Cit. Pág. 297.

(5) Floris Margadant S. Guillermo. El Derecho Privado Romano. -- Ed. Esfinge, S.A. México. 1960. Pág. 131.

familia exclusivamente sobre la agnación. Más tarde, gracias al derecho pretorio, empieza a destacarse la cognación; hasta imponerse y triunfar, finalmente, sobre la primera, en la época de la legislación imperial. Es también Justiniano quien dá, en este respecto el paso decisivo, especialmente en las Novelas. Triunfando así el moderno concepto de familia sobre el arcaico del Jus Civile". (6)

Como explicamos más adelante, la familia no se forma exclusivamente con parientes, para ello es necesario borrar la distinción entre matrimonio y concubinato, sino a la mujer que sin haberle dado hijos, ha hecho vida en común con él por un período -- de tiempo determinado, adoptando una conducta intachable de esposa, así como de las personas que hayan tenido bajo su cuidado.

Consideramos, que no debe entenderse en beneficio de un determinado grupo de parentesco, sino al grupo social cuyas finalidades son hacer vida en común, formar un hogar; pues no hay necesidad de desconocer la forma peculiar de nuestro pueblo para constituir la familia, como lo es el concubinato.

Podemos decir que de las diversas acepciones de la palabra familia, consideramos como la más auténtica la consignada en el Digesto, la cual se refiere a un sector determinado del patrimonio doméstico, o sea, los famuli, es decir, los esclavos. (7)

(6) Sohm, Rodolfo. Op. Cit. Pág. 280.

(7) D. 50. 16. 195

Se puede entender a la familia civil como a las personas colocadas bajo la autoridad de un jefe único y que están ligadas por la agnatio. Dicho en otra forma, es el conjunto de personas unidas por el mismo vínculo de patria potestad, siendo agnados - los individuos que por lo menos convivirían de perdurar su ascendiente común.

Como veremos en el capítulo II, el matriarcado es la primera forma conocida de familia; pero en el derecho romano encontramos, desde sus comienzos, un sistema estrictamente patriarcal.

"El nexu que mantenía esta comunidad es el parentesco por línea paterna y su base reside en la relación jurídica de patria potestad que puede originarse artificialmente por adopción y conventio in manum (ajuste de la mujer al poder del marido), y, destruirse por medios jurídicos, como en el caso de la capitis deminutio mínima". (8)

La familia cognaticia representa el linaje y no la casa; cognatio es el parentesco en la comunidad de sangre. Representante del principio cognaticio es la madre, como del agnaticio - el padre. En la cognación no se distingue entre vínculo materno y paterno, Descansa sobre vínculos naturales, no sobre una relación escuetamente jurídica, como tampoco puede crearse o extin-

(8) Sohm, Rodolfo. Op. Cit. Pág, 280.

guirse artificialmente, hasta poco antes de que se fundieran ambas.

La cognatio es el parentesco natural o de sangre aceptado desde Justiniano y al que el pretor puso en contraposición al -- del Derecho Civil.

En cuanto a la patria potestas (patria potestad), exclusivamente pertenece al jefe de la familia sobre los descendientes-- que forman parte de su familia civil, la cual solo puede ejercer la un ciudadano romano sobre otro ciudadano romano, potestad ésta privativa del hombre. Pater Familiae (padre de familia), designa por tanto a un romano libre y sui iuris (persona no sometida a la potestad de otra), es decir, una persona, independientemente de estar casada o de tener descendientes.

Sólo el paterfamilias tiene plena capacidad de goce y ejercicio. Los miembros de su domus (casa) dependen de él.

Las relaciones más importantes entre los paterfamilias y los diversos miembros de su domus son:

a).- La manus (potestad) que puede tener sobre su esposa y sus nueras; y

b).- La patria potestad que ejerce sobre sus hijos y nietos.

A la segunda clase de relaciones ya nos hemos referido, -- pero a las primeras, por ser necesario su estudio para los fines propuestos en el presente trabajo, vamos a ocuparnos a con---

tinuación.

La manus es una potestad del paterfamilias a la cual es - tan subordinadas tanto la esposa como las nueras, es decir, es - una potestad modelada bajo la patria potestas, únicamente aplicable a las mujeres, (manus mariti, potestad del marido); se verificaba en tres modos por confarreatio (confarreación), coemptio (venta o por usus (uso)). Podía ser constituida por matrimonio, en cuyo caso pertenecerá al marido o al ascendiente que tenga la patria potestas; por fiduciae causas, de carácter temporal, para producir determinados resultados, podía combinarse con el matrimonio.

El matrimonio celebrado en la forma de confarreatio, se - hacía en honor de Júpiter, con determinadas ceremonias y palabras solemnes, por cuyo medio se consagra formalmente la comunidad de ritos y de vida entre los cónyuges hacia la sacra privata del marido (religión familiar); pero esta celebración familiar de carácter formal, se debe al elemento conventio in manu y no al matrimonio. Era reservada a los patricios.

La coemptio, fué probablemente para los plebeyos, debido a que no podían contraer matrimonio por confarreatio. Consiste en una aplicación derivada de la mancipatio, especie de compra - de esposa, gracias a lo cual la mujer cae in manu (en potestad). La venta la hace el paterfamilias si la mujer es alieni iuris -- (persona sometida a la potestad de otro), o la autoriza el tutor

si es *suis iuris* (personas no sometidas a la autoridad de otro.

El *usus*, por el cual una mujer, por el hecho de convivir con su marido durante un año daba a éste la *manus*. Si la mujer no deseaba pertenecer a la *domus* de su marido, debía participar en las fiestas religiosas de su antigua familia para demostrar su sujeción al poder de ella, (*usurpatio*: interrupción de la --- prescripción adquisitiva), considerando el matrimonio celebrado *sin manu* (sin potestad).

"La *manus* establecida *fiduciae causa* (como garantía), surge como una especie de *coemptio* sobre una mujer *sui iuris* y el -- que la reciben se compromete a manciparla a una persona que la manumitirá *vindicta* (proceso simulado para obtener la libertad del esclavo), en virtud de un contrato de *fiducia* y a restitufrle sus bienes". (9)

Con esta forma se protegía a la mujer para que pudiera heredar y no tuviera la molestia de la *sacra privata*, para desembarazarse de la tutela de sus agnados y para poder testar.

La *patria potestad* estaba reservada al padre o abuelo y -- solo era conferida a los ciudadanos romanos, normalmente duraba hasta la muerte del *paterfamilias*, su potestad, se ejerce desde tres puntos de vista: el padre de familia es el jefe del culto doméstico; el hijo de familia no podía ser titular de derechos --

(9) Bravo González, Agustín. Op. Cit. Pág. 117

propios, todo lo que ellos adquirieran entre a formar parte del patrimonio del paterfamilias;

"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, empero, un fundamento natural". (10)

La primera, la más importante fuente de la potestad paterna, son las iustas nuptias (matrimonio legal), la ley confiere al marido la patria potestad sobre los hijos procreados dentro de legítimo matrimonio. "Facilita la prueba de la paternidad la presunción jurídica de que los hijos nacidos durante el matrimonio lo son del marido. Tal presunción, sin embargo, hállase sujeta, en Derecho Romano, a dos limitaciones: 1.- Sólo se considera procreado dentro de matrimonio al hijo que nazca después de los ciento ochenta y dos días de contraído aquél (séptimo mense) y antes de los trescientos de su disolución; 2.- Se trata de una simple praesumitio iuris, (presunción de derecho), cuyo objeto es únicamente facilitar la prueba, y que, con ello, admite demostración contraria". (11)

Los hijos nacidos fuera de matrimonio no entran en la patria potestad de su progenitor.

La prueba de la filiación requiere: comprobación mediante

(10) Floris Margadant S. Guillermo. Op. Cit. Pág. 138

(11) Schm, Rodolfo. Op. Cit. Pág. 296.

los registros públicos de nacimiento; comprobación de constante posesión de estado de hijo legítimo y, la prueba testimonial.

La legitimación presupone una relación natural de padre a hijo, pero que excluye la posibilidad de una idea de potestad paterna adquirida por efectos del nacimiento. Constituye una manera de obtener la potestad paterna sobre los hijos naturales y puede constituirse por el subsiguiente casamiento de sus padres o mediante declaración de legitimidad hecha por el poder público, en caso de ausencia de hijos legítimos.

Más de un siglo después de la legitimación por matrimonio aparece la legitimación por oblatio de la curia (ofrenda). Se -- inspiró en la dificultad que presentaba el reclutamiento de la curia debido a la penuria del fisco. Permitía al padre que tuviera un hijo natural legitimarlo ofreciéndolo a la curia para recaudar impuestos.

La adopción: "Es un acto solemne que hace caer a un ciudadano romano, bajo la potestad de otro ciudadano romano, estable--ciendo entre ellos artificialmente las mismas relaciones civiles que hubieran nacido de la procreación ex iustis nuptiis" (a causa de matrimonio legítimo). (12)

"El adoptado puede ser un paterfamilias, que es el caso de la adrogación -adrogatio- o un filius familias -adoptio en senti-

do estricto-. En ambos casos sufre el adoptado una *capitis de - minutio minima*, puesto que cambia de familia agnaticia". (13)

Durante su vigencia, la adrogación sufre varias transformaciones, inicialmente estaba reservada a los *paterfamilias*, pero a partir de Antonio Pio se permitió la de *impúberes*. El nuevo *paterfamilias* obtiene, además de la patria potestad sobre el adrogado y sus descendientes, su patrimonio, pero, posteriormente Justiniano dispuso que solo tuviera el usufructo sobre ellos, quedando la nuda propiedad sobre el adrogado.

La adopción -en sentido estricto- se crea con posterioridad a las doce tablas, es un acto jurídico especial de carácter privado, por cuyo procedimiento el *paterfamilias* adquiría la patria potestad sobre el *filiusfamilias* de otro ciudadano romano.- Este último debía dar su consentimiento para ello, por medio de tres ventas ficticias, con Justiniano, basta la declaración de - ambos *paterfamilias* para que se perfeccione la adopción, pero el hijo debe dar su consentimiento, de lo contrario, su resistencia invalida el acto.

Tratándose de un menor, se le otorgaba la patria potestad al adoptante, pero el adoptado no pierde sus derechos sucesorios en su antigua familia.

Al hablar de las fuentes de la patria potestad, dijimos -

(13) Sohm, Rodolfo. Op. Cit. Pág. 296.

que la más importante era las *iustae nuptiae*, es decir, se tenía el matrimonio como el fundamento de la familia. De esta manera la legislación romana consideró la verdadera esencia de la relación familiar al instituir el matrimonio.

Los requisitos de validez del matrimonio son: la pubertad para ambos; en el hombre para engendrar y en la mujer para concebir; el consentimiento de los contrayentes; el consentimiento -- del *paterfamilias* o en su defecto la potestad del magistrado a fin de forzar el consentimiento del padre que se opusiere sin motivo fundado al matrimonio de su descendiente, otorgada por la Ley Julia, y; el *connubium*, es la aptitud legal para contraer -- las *iustae nuptiae*.

Pueden reunirse los requisitos, pero no puede celebrarse -- por existir impedimentos que resulten del parentesco, de la afinidad, del adulterio, por raptó, por razones políticas, de orden social, etc.

Los efectos del matrimonio respecto de los cónyuges, se hacen consistir en la mutua fidelidad; la esposa tiene el derecho y el deber de vivir con el marido; se deben mutuamente alimentos; prohibición para hacerse donaciones, a la esposa para -- ser fiadora de su esposo, restricción para entablar acción por robo, en caso de quiebra o concurso los bienes de ambos entran -- en la masa.

De los efectos del matrimonio respecto a los hijos, se --

desprende que toman el nombre, domicilio y condición del padre.

El paterfamilias tuvo el poder de romper el matrimonio de los sometidos a su autoridad. Antonino y Marco Aurelio lo cesaron.

Otras formas de disolución del matrimonio son: la escalatividad como pena del Derecho Civil; por cautividad de uno de los cónyuges, por muerte de uno de los esposos, por divorcio, o sea, ruptura voluntaria del laso conyugal (*bona gratia*), por mutuo -- consentimiento o por repudio de uno de los cónyuges (*repudium*).-- A partir del Bajo Imperio, se convierte en modo ordinario de disolver el vínculo conyugal.

"Sólo más tarde, en la Edad Media, el derecho canónico -- continúa con éxito la lucha contra el divorcio, declarando que -- el matrimonio es indisoluble por naturaleza. De esta opinión, -- en nuestra época, se va apartando un país de otro, por la actual secularización del derecho matrimonial". (14)

Se tomaba por concubina aquella con quién el matrimonio es taba vedado. Augusto fué quién sancionó legalmente esta figura, considerándolo como un matrimonio inferior. Se distingue de las *iustae nuptiae* por la intención de las partes, pero sin nada de honroso.

Se contrae sin las formalidades de las *iustae nuptiae*, --

(14) Floris Margadant S. Guillermo. Op. Cit. Pág. 149.

siendo necesaria la pubertad de las partes y no requiere el con-sentimiento del paterfamilias, pero no podían contraerlo los in-capacitados para contraer las iustae nuptiae.

Desde Constantino se reconoció un lazo natural entre el padre y los hijos nacidos del concubinato a los cuales, el padre pudo legitimar atribuyéndoles la nueva denominación de liberi na-turalis.

Esta unión produce la cognación o parentesco natural en-tre el hijo, la madre y los parientes de la madre. Justiniano - dió, como efecto de la filiación natural, la obligación de dar - alimentos y determinados derechos de sucesión.

El matrimonio sine connubio (sin capacidad para contraer-
matrimonio con ciudadano romano) o matrimonio del derecho de gen-tes, es el celebrado entre dos personas libres, de las cuales una no es romana. Es superior al concubinato; pero inferior a las - iustae nuptiae. Los hijos de este matrimonio, son cognados de - la madre y de los parientes de la madre, nacen sui iuris y siguen la condición materna; el marido puede seguir el adulterio de la-
mujer. El matrimonio sine connubio puede transformarse en ius-tae nuptiae, del mismo modo que este se transforma en aquél, --- cuando uno de los conyuges pierde el derecho de la ciudadanía.

El contubernio es la unión de dos esclavos, o de dos per-sonas, de las cuales, una es esclava. Por lo general se daba en tre esclavos, pues la severidad de la legislación lo hacía casi-

imposible para las mujeres libres. Bajo Constantino, se castigaba con la pena de muerte, el contubernio con esclavo propios.

El régimen patrimonial del matrimonio romano, es a nuestro juicio, el antecedente más remoto del actual patrimonio familiar. En el Derecho Romano, las relaciones existentes entre los cónyuges eran: la separación total que resulta del matrimonio *si ne manu*, siempre y cuando éste no se conviene con un contrato de sociedad, una sociedad parcial o total que puede resultar de un contrato respectivo entre los cónyuges y la concentración de todo el patrimonio de los conyuges en las manos del marido, como resultado de un matrimonio *cum manu*". (15)

A partir de Augusto, el esposo tiene la facultad de exigir que la mujer aporte determinados bienes para el sostenimiento del hogar. Si la esposa es *sui iuris* y posee un patrimonio propio, puede conservar la administración de estos (*parapherna*: bienes parafernales), o bien, puede encomendarla a su esposo, mediante un mandato revocable, el cual responderá hasta el límite de la mala administración de los mismos.

"La dote puede tomar la forma de una entrega (*datio dotis*: bienes dotales), una promesa (*dictio dotis*: promesa de dote) o la remisión de una deuda a cargo del marido. Podía proceder del matrimonio del paterfamilias, de la esposa misma o de terceros,-

(15) Margadant Floris S. Guillermo. Op. Cit. Pág. 150.

en cuyo caso hablamos de dos adventitia (dote constituida para la mujer). La dote entraba en el patrimonio del marido o de su paterfamilias". (16)

Generalmente era devuelto al padre de ella a la muerte de la esposa, o en caso de disolución del matrimonio, por muerte -- del marido o por divorcio a la esposa. A fines de la República el Pretor crea la actio rei uxoriae (acción de restitución de do te cuando no se había celebrado estipulación), concediendo a la esposa repudiada acción para recuperar su dote, ya que durante el matrimonio se habían tomado providencias respecto a su admi-- nistración.

Había donaciones hechas a la mujer, antes del matrimonio (ante nuptiae), y durante el matrimonio, (donatio propter nup--- tiae).

Para concluir nuestro estudio sobre la legislación fami-- liar en el derecho romano, vamos a ocuparnos de la tutela y la - curate la. La primera para los impuberes, la segunda para los - que habiendo alcanzado ya la pubertad, tienen su capacidad de -- obrar limitada.

La tutela podía ser testamentaria, legítima y dativa. La Tutela testamentaria es aquella por la cual, el testador nombra tutora sus hijos impúberes: la legítima se daba en defecto de la

testamentaria, la ley llamaba a los cognados y gentiles, estos, - en ausencia de los primeros: la dativa tiene lugar en defecto de las anteriores, o cuando háy necesidad de nombrar un tutor cer--tae causas (para cierta causa).

Tratándose de menores de siete años, el tutor debía realizar los actos jurídicos, en los que el pupilo tenía interés, me--dante la gestio negotiorum (gestión de negocios), en tales ac--tos, las consecuencias repercutían en el patrimonio del tutor en virtud de no tener la representación directa del pupilo.

En cuanto a los impúberes, el tutor podía desempeñar su -cargo por medio de la gestio negotiorum o la auctoritas interpositio (intervención del tutor). En la primera, el tutor como administrador, juega el papel de parte, pero en el fondo se juega los intereses del pupilo. Por el contrario, en la segunda, los actos se realizan en presencia de ambos y el pupilo actúa personalmente, como acto reflejo de ello, las consecuencias de dichos actos producían sus efectos en su propio patrimonio.

Esta institución, en un principio surge para proteger el interés de los familiares, más que el de los incapaces, paulativamente, se va convirtiendo en un cargo en beneficio del pupilo, es decir, de asunto familiar, la tutela se convierte en materia pública.

Se protegió con una actio tutelae (acción de tutela), en favor del pupilo, así como un conjunto de medidas preventivas de

entre las cuales destaca la obligación de invertir, so pena de indemnizar al pupilo.

La tutela se extingue cuando el pupilo llega a la mayoría de edad, cuando incurre en esclavitud, cuando muere, cuando pierde la ciudadanía, cuando cambia de familia; cesa por parte del tutor, cuando muere, cuando llega el término o la condición se realiza, cuando el magistrado acepta su excusa, por capitis diminutio mínima, cuando es destituido por suspectus (sospechoso), en este caso existen dos casos de destitución, simple, en el caso de que el tutor sea inhábil, y la aprobiosa que es el caso en el cual el tutor resulta desleal.

La curatela, es una carga pública establecida para proteger a las personas, cuando no pueden hacerlo por sí mismas, aunque cuenten con la mayoría de edad, es decir, se da para el curador quién se ocupa de los bienes y de la persona física del incapaz, sea puber o sui iuris, afectados de locura o interdictas -- por prodigalidad.

Posteriormente fué extendida a los sordos, mudos, mente capti y a los enfermos graves; pero generalmente a los menores de veinticinco años y excepcionalmente a los pupilos.

La cura furiosi (ciudadano del loco), se aplicaba al hombre cuyos trastornos mentales se manifiestan por ideas extravagantes, y sin hilación, pero tiene intervalos lúcidos. La cura prodigi, se da contra quién dilapida sus bienes heredados de los padres -

u otro ascendiente paterno.

El pretor incluyó como innovaciones: asimilar a los furio si, a las personas cuya lócura es permanente, extendiendo la cu-ratela a los sordos, a los mudos y a los que una enfermedad gra-ve les impida administrar sus bienes; se tiene pródigos a todos- quienes despilfarran sus bienes, sea cual fuera su procedencia;- el curador honorario) se les impuso a los locos y pródigos care-tes de parientes.

A los menores de veinticinco años se les dió una protec--ción especial.

La in integrum restitutio, se crea por el pretor para los casos en los cuales el menor sufre una lesión en sus intereses,- por virtud de este beneficio, sus actos, aunque válidos en dere-cho civil, podían ser rescindidos. Posee una doble condición, - que se haya sufrido una lesión y no disponer de otro recurso. De be pedirse hasta un año útil a partir de la mayoría de edad.

Con Marco Antonio, todo púber recibió un curador permanen-te, sin importar su sexo, cuando el menor recibe las cuentas de- la tutela, cuando el menor tiene un proceso, cuando el menor es- acreedor o su deudor lo exige para evitar la in-integrum restitu-tio (volver las cosas a su estado anterior).

Puede tener curador el impúbero en tutela, cuando el cura-dor suple al tutor por excusa de ésta, cuando apela el tutor so-bre una excusa rechazada, cuando el tutor tiene un proceso con--

tra su pupilo; cuando el tutor es incapaz aún siendo fiel.

El curador debía hacer un inventario de los bienes, estaba prohibido enajenar los predios rústicos y suburnados de los sujetos a curatela, el crimen suspecti tutoris vel curatoris --- (crimen del tutor o curador sospechoso) de las Doce Tablas, era una garantía del menor contra el curador, la negotiorum gestorum directa, era la obligación del curador, de rendir cuentas, correlativamente a esta obligación, el curador tuvo la acción contraria, para obtener el reembolso de los gastos efectuados durante la curatela.

Tanto en la tutela, como en la curatela, el menor tuvo el privilegium exigendi (privilegio de exigir), la hipoteca tácita, la actio ex stipulatu (acción de estipulación), dimanada de la satisdatio (caución), la acción subsidiaria contra los magistrados que aceptaban fiadores insolventes en la fianza y, finalmente, la in integrum restitutio.

Por tanto, estamos en posibilidad de hacer las siguientes conclusiones: en Roma nace jurídicamente el patriarcado y junto a él, surge el concepto de familia, aunque ésta puede ser agnaticia y cognaticia, la patria potestad la ejerce el jefe de familia, esta es una potestad reservada exclusivamente a los ciudadanos romanos varones y puede aplicarse a las mujeres desde tres puntos de vista, por confarreatio, coemptio o por usus; la primera fuente de la potestad paterna es la iustae; los hijos nacidos

fuera de matrimonio no entran en la patria potestad de su progenitor; la legitimación presupone sólo una relación de padre e hijo; la adopción reviste dos formas, la adrogación y la adopción en sentido estricto; desde el derecho romano, se regula el régimen patrimonial del matrimonio; la tutela podía ser testamentaria, legítima o dativa; la curatela se da por varias circunstancias, hasta convertirla en una carga pública.

Como hemos visto, las instituciones familiares, son desde la antigua Roma, hasta nuestros días, figuras jurídicas de idéntica terminología, aún cuando en la actualidad, gracias a las nuevas ideas de los tratadistas modernos, se va notando una evolución palpable, consecuencia de una mejor sistemática; pues, actualmente se omite figuras consideradas obsoletas o caducas, para dar paso al Derecho Familiar, el cual sin ocultar sus antiguas raíces provenientes del derecho romano, demanda su divorcio del Derecho Civil, para erigirse como un apéndice del nuevo Derecho Social.

2.- EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA.

En Opinión de Calixto Valverde, "Familia y Derecho de Familia son dos ideas distintas que se complementan. La primera es el hecho y su regulación jurídica el segundo". (17)

(17) Valverde y Valverde, Calixto. Tratado de Derecho Civil Español. Ed. Talleres Tipográficos Cuesta. Valladolid, España. 1921. T. IV. Pág. 5.

Sostiene lo anterior apoyado en la relación existente entre la familia y el parentesco, pues, como él dice, no puede ponerse en duda la influencia que ejercen en el derecho las relaciones familiares, por lo que al hablar de la situación de la familia lo hace en los siguientes términos:

"La familia constituye un estado civil, y como es consiguiente, las relaciones jurídicas que corresponden a los individuos que la forman, varían según la posición que cada uno de ellos ocupe en ella. La capacidad de las personas está visiblemente influida por la constitución de aquélla, pues hay pocos hombres que no pertenecen a una familia determinada sea ésta legítima o ilegítima". (18)

Familia en sentido estricto es, según Messineo: "El conjunto de dos o más personas vivientes, ligadas entre sí por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible de cónyuge, de parentesco y de afinidad, constitutivo de un todo unitario. Frente a este concepto estricto de la familia, en un sentido más amplio, se incluyen, en la familia, según el mismo autor, personas difuntas (antepasados) o meramente concebidas (naciturus), para significar la familia como descendiente o continuidad de sangre; o en otro sentido, las personas unidas entre sí, por un vínculo legal

(18) Valverde y Valverde, Calixto. Op. Cit. T. I. Pág. 359.

de parentesco de sangre y constituye la familia civil". (19)

El Derecho de familia se basa en el concepto que se ha ex puesto en sentido estricto; esto implica una doble exclusión de ciertas relaciones asimiladas a los familiares. De una parte, - las que no derivan de las relaciones de la procreación dentro -- del matrimonio, o sea de la llamada ilegítima; de otra, las pro cedentes de la llamada familia civil o adoptiva. "Sólo por el ma trimonio se dan efectos plenos, característicos de vínculo fami- liar, que ponen en relación a todo un grupo de personas por la - afinidad o consanguinidad". (20)

Pero también producen relaciones asimiladas a las familia res la familia ilegítima y la adoptiva, es decir, la familia na tural y la familia civil.

En sentido subjetivo, cita Clemente de Diego, "Derecho Fa milia es el derecho que a la familia toca desenvolver en la vida, el conjunto de atributos y deberes que a los miembros familiares que en concepto de tales corresponde. En sentido objetivo, es - el conjunto de reglas que presiden a la constitución, existencia y disolución de la familia".

En el derecho moderno, se considera a la familia dentro -

(19) Messineo, Francisco. Manuel de Derecho Civil y Comercial. Ed. Jurídica Europa-América. Bs.As. 1954. T. II. Pág. 27.

(20) Espín Canovas, Diego. Derecho Civil Español. Ed. Revista - de Derecho Privado. Madrid. Vol. IV. Pág. 4.

de su propia sustantividad, como entidad social que tiene propios derechos en relación con sus fines. Por esto puede ser considerado como un derecho social, que tiene por objeto el estudio de la sociedad familiar en su aspecto jurídico.

Expone la institución en si misma, en su estructura y vida, en cada uno de los círculos fundamentales: conyugal, paterno-filial y parental que la constituyen. Aunque la familia es otra de las instituciones que originalmente no pertenecen al derecho; este no hace más que regularla en determinados aspectos.

"La familia surge, como vemos, en la unión de dos seres, y se completa mediante el desdoblamiento de la personalidad del matrimonio por reproducción, continuando luego en la serie de las generaciones por medio del parentesco". (22)

De aquí que tenga dos sentidos: uno lato, que comprende - las relaciones conyugales, paternas y filiales y parentales, - dando origen a las instituciones como el consejo de familia, tutela, legitimación, sucesión intestada, y otro estricto, que comprende sólo al organismo social y total compuesto de cónyuges, - padres e hijos.

Las relaciones familiares, empezando por las conyugales, - se desdoblan en dos clases: personales y económicas, según que - tengan por objeto la persona o los bienes de los miembros de la familia.

(22) Clemente de Diego, Felipe. Op. Cit. Pág. 436.

La necesidad de un patrimonio propio de la sociedad conyugal se debe a que teniendo fines propios que cumplir, estos reclaman medios económicos adecuados.

Una vez constituida produce relaciones personales, que son de poder y de amor; de sumisión, respeto y obediencia; de abnegación y sacrificios mutuos, cuando son exigidos por la necesidad; exigen una regla una autoridad.

Las relaciones parentales no constituyen familia en sentido estricto, pues la falta la perfecta indentificación y solidaridad, el hogar común, pero se originan por generación; Tutela, - Sucesión Intestada Impedimentos.

Las relaciones cuasifamiliares, formadas a imitación de las anteriores y en defecto de ellas, tienen carácter supletorio con una mayor intervención del poder social, al cual organiza tales instituciones protectivas en interés de quienes no se bastan a sí mismos y no tienen aquellos medios naturales de protección.

En relación a la idea que guardan la familia y el Derecho, Espín Cánovas dice: "Existencia de un derecho para la familia, - este derecho puede ser entendido en un doble respecto: o le miramos en relación con la familia o con sus miembros en calidad de tales, en relación subjetiva o le miramos en sí mismo en cuanto norma reguladora de las relaciones familiares". (23)

Surge el problema, si el Estado abdica por completo como órgano supremo del derecho, y deja a las familias pleno e intacto su círculo jurídico, o si entra a dictar sus leyes y normas obligatorias. En su esfera interna, habrá de garantizar su cumplimiento e integridad en su aplicación, interviniendo directamente cuando haya transgresión, respecto a la externa, ha de reconocer la personalidad de la familia, favorecer y coadyugar al cumplimiento de sus fines.

Los derechos subjetivos de la familia, son los que toca ejercitar a la familia, como personalidad del orden social.

Al hablar de los caracteres del Derecho de Familia y su posición en la sistemática del Derecho, Espín Cánovas, manifiesta: "La Familia, al estar regulada por el derecho, es una institución jurídica, pero ante todo es una institución social basada en el matrimonio y la patria potestad sobre los hijos.

Pueden quedarse sin aplicación, por ser mas fuerte la vigencia social de estas normas que la vigencia formal de las normas jurídicas.

El fondo predominantemente ético de la familia, como institución social, repercute en su organización y regulación jurídica. Esta es la primera y mas destacada característica del Derecho de Familia". (24)

Como organización política, se le ha considerado como el fundamento del Estado, como un núcleo político embrionario. Por esto, el Estado no puede abandonar las instituciones familiares, a las cuales ha de regular y vigilar, dado el evidente interés general de las mismas por lo tanto, los derechos que conceden -- son de interés general, inalienables, irrenunciables e imprescriptibles.

Por lo que concluye el autor en cita, su exposición del derecho de Familia, se basa en las relaciones matrimoniales, paternofiliales, parentales, cuasifamiliares y tutelares.

Los sistemas matrimoniales que han tenido vigencia en el derecho español, son los siguientes:

- a).- Matrimonio Canónico.
- b).- Matrimonio Civil Obligatorio.
- c).- Matrimonio Canónico y Civil Subsidiario.
- d).- Matrimonio civil Obligatorio.

Sistema matrimonial vigente en España; el concordato celebrado entre España y la santa Sede el 27 de agosto de 1953, se ha regulado por las siguientes disposiciones.

a).- "El estado español reconoce plenos efectos civiles al matrimonial celebrado según las normas del derecho canónico.- Art. XXXIII" (25).

b) .- El estado español reconoce la competencia exclusiva- mente de los tribunales y dicasterios eclesíasticos en las cau- sas referentes a la nulidad del matrimonio y a la separación de- los cónyuges, en la dispensa del matrimonio rato y no consumado- y en el procedimiento relativo al privilegio Paulino. Art. XXIV. núm. 1". (26)

c) .- En general todas las sentencias y decisiones en vía- administrativa y decretos emanados de las autoridades eclesiásti- ca en cualquier materia, dentro del ámbito de su competencia, -- tendrán tribunales efectivos en el orden civil cuando hubieres -- sido comunicados a las competentes autoridades del Estado, las -- cuales prestarán además el apoyo necesario para su ejecución. -- Art. XXIV núm. 4" (27).

El Código Civil Español de 1888, actualmente en vigor, si- guiendo los principios del derecho canónico establece: siendo el matrimonio un sacramento consagrado por un representante de Dios, no puede disolverse por voluntad del hombre; rechaza el divorcio vincular, estableciendo en su artículo 52, el matrimonio sólo se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, y en su artículo- 104, el divorcio sólo produce la suspensión de la vida común de- los casados.

(25) E. Cánovas. Diego. Op. Cit. pág. 25.

(26) Op. Cit.

(27) Ibidem.

"La Ley del Divorcio del 2 de marzo de 1932, tuvo vigencia hasta 1939, o sea el tiempo de duración de la República". (28)

En relación al ejercicio de la patria potestad, Castan Tobefias apunta, "con objeto de que la patria potestad, vista como delicada función, no esté abandonada al arbitrio y posible abuso de los padres, las legislaciones modernas (principalmente la de los países germánicos), someten a la inspección del Estado, ejercida a veces por una autoridad pupilar" (29).

Valverde y Valverde, al hablar de la patria potestad, la define en los siguientes términos: "Es un complejo de derechos y deberes de los padres para con los hijos y de estos para con los padres". (30)

La facultad de corregir a los menores de acuerdo con el Código Civil español, puede resumirse del artículo 156 y demás relativos en el siguiente sentido: los padres tienen el derecho de corregir y castigar mesuradamente a sus hijos, solicitar el auxilio de los tribunales o autoridades gubernativas en apoyo de su autoridad, ya en el interior del hogar doméstico, ya para la detención de los hijos en establecimientos de instrucción o instituciones que legalmente autorizadas los recibieron; tendrán así mismo, derecho de reclamar la intervención del Juez Municipal para impo-

(28) Espín Cánovas, Diego. Op. Cit. Pág. 25

(29) Castan Tobefias. J. Derecho Civil Español. V. I. T. I. ed - Reus, 4a. Edición, Madrid. Pág. 247

(30) Valverde y Valverde, Calixto. Op. Cit. Pág. 470.

ner a sus hijos hasta un mes de detención en el establecimiento correccional designado al efecto, bastando la orden del padre o de la madre con el visto bueno del juez, para que la detención se realice.

En la legislación española las fuentes de la patria potestad son las siguientes: el matrimonio, la legislación, que puede ser como consecuencia del matrimonio o por sentencia y la adopción.

Para desempeñar la tutela y la curatela, por ser cargos públicos había obligación de depositar fianza para garantizarlos; los locos y los pródigos tenían el beneficio de nombrarles un curador. Estas instituciones seguían a las del derecho romano, su ejercicio terminaba por: destierro, muerte, cautiverio, excusa legítima y mayor edad.

Resumimos nuestra opinión en los siguientes términos: En la época anterior al concilio Tridentino, la iglesia católica no imponía formalidad alguna a la celebración del matrimonio, pero posteriormente, mandó observar la forma exclusivamente religiosa. Este sistema tradicional, ha quedado truncado en dos ocasiones, primero, por virtud de la declaración de libertad de cultos proclamada por la constitución de 1886, y la segunda, como consecuencia de la proclamación de la Segunda República el 9 de diciembre de 1931, la cual prohió por ley del 28 de junio de 1932 la implantación del matrimonio civil obligatorio.

Al seguir los principios del derecho canónico, el derecho - español, niega la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial- por voluntad del hombre, estableciendo el divorcio con el único - efecto de suspender la vida común de los casados; por lo que se - refiere a las demás instituciones del derecho familiar, continúan casi en su totalidad los lineamientos establecidos por el derecho romano.

c).- EN LA LEGISLACION FRANCESA.

En concepto de Marcel Planiol. la familia es: " El conjunto de personas que están unidas por el matrimonio, o por la filia ción, y también, pero excepcionalmente, por la adopción" (31).

Es decir, para Planiol, la familia se compone de padre, ma dre y aquellos hijos o nietos que habitan aún con ellos.

Al hablar de la familia, los Mazeaud, los define, "La co-- lectividad formada por las personas que, a causa de sus vínculos- de parentesco consanguíneos o de su calidad de cónyuges, están su jetas a la misma autoridad: La cabeza de familia" (32).

El matrimonio es considerado como fuente perfecta de la fa milia en virtud de que crea relaciones jurídicas entre el padre y la madre y entre éstos con sus hijos.

"El matrimonio es un contrato por lo cual el hombre y la -

(31) Planiol, Marcel. Tratado elemental de Derecho Civil. Ed.- José M. Cajicar, Jr. Puebla, Méx., Vol. III Pág. 304.

(32) Mazeaud, Jean, Henri y León. Op. Cit. Págs. 7-8.

mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona y que no pueden disolver a su gusto". (33)

Antes del siglo X, la iglesia no pudo ejercer ninguna in-fluencia sobre el régimen civil del matrimonio, pero desde enton-ces y durante más de seis siglos, fué la única en legislar y juz-gar sobre el matrimonio y las causas matrimoniales.

La iglesia no sabía si el matrimonio resultaba del consen-timiento de los esposos o de la cohabitación, aunque mas tarde -- los canonistas establecieron formalidades para facilitar la prue-ba del consentimiento.

"Como consecuencia de ello encontramos la excomunión pres-crita por los cánones del Concilio de Letrán de 1215, respecto a los matrimonios clandestinos. Posteriormente, en 1563, a instancias de los trabajadores del rey de Francia y durante el concilio de Trento se exigió que el consentimiento debía expresarse en pre-sencia del párroco de la filigresía de uno de los contrayentes, - en caso contrario, eran considerados afectados de nulidad". (34)

La iglesia había dejado a la jurisdicción laica los nego---cios relativos a cuestiones puramente económicas del matrimonio, - de donde se partió para conocer las controversias matrimoniales - en general. Por medio de una serie de Ordenanzas Reales, el Esta

(33) Planiol, Marcel. Op. Cit. Pág. 329.

(34) Planiol, Marcel. Ops. Cit. Pág. 380.

do fué haciéndose reconocer en esta materia.

"Una Ordenanza de 1556, permitió a los padres desheredar a los hijos que se hubiesen casado sin su consentimiento; la Ordenanza de Blois de 1579, se ocupó de las formas de los matrimonios" (35).

"Cuando la Reforma se desarrolló en Francia, los protestantes siguieron la costumbre de casarse ante sus pastores. A partir del Edicto de Nantes, en 1508, se consideraron válidos éstos matrimonios al igual que los católicos. Pero Luis XIV revocó de Enrique IV, Prohibiendo el ejercicio de la pretendida religión reformada, los protestantes no contaron con una forma legal de matrimonio por mas de un siglo". (36)

Ante la demanda de los protestantes, el Edicto de 1787, ofreció a los católicos la elección entre una doble forma de matrimonio ya ante el primer oficial judicial del lugar, señorial o real ante el cura de su domicilio, pero no en la iglesia.

El Código Napoleón, prohibió a los ministros de los cultos, bajo sanciones penales, celebrar el matrimonio religioso sin el previo matrimonio civil.

Juán Jacobo Rousseau, preconizando la excelencia del estado de naturaleza, transforma el matrimonio en una verdadera unión

(35) Op. Cit. Pág. 381

(36) Op. Cit. Pág. 382

libre, formada y disuelta a voluntad de los cónyuges. Voltaire, también, por su parte ve el divorcio una necesidad natural.

"Si el principio de libertad condujo a los revolucionarios a admitir el divorcio, el principio de igualdad los llevó a reconocer la existencia de una supuesta familia natural, junto a la familia legítima al afirmar los derechos de los hijos naturales.- Robespierre había presentado un proyecto que confiaba al estado la educación de los hijos, y Dantón declaraba, "Es tiempo de restablecer ese gran principio que parece desconocerse, el de que -- los hijos pertenecen a la República, antes de pertenecer a sus padres". (37)

En el artículo 70. de la Constitución de 1791, se estipula: "La Ley sólo considera el matrimonio como un contrato civil". Sin embargo, Fué la ley de 20-25 de septiembre de 1792, la que explicó este principio, creando los oficiales del Registro Civil; mientras tanto, numerosos matrimonios se habían celebrado ante notario.

El código Napoleón, que originalmente era un conjunto de 36 leyes, las cuales fueron reunidas en un solo código de 2281 artículos bajo el nombre de Código Civil de los Franceses, por ley de 30 de Ventoso, Año XII, o sea, 21 de marzo de 1804, fecha definitiva en que se terminó este código, mantiene una separación en-

(37) Mazeaud, Jean, Henri y León. Op. Cit. Pág. 33.

tre las creencias y la reglamentación legal, en que se refiere a la organización familiar, pues se sigue considerando al matrimonio como contrato civil.

El sistema francés actual, establece que el matrimonio es un contrato solemne, es un sistema mixto entre contrato e institución, esto es, no basta la voluntad de las partes, se requiere el empleo de una forma especial es decir, se necesita la presencia física de los pretendientes y en la celebración del matrimonio, ante un oficial del estado civil con la prohibición para los ministros de los cultos de practicarlo antes del matrimonio civil.

Se establecieron como requisitos para contraer matrimonio: la diferencia de sexo, la aptitud física o pubertad, el consentimiento de los esposos y el de los padres.

Cuando los hijos nacen del matrimonio son legítimos, están unidos a sus padres por vínculos de maternidad y paternidad legítimos por lo que la filiación legítima necesita un matrimonio válido entre los padres, un vínculo de filiación con el padre y la madre.

"Mientras que el análisis sanguíneo, o cualquier otro medio científico no permita, sino la prueba negativa, pero no la prueba positiva de la filiación, una diferencia fundamental opondrá el establecimiento de la paternidad". (38)

(38) Mazeaud, Jean, Henri y León. Op. Cit. Pág. 39.

Para los efectos de la prueba de la maternidad, el parto es un hecho que puede ser objeto de pruebas; en cambio, la paternidad deriva de la concepción de la que resulta una imposibilidad probatoria aún por el mero hecho de probar las relaciones entre los supuestos padres.

La paternidad legítima se prueba con el matrimonio, en cambio la natural, se deduce por presunciones, pero la primera admite prueba en contrario. La prueba de la paternidad y la maternidad naturales debe hacerse por separado, se debe probar, independientemente el vínculo defiliación con la madre por un lado, y con su padre por otro.

La maternidad legítima se prueba por medios judiciales o extrajudiciales, en este caso, se prueba con la partida de nacimiento del Registro Civil y con la posesión de estado. El reconocimiento o desconocimiento del estado civil no tiene lugar cuando concuerdan la posesión de estado y la partida de nacimiento.

"El legislador ha tenido que favorecer al hijo nacido de una mujer casada con una presunción legal de paternidad, padre es quien de muestra las nupcias, fundadas sobre la obligación de cohabitación entre esposos y en el deber de fidelidad de la mujer casada" (39)

(39) Mazeaud, Jean, Henri y León. Op. Cit. Pág. 318.

La filiación natural, es el vínculo que une al hijo nacido de matrimonio, con su padre por una parte, y con su madre por otra. No obstante que se considera a la familia legítima, como la única y verdadera familia, los padres naturales tienen obligaciones respecto a los hijos.

La ley de 16 de noviembre de 1912, al limitar la investigación de la paternidad natural, la hace derivar del vínculo sanguíneo al cual es susceptible de ser probado por el hijo, aún contra la voluntad de sus padres.

La filiación legítima es indivisible, en cambio en la filiación natural por carecer de vínculo jurídico los padres, la consecuencia es la individualidad de la filiación, ya que la del padre y la de la madre son distintas. Puede hacerse el reconocimiento de un hijo natural mediante un acto solemne.

"La legitimación de un hijo natural es la transformación del estado civil de ese hijo: se convierte en hijo legítimo de las personas de que anteriormente era hijo natural". (40)

Primeramente, la legislación civil se encargó de regular la legitimación de los hijos naturales ordinarios, innovaciones posteriores han permitido su extensión a los hijos incestuosos o adulterinos, pero estas reformas, son consideradas como un grave peligro para la integridad de la familia.

(40) Mazeaud, Jean, Henri y León. Op. Cit. Pág. 520.

La legitimación de los hijos naturales ordinarios, es posible por el matrimonio de los padres, pero está supeditada al cumplimiento de ciertas condiciones de fondo y de forma.

La legitimación tiene por efecto otorgar al hijo natural - la situación y los derechos de hijo legítimo.

La adopción ha sufrido un impulso considerable, sobre todo, a partir de la ley de 1923 y con el decreto-ley de 1939, que acerca cada vez mas la situación del adoptado a la de hijo legítimo. A partir de 1939, surgen dos clases de adopciones: la adopción -- simple y la legitimación adoptiva.

La adopción simple tiene requisitos de forma y de fondo -- que satisfacer, pero es un acto voluntario bilateral y judicial a la vez.

Los requisitos de fondo son: un acto voluntario, o sea el consentimiento del adoptante y del adoptado, ausencia de hijos legítimos, la edad de los adoptantes o diferencia de edad, prohibición acumulativa, justos motivos para la adopción: los requisitos de forma son: tiene lugar ante un juez de paz o un notario, que - extiendan un documento auténtico, pero en todo caso, debe ser homologada por el tribunal.

Para que la adopción sea del conocimiento de tercera, es - necesario su publicidad, pero su omisión la adopción, sino que la hace inoponible a terceros, es decir, estos tienen el derecho de ignorar una adopción no transcrita.

La adopción produce sus afectos solamente a partir del au-to o de la sentencia de homologación y es revocable por motivos graves.

La legitimación adoptiva, se equipara a la situación del adoptado con el hijo legítimo, debido a la actual finalidad de la institución. Se funda sobre el matrimonio de los adoptantes.

Requisitos de fondo de la legitimación adoptiva son: El consentimiento de los adoptantes, pues éstos solicitan al tribun-al que pronuncie la legitimación adoptiva, el consentimiento del adoptado o de sus representantes legales no es necesario y, tampo-co el de su familia exige la adopción conjunta por dos cónyuges - no separados de cuerpos, no deben tener ni hijos ni otros descen-dientes legítimos y deben tener 40 años de edad, a 10 años de ca-sados, sin haber tenido hijos; respecto al adoptado, tener menos-de 5 años, los padres del pequeño haber fallecido o ser desconoci-dos, o el niño haber sido abandonado, fundarse sobre justos moti-vos, y presentar ventajas para el niño.

La legitimación adoptiva, es un acto judicial resultante - de un fallo, que va precedido de una encuesta y de un informe.

La simple mención al margen del acta de nacimiento del ni-ño, de la resolución de legitimación, es única publicidad que se le hace, por virtud de ésta el adoptado tiene los mismos derechos y las mismas obligaciones que si hubiera nacido del matrimonio, - creando un vínculo jurídico entre el adoptado y las familias de -

los adoptantes.

d).- EN LA LEGISLACION ALEMANA.

El antiguo derecho germánico, nace con la posición contraria a la del riguroso derecho romano, debido principalmente, al hecho de no existir entre ellos el despotismo del jefe de familia, es decir, la familia se resume en su jefe, él la representa y le corresponde la composición de todos los suyos, pero no es el señor sino su protector.

En su forma más antigua, la organización familiar fué de un tipo patriarcal, existiendo el concubinato y la práctica de la poligamia aunque en proporción escasa. Su derecho reconoció dos formas de matrimonio: la barraganía y el mudium (tutela o -- protección del tutor sobre el pupilo).

La primera suponía un contrato entre los contrayentes, y se daba cuando el hombre raptaba a la mujer con su consentimiento, pero si posteriormente se obtenía el consentimiento del tutor, podía convertirse en matrimonio legítimo.

El matrimonio con mudium, era la compra de esposa, pues originalmente, el novio entregaba el precio y el tutor entregaba a la novia. "Consistía en la celebración de un contrato, por medio del cual el tutor de una mujer transmitía el mudium al futuro esposo. También a esta forma, se le daba el nombre de matrimonio legítimo". (41)

(41) Brunner, Heirich. Historia del derecho Germánico. ed. La--bor, S.A. Barcelona, España. 1936. Pág. 225.

Con el transcurso del tiempo, el matrimonio se dividió en los esposales, los cuales podían celebrarse por medio de:

a).- La desponsatio. En esta venta de la novia ni siquiera llegaba a tener noticias la mujer de a quién sería vendida, - no se tomaba en cuenta su consentimiento, hasta que con la influencia del cristianismo ya se le consideró, y de ser objeto -- del contrato, la mujer, pasó a que el verdadero objeto era la adquisición del mudium sobre ella" (42).

Al desaparecer la compra de esposa, el hombre tiene im--- puesta la obligación de llevar a la casa a la mujer y hacerle -- una donación.

Se indica respecto al Landrecht Prusianos: "El fin capital del matrimonio es la procreación y crianza de los hijos. Puede también concluirse un patrimonio válido sólo para el mutuo auxilio". (43).

b).- La traditio. La traditio Puellas era un acto solemne mediante el cual el tutor entregaba la novia al novio, al tiempo de ser conducida a la casa del futuro esposo y en presencia -- de los familiares únicamente de ésta forma se podía transmitir -- la potestad o mudium.

También se conoció el concubinato, forma mediante la cual la mujer se unía al hombre, sólo para la satisfacción sexual sin

(42) Loc. Cit.

(43) Ennecerus, Kipp y Wolf. Tratado de derecho Civil. ed. Bosch, Barcelona. 1947. T. IV. Vol. I. Pág. 12.

ningún derecho, a diferencia de la barragana, a quien incluso se le consideró dueña de la casa; El concubinato carecía de solemnidades. (44).

Con las nuevas ideas introducidas por la iglesia, el matrimonio con mudium, fué adquiriendo un lugar preponderante y poco a poco la barragana fué desapareciendo. La novia ahora, era entregada en la iglesia y la mujer, recibía una donación del esposo, a la cual se agregaba la donación de la familia de la mujer para formar el patrimonio de la nueva familia, cuya administración quedaba a cargo del esposo.

El matrimonio civil aparece en Alemania, cuando adquiere obligatoriedad con el Reich en 1875, y debe efectuarse por disposición legal, incluso, desde la ley del Estado Civil del 5 de Febrero del propio año, ante el funcionario del estado civil, quién interviene expidiendo proclamas en la realización de la ceremonia e inscribiendo el mismo en el registro correspondiente.

Las funciones a que está sujeto el funcionario del estado civil se encuentran reglamentadas por los párrafos 1318 al 1320 del código actual, y en 1317, se señalan un mínimo de requisitos esenciales para contraere matrimonio, pues únicamente se requiere que los contrayentes declaren personalmente a su voluntad de unir

(44) Brunner, Heinrich. Op. Cit. Págs. 227-228.

se en matrimonio y que esta voluntad no se sujete a término o -- condición alguna.

Como causas de disolución se consideraron:

- 1.- La pérdida de la paz del marido o de la mujer.
- 2.- Mediante el contrato celebrado entre el marido y la - Sippe (el grupo de familiares consanguíneos) de la mujer.
- 3.- Por una justa causa, como la esterilidad.

En esta época a la mujer no se le otorgó el derecho de pe dir la disolución del vínculo con mudium. Posteriormente, se ad mitió el contrato bilateral de divorcio entre los cónyuges (45).

La ley no habla de impedimentos y únicamente se refiere a supuestos, forma de conclusión y casos de nulidad, así como tam- bién toca lo referente a sanciones en caso de violación a esas - disposiciones.

Los matrimonios son nulos por falta de forma, por ser in capaz uno de los cónyuges a encontrarse en estado de inconcién-- cia o perturbación mental, por un matrimonio anterior no disuel- to, o por las relaciones de parentesco.

Puede ser impugnado un matrimonio en los casos de falta - de consentimiento del representante legal, ausencia de un cónyu- ge para la celebración, el error de hecho, el engaño doloso de - determinadas circunstancias, el uso de la fuerza física o moral.

(45) Brunner, Heinrich, Op. Cit. Pág. 228.

El punto referente a la antigua potestad marital ha desaparecido, pues en el moderno derecho y a partir de la Constitución del Reich del 11 de Agosto de 1919, se equipara a los cónyuges en el matrimonio, pero dejando a salvo el derecho a la mujer para administrar propios bienes, pudiendo celebrar toda clase de negocios, siempre y cuando no se afecten los derechos del esposo.

Como causas de disolución del matrimonio están:

- 1.- La muerte de uno de los cónyuges.
- 2.- La supresión de la comunidad conyugal.
- 3.- Las segundas nupcias de un cónyuge, con posterioridad a la declaración de muerte del otro (46).

Las causales de divorcio, en el actual derecho, se encuentran en los siguientes parágrafos del código Civil:

1565.- Un cónyuge puede interponer acción para el divorcio si el otro cónyuge se hace culpable de adulterio o de un acto punible según El derecho del cónyuge al divorcio está excluido si él asiente al adulterio o al acto punible, o se hace culpable de complicidad.

1567.- Un cónyuge puede interponer acción para el divorcio si el otro cónyuge lo ha abandonado maliciosamente.

1568.- Un cónyuge puede interponer acción para divorcio si el otro cónyuge, por lesión grave de las obligaciones origina

(46) Ennecerus, Kipp y Wolffl op. Cit, Pág. 207.

das por el matrimonio o por conducta deshonrosa o inmoral. Ha causado una perturbación tan profunda en la relación matrimonial que al cónyuge no le puede ser exigida la continuación del matrimonio. Como lesión grave de las obligaciones vale también la vejación grave.

1569.- Un cónyuge puede interponer acción para el divorcio si el otro cónyuge ha caído en enfermedad mental, habiendo por lo menos durado la enfermedad 3 años durante el matrimonio y alcanzando tal grado que esté suprimida la comunidad espiritual entre los cónyuges y excluida toda la perspectiva de reanudación de esta comunidad.

La misma ley autoriza que por perdón quede sin efecto la demanda interpuesta con base en los párrafos anteriores.

Respecto a la patria potestad, el padre tiene munt sobre el hijo, que significa un derecho y un deber de protección, por inclusión de la administración y disfruta del patrimonio del hijo.

(47).

El artículo 1685 establece que si el marido tiene impedimento de hecho o está suspenso en el ejercicio de la patria potestad, ésta pasa a la madre, pero sin que ella se le conceda el usufructo de los bienes del hijo.

En virtud de la patria potestad, el derecho de cuidar de-

la persona del hijo implica el de determinar su nombre, de educarlo, de vigilarlo y de determinar su residencia. Se entiende por educación, la influencia psíquica, aunque se ejercita y se valga de la ayuda de medios físicos, con el fin de templar su carácter y su espíritu (48).

La legislación Alemana ha creado organismos propios para dar solución a los conflictos motivados por el ejercicio de la patria potestad, así, el tribunal de tutelas puede ordenar que el hijo sea introducido, con el fin de educarlo, en una familia honrada o en una institución de educación o corrección. Previa la resolución, debe oírse a la oficina de Protección a la Juventud.

e).- EN LA LEGISLACION NORTEAMERICANA (49)

La Constitución de los Estados Unidos, sancionada el 17 de Septiembre de 1787, no trae disposiciones relativas a la familia a diferencia de la mayoría de las de sus Estados miembros.

Nos concretaremos a dar una visión panorámica de los aspectos fundamentales que en materia familiar han sido consignados por las diversas legislaciones constitucionales de los Estados miembros de la Unión Americana.

El Estado de Alabama, implanta el impedimento matrimonial fundado en motivos racionales, prohíbe votar a los convictos por bigamia o vida adúltera, reglamenta el régimen patrimonial del -

(49) Díaz de Guijarro, Enrique. Op. Cit. Págs. 436-439.

matrimonio y lo referente a la educación de los niños.

En Arizona, se establece el salario familiar, se prohíbe la pligamia y la poligamia de hecho, obliga a la educación de los niños.

Arkansas, reglamenta el régimen patrimonial del matrimonio.

La Constitución de California protege la propiedad familiar, prohíbe invalidar contratos de matrimonio por falta de conformidad con los requisitos de alguna secta religiosa, y dispone que los bienes adquiridos por alguno de los esposos antes del matrimonio, o después, por donación legado o herencia, les pertenece en propiedad.

En Delaware se protege la educación de los niños.

En Florida se exceptúa de impuestos a propiedades hasta un valor de 500 Dl. perteneciente a viudas con familia a su cargo, se protege la propiedad familiar, a la viudez, el régimen patrimonial de la mujer casada, pero se prohíbe el matrimonio entre personas de distinta raza.

En Georgia, se dispone que son propiedad de la esposa los bienes que tuviera al tiempo de casarse y los que ella adquiriera o reciba por herencia; y que no correspondan por deudas de su marido se admite el divorcio y se protege la propiedad familiar.

En el estado de Idaho, se condena la bigamia y la poligamia, se prohíbe votar, ser miembro del jurado y tener algún em--

pleo civil al bigamo, al polígamo, o a quién viva en el llamado matrimonio matriarcal, plural o celestial.

La Constitución de Kansas, regula el régimen patrimonial de la mujer casada y la propiedad familiar.

El texto constitucional del Estado de Louisiana, protege el patrimonio familiar, la maternidad y la niñez.

La ley fundamental de Maryland, estipula el régimen patrimonial de la mujer casada.

En el Estado de Michigan, se protege la propiedad familiar y el régimen patrimonial del matrimonio.

La carta Magna para el Estado de Mississippi, ordena el régimen patrimonial de la mujer casada, establece la incapacidad -- electoral del bigamo, y declara ilícito y nulo el matrimonio entre dos personas de distinta raza.

La legislación de Montana, condena la bigamia y la poligamia.

El Estado de Nevada, protege la propiedad familiar y el régimen patrimonial del matrimonio.

La ley del Estado de New México, protege las viudez.

En North Carolina, prevalece el régimen patrimonial del matrimonio, el seguro de vida para el marido en favor de la esposa e hijos, prohíbe el matrimonio de una persona de raza blanca con una de raza negra, hasta la tercera generación inclusive.

El Estado de North Dakota, protege la propiedad familiar -

y el régimen de la mujer casada.

La ley de Tennessee, protege la propiedad familiar y prohíbe la unión de hecho o el matrimonio entre personas blancas y negras.

En Texas, se dá asistencia a los niños desamparados, se protege la propiedad familiar y a las viudas.

La legislación constitucional de Utah, prohíbe la poligamia, protege la propiedad familiar y regula el régimen patrimonial de la mujer casada.

La carta del Estado de Vermont, establece una compensación para la viuda y parientes del obrero incapacitado o fallecido.

Las constituciones de los Estados de Virginia, Washington, New Virginia y Wyoming, otorgan su protección a la propiedad familiar únicamente.

f).- EN LA LEGISLACION RUSA.

La transformación de la familia se ha realizado en forma gradual y lenta, por lo mismo que es una institución permanente y natural. El más interesante fenómeno social y jurídico de las últimas décadas -la Rusia Soviética- nos brinda amplia enseñanza al respecto. (50)

Con motivo de la revolución, las estructuras sociales su-

frieron un cambio radical, pero es en la familia donde se obser--
vó con mayor claridad esta brusca transformación, fué en la es---
tructura tradicional de la familia, al implantar el matrimonio y-
el divorcio de hecho, atenuándose más tarde, con la exigencia de-
su inscripción para restablecer modernamente la nupcias formales-
y el divorcio declarado por autoridad judicial.

En Diciembre de 1971, Lénin firmó los primeros decretos --
del poder Soviético sobre el matrimonio y el divorcio, y en 1918,
fué promulgada la legislación del estado civil del matriminio, de
la familia y de la tutela. (51)

El derecho familiar Soviético, es el conjunto de normas --
que reglamentan el orden seguir para la celebración del matrimo
nio y el divorcio, las relaciones personales y de propiedad de --
los esposos, los hijos y otros parientes, las obligaciones de los
padres en los que respecta a la educación de los hijos, el proce-
dimiento a seguir para prohijar y también el patronato de huerfa-
nos, la tutela y la adopción de niños para su educación. (52)

El derecho familiar Soviético considera el matrimonio, an
te todo como una alianza personal, basada en la total igualdad de
derechos del hombre y de la mujer, en el amor y respeto mutuos y-
en la verdadera solicitud por la educación de los hijos.

- (51) La URSS de hoy y de mañana. Ediciones de lenguas Extranje--
ras. Moscú. 1960 Compendio Informativo Ilustrado. Pág. 79
(52) N. G. Alexandrov y otros. Teoría del Estado y del Derecho.
ed. Grijalbo S.A., México D.F. 1962. Pág. 357.

De acuerdo con el artículo 14 de la Constitución de la U.R.S.S. es la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, a quien corresponde establecer las bases de la legislación del matrimonio y la familia. Las Repúblicas Federales tienen sus códigos del matrimonio, la familia y la tutela.

Contiene importantes normas del derecho familiar el Decreto del Presidium del Soviet Supremo de la U.R.S.S. del 8 de Julio de 1944, sobre el aumento de la ayuda por parte del Estado a las madres embarazadas, a las madres de familia numerosa y a las madres solas.

El artículo 122.- En la U.R.S.S., se concede a la mujer iguales derechos que el hombre, en todos los dominios de la vida económica, pública cultural, social y política.

La posibilidad de ejercer éstos derechos, está asegurada por la concesión a la mujer de derechos iguales a los del hombre en cuanto al trabajo, salario, reposo, seguros sociales e instrucción; por la concesión a la mujer de vacaciones durante el embarazo, con disfrute del salario y por una basta organización de maternidades, casas cunas y jardines de infantes.

El Código Civil Soviético, al hablar de los derechos y deberes de la familia del inquilino, establece las calidades necesarias para ser considerado miembro de familia, y lo hace en los siguientes términos "Miembros de la familia del inquilino son: el o la consorte, los hijos, y los padres del inquilino. Otros parientes, así como personas capaces de trabajar pero que son mantenidas por el inquilino, pueden ser considerados como miembros de la familia, si viven con el inquilino y participan en la vida

común de la casa". (53)

Sección 13. Capacidad dispositiva de los menores entre -- las edades de 15 y 18 años.

Sección 15. Declaración de ciudadano incapaz.

Sección 16. Restricción de la capacidad dispositiva de un ciudadano adicto al alcohol o los narcóticos.

Alimentos (exigencias de la familia), excepción a deman-- dantes de pagar los gastos de juicio en acciones de recuperación 80; términos que corren para presentar demanda.

Como hemos visto, en la legislación Rusa, se establecen - preceptos constitucionales y de derecho común para establecer y- preservar al ente familiar, basados en la igualdad de los sexos.

Tal como se desprende de este capítulo, la Constitución - Francesa de 1791, formuló por primera vez en historia, el princi pio de que la ley sólo considera al matrimonio como un contrato- civil, aún cuando fué hasta la ley de 20-25 de septiembre de --- 1792, cuando se crearon los oficiales del registro civil, por -- tanto, consideramos el ejemplo francés, como el primer anteceden te de la separación de la Iglesia y el Estado proclamada en Méxi- co por Benito Juárez.

(53).- Código Civil Soviético. Traducción directa del Ingles.

CAPITULO II

GENERALIDADES E IMPORTANCIA DE LA FAMILIA

- a).- Origen natural de la Familia
- b).- Evolución de la Familia
- c).- Importancia Social de la Familia
- d).- Necesidad de su Institución y
Reglamentación Jurídica.

a).- ORIGEN NATURAL DE LA FAMILIA

Podemos afirmar que los primeros estudios que parten de una base más o menos científica acerca del origen natural de la familia, son realizados por el suizo Johánn Jakob Bachofen, autor de la obra "El Derecho Materno". Donde formula las siguientes tesis:

1).- "Primitivamente los seres humanos vivieron en promiscuidad sexual (heterismo)

2).- Tales relaciones excluyen la posibilidad de establecer con certeza la paternidad, por lo que la filiación sólo podía contarse por líneas femenina, según el derecho materno; - esto se dió entre todos los pueblos antiguos.

3).- A consecuencia de este hecho, las mujeres, como madres, como únicos progenitores conocidos de la joven generación gozaban de un gran aprecio y respeto, que llegaba hasta el dominio femenino absoluto (ginococracia).

4).- El paso a la monogamia, en la que la mujer pertenece a un solo hombre, encerraba la transgresión de una antiquísima ley religiosa (el derecho que los demás hombres tenían sobre aquella mujer"), (54)

La transición del heterismo a la monogamia y del derecho materno al paterno se produce, según Bachofen, concretamente entre los griegos, debido a la introducción de nuevas divinidades. En correspondencia con esas ideas, interpreta "La Orestiada" de Esquilo, como un cuadro dramático de la Lucha entre el derecho

(54) Bachofen, Johann Jakob. Derecho Materno.

materno agonizante y el derecho paterno, que venció al primero en la época de las epopeyas.

El autor escocés John Ferguson MacLennan, encuentra en muchos pueblos salvajes, bárbaros y hasta civilizados de los tiempos antiguos y modernos, una forma de matrimonio en el que el novio, sólo o asistido de sus amigos, está obligado a arrebatar su futura esposa a sus padres simulando un rapto por violencia (55). Esto pudo haber sucedido como fruto de una costumbre por la cual los hombres de una tribu adquirirían mujeres tomándolas realmente por la fuerza en el exterior, pero pudiendo hallar mujeres en su propia tribu, no había necesidad de este procedimiento; aunque en el seno de algunos grupos estaba prohibido el matrimonio, los hombres y las mujeres se veían obligados a tomar parejas fuera del grupo: en cambio en otros, los hombres están obligados a tomar mujeres en el mismo grupo,

Esto es lo que MacLennan llamó tribus exogamas y endogamas respectivamente, siendo su único mérito el haber difundido estos conceptos, pero principalmente, el de la exogamia, aún cuando no hubiera comprobado la existencia de tales grupos exogamos; otra estimación de este autor, consistió en reconocer como primario el orden de descendencia con arreglo al derecho materno.

Sin embargo, en Inglaterra fué acogida esta teoría como la partida de nacimiento de la historia de la familia y su autor fué considerado su fundador y primera autoridad de la mate-

(55) MacLennan, John Ferguson. Estudios de Historia Antigua. Londres 1886 . Pag. 124.

ria.

En América, Fué L.H. Morgan. etnógrafo norteamericano, - quien recoge informes oficiales acerca del sistema de parentesco de los pueblos aborígenes de los Estados Unidos, llegando a las siguientes conclusiones:

1).- "Que el sistema de parentesco indoamericano estaba igualmente en vigor en Asia y, bajo una forma un poco modificada, en muchas tribus de Africa y Australia.

2).- Que el sistema tenía su más completa explicación en una forma de matrimonio por grupos que se encontraba en proceso de extinción en Hawaii y en otras islas australianas.

3).- Que en estas mismas islas existía, junto a esas formas de matrimonio, un sistema de parentesco que sólo podía explicarse mediante una forma, desaparecida hoy, de matrimonio -- por grupos más primitiva aún (56)

Morgan, en su obra fundamental "La sociedad antigua", desarrolla con plena nitidez lo que estudió en relación con los pueblos americanos. La existencia de tribus exógamas no está demostrada hasta ahora en ninguna parte. En esta del matrimonio -- por grupos, la tribu se escindió en varios grupos, de gene consanguíneas por línea materna en el seno de las cuales estaba rigurosamente prohibido el matrimonio de tal suerte que los hombres de una gens, si bien es verdad que podían tomar mujeres de la tribu, y las tomaban efectivamente en ella, venían obligados a tomarlas fuera de su propia gens. De tal modo, si la gens era

(56) Morgan, Lewis Henry, Sistemas de Consanguinidad y Afinidad Londres 1871. Pág. 84.

endógama en la misma medida. Esta circunstancia acabó con las sutilezas de MacLennan.

La gens griega y romana, que había sido en enigma para los historiadores, quedó explicada partiendo de la gens india dando una nueva base al estudio de la historia primitiva. (57)

b).- EVOLUCION DE LA FAMILIA

Si consideramos el tiempo realmente inconcebible, transcurrido desde que apareció por primera vez la vida en la tierra, comprenderemos la enorme dificultad de descubrir los hechos que condujeron a la formación de los primeros grupos sociales, Pero a pesar de todos los obstáculos, el espíritu investigador del hombre se ha ocupado sin cesar de estas cuestiones relativas a la aparición de la familia.

Según Morgan, Salieron del estado primitivo de promiscuidad, probablemente en época muy temprana:

La familia consanguínea. En esta primera etapa de la familia, los grupos se clasificaron por generaciones (58).

Todos los abuelos y las abuelas, en los límites de la familia, son maridos y mujeres entre sí, lo mismo sucede con los hijos, es decir con los padres y las madres; los hijos de éstos forman, a su vez, el tercer círculo de cónyuges comunes; y sus hijos, es decir los bisnietos de los primeros, el cuarto. En esta forma de la familia los ascendientes y los descendientes, --

(57)Engels, Federico. El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. ed. Progreso. Pág. 18.

(58) Morgan Lewis, Henry. Op. Cit. Pág. 425.

los padres y los hijos, son los únicos que están excluidos entre sí de lo que se pudiera llamar derechos y deberes del matrimonio. Hermanos y hermanas, primos y primas en primero y segundo grado, son todos entre sí hermanos y hermanas, y por esto -- mismo, maridos y mujeres.

La familia consanguínea ha desaparecido, pero su existencia es indudable tomando en cuenta el interés del parentesco -- hawaiano, que nos obliga a reconocer esa forma como un estadio-preliminar necesario de la familia.

La familia punalúa, Desde que el primer progreso de la -- organización familiar consistió en excluir a los padres y los -- hijos del comercio carnal recíproco, el segundo fué la exclu--- sión de los hermanos. (59)

Dicha evolución fué mas importante, pero más difícil, -- pues es una ilustración de cómo actúa el principio de la selec--- ción natural.

Hasta que punto se deja sentir ese progreso, lo demues--- tra la institución de la gens, nacida directamente de él, y re--- basando con mucho su fin inicial. La gens es la forma primaria- de la organización social del régimen avanzado de la comunidad- primitiva; es un grupo de individuos unidos por lazos de sangre, el trabajo colectivo y la comunidad de bienes. De ella pasamos- en Grecia y Roma, sin transiciones a la civilización.

Cada familia primitiva tuvo que dividirse, a lo sumo des

pues de algunas generaciones, pero el ejemplo de la impropiedad de la unión sexual entre hijos de la misma madre, debió ejercer sus influencias en la 'escisión de las viejas comunidades domésticas y en la formación de otras nuevas que no coincidían -- con el grupo familiar, así, uno o mas grupos de hermanas, convertíanse en el núcleo de una comunidad, y sus hermanos carnales, - en otro núcleo, originando la familia punalúa.

Según las costumbres hawaianas, cierto número de hermanos carnales más o menos lejanas (es decir, primas en primero, segundo y otros grados) eran mujeres comunes de sus maridos comunes, de los cuales quedaban excluidos sus propios hermanos. Esos maridos, por su parte, no se llamaban entre sí hermanos, pues ya no tenían necesidad de serlo, sino "punalúa", es decir compañero íntimo, socio. De igual modo una serie de hermanos uterinos o más lejanos tenían en matrimonio común a cierto número de mujeres, con excepción de sus propias hermanas, y esas mujeres se llamaban entre sí "punalúa". (60)

Este es el tipo clásico de una familia y su formación, - que sufrió mas tarde una serie de variaciones y cuyo rasgo característico esencial era la comunidad recíproca de maridos y mujeres.

Esta forma de familia nos indica ahora con la más perfecta exactitud los grados de parentesco, tal como lo expresa el sistema Americano.

En ninguna forma de familia por grupos puede saberse con certeza quién es el padre de la criatura, pero se sabe quién es (60) Morgan Lewis. Henry. Op. Cit. Pág.

la madre; aún cuando ésta llama hijos suyos a todos los de la familia común y tiene deberes maternales con todos, no por eso deja de reconocer a sus propios hijos entre los demás, es decir, la descendencia sólo se establece por línea materna, por lo que Bachofen la llama impropriamente Derecho Materno, lo cual es inexacto, porque en este estadio de la sociedad no hay aún derecho en el sentido jurídico de la palabra.

La gens se constituye como un círculo cerrado de parientes consanguíneo por la línea femenina o materna que no pueden casarse unos con otros; círculo fortalecido con instituciones comunes, de orden social y religioso, que lo distinguen de las otras gens de la misma tribu. La forma clásica del matrimonio por grupos o punalúa, explica de manera sencilla el cambio a una forma superior.

La familia sindiásmica, En el régimen del matrimonio por grupos o quizás antes, ya se formaban parejas para un tiempo -- mas o menos largo; el hombre tenía una mujer principal, pues no podía hablarse de una favorita, entre numerosas esposas, y era para ella el esposo principal entre todos los demás. (61)

Conforme se desarrollaba la gens e iban haciéndose más + numerosos los grupos de hermanos y hermanas, entre quienes ahora era imposible el matrimonio, esta unión conyugal por parejas basada en la costumbre, debió ir consolidándose. Con esta creciente complicación de las prohibiciones del matrimonio, hicieron cada vez más imposibles las uniones por grupos, las cuales-

(61) Morgan Lewis, Henry. Op. Cit. Pág.

fueron sustituidas por la familia sindiásmica.

En esta etapa un hombre vive con una mujer, de tal suerte que la poligamia y la infidelidad ocasional siguen siendo un derecho para los hombres, aunque por causas económicas la poligamia se observa raramente; al mismo tiempo, se exige a la mujer la más estricta fidelidad y su adulterio se castiga cruelmente. El vínculo se disuelve por una y otra parte, los hijos sólo pertenecen a la madre.

La exclusión progresiva de los parientes hace imposible todo matrimonio por grupos, quedando únicamente la pareja, unida por vínculos frágiles en cuya disolución concluye el matrimonio en general. Las anteriores formas de familia, donde los hombres nunca tuvieron problemas para encontrar mujeres, pues tenían más de las que les faltaban, y ahora escaseaban y había que buscarlas.

Por eso, con el matrimonio sindiámico empiezan el raptó y la compra de mujeres, síntomas de un cambio muy profundo que habría de efectuarse.

Bachofen tiene razón cuando afirma que el paso del heterismo a la monogamia se realizó esencialmente gracias a las mujeres. El desarrollo económico y la densidad de población hicieron que las mujeres les parecieran más envilecedoras y opresivas esas relaciones y con mayor fuerza debieron anhelar, como liberación el derecho a la castidad, y el derecho al matrimonio temporal o definitivo con un sólo hombre. (62)

Después de efectuado por la mujer el tránsito al matrimo

nio sindiásmico, los hombres pudieron introducir la monogamia - estricta, por supuesto, solo para las mujeres.

Al introducirse la cria de ganado, la elaboración de los metales, el arte del tejido y, por último la agricultura, las cosas tomaron otro aspecto. La familia se multiplicaba con tanta rapidez como el ganado.

Ahora se necesitaban más personas para la custodia del ganado intuyeron entonces utilizar al prisionero de guerra, en vez de matarlo, así nace el esclavo, como nuevo instrumento de trabajo y como tal, incorporado al patrimonio del hombre.

Según la usanza de aquella misma sociedad, los hijos de un hombre no podían heredar de él, porque pertenecían a la gens de la madre, pues la descendencia se contaba en línea femenina o materna y solo heredaban de ésta, junto con sus demás consanguíneos. Para abolir esta costumbre, bastó decir que lo venidero los descendientes de un miembro masculino pertenecían a la gens de él; pero los de un miembro femenino saldrían de ella, pasando a la gens de su padre, quedando sustituidos, la filiación femenina y el derecho hereditario materno, por la filiación y el derecho hereditario paterno.

Esta evolución solo se demuestra por vestigios que demuestran plenamente que se produjo, pues se remonta a los tiempos prehistóricos.

El derrumbamiento del derecho materno fue la gran derrota histórica del sexo femenino. El primer efecto del poder exclusivo del hombre, lo observamos en la forma intermedia de la familia patriarcal, que surgió en aquel momento, misma a la que

Morgan define: La organización de cierto número de individuos, - libres y no libres, en una familia sometida al poder paterno -- del jefe de ésta. Ese jefe de familia vive en plena poligamia, - los esclavos tienen una mujer e hijos, y el objetivo de la organización entera es cuidar del ganado en una área determinada.

(63)

Los rasgos esenciales son la incorporación de los esclavos y la potestad paterna; por eso, la familia romana es el tipo perfecto de esta familia, al principio, este concepto no se aplica a la familia conyugal y a sus hijos, sino a los esclavos. *Famulus* quiere decir esclavo doméstico y familia, el conjunto de esclavos pertenecientes a un mismo hombre. En tiempo de Cayo la familia transmitía aún por testamento.

Esta expresión la inventaron los romanos para designar a un nuevo organismo social, cuyo jefe tenía bajo su poder a la mujer a los hijos y a cierto número de esclavos, con la patria-potestad romana y el derecho de vida y muerte sobre ellos.

Con la familia patriarcal entramos a los dominios de la historia escrita, donde el derecho comparado nos prestará gran auxilio.

La familia Manogámica. Nace de la familia sindiásmica, - según hemos indicado, en un período de transición y su triunfo es uno de los síntomas de la civilización naciente. Se funda en el predominio del hombre; su fin expreso es procrear hijos cuya paternidad sea indiscutible y ésta se exige porque los hijos en

(63) Morgan Lewis, Henry, La Sociedad Antigua.

calidad de herederos directos, han de entrar un día en posesión de los bienes de su padre. (64)

La familia monogámica se diferencia del matrimonio sin--diámico por una solidez mucho más grande de los lazos conyu--gales, pero no pueden ser disueltos por cualquiera de las partes. Sólo el hombre, como regla puede repudiar a la mujer y romper -- los lazos de unión. También se le otorga el derecho de infideli--dad conyugal, sancionando al menos por la costumbre y este dere--cho se ejerce a medida que progresa la evolución social.

Entre los Griegos encontramos en toda su severidad la -- nueva forma de familia. En cuanto a la mujer legítima se exige--de ella que tolere todo y, a la vez guarde una castidad y una -- fidelidad conyugal rigurosas; para el hombre es simplemente la--madre de sus hijos legítimos, sus herederos, la que gobierna la casa y vigila a las esclavas, de quién él tiene derecho de hacer concubinas cuando quiera. El cálculo económico fué el móvil de-- los matrimonios. Fué la primera forma de familia no basada en -- condiciones naturales, sino económicas y concretamente en el -- triunfo de la propiedad privada sobre la ppropiedad común primi--tiva, originada espontáneamente. (65)

Entre los griegos, la manogamía tuvo los siguientes obje--tivos: preponderancia del hombre en la familia, engendrar hijos cuyo origen no fuera dudosa y destinados a heredarle.

(64) Morgan Lewis, Henry. Op. Cit. Pág. 73

(65) Engels, Federico. Op. Cit. Pág. 73

Por supuesto, la familia monogámica, no ha revestido en todos los lugares y tiempos, la forma clásica y dura que tuvo entre los griegos. La mujer era más libre y más considerada entre los romanos, quienes tenían de las cosas un concepto más amplio aunque menos refinado que los griegos. El romano creía suficientemente garantizada la fidelidad de su mujer por el derecho de vida y muerte que sobre ella tenía. Además, la mujer podía romper el vínculo matrimonial a su arbitrio, lo mismo que el hombre.

En la burguesía de nuestros tiempos, el matrimonio es concertado por los padres, pues son estos quienes proporcionan al hijo la mujer que les conviene, lo cual es una contradicción que encierra la monogamia, pues tiene como consecuencia principales un heterismo exuberante por parte del hombre y adulterio constante por parte de la mujer. Es posible que también se conceda al hijo cierta libertad para buscar mujer dentro de su clase, pero en ambos casos, el matrimonio se funda en la posición social de los contrayentes y, por tanto, siempre es un matrimonio de conveniencia.

En la actualidad, las legislaciones modernas establecen para la existencia del matrimonio el consentimiento de ambas partes y que durante el período de convivencia matrimonial tengan los mismos derechos y obligaciones.

El legislador moderno pretende igualar a los conyuges.

c) IMPORTANCIA SOCIAL DE LA FAMILIA.

Es indiscutible la gran importancia que tiene la familia

en la vida social, ya que su estructura forma la base de toda comunidad organizada.

Tradicionalmente, el padre, por ser el más fuerte ejerce la dirección del grupo, lo que constituye el concepto de autoridad, pues dirige y organiza a la familia, hasta la emancipación de los hijos y formación de nuevas familias, por solo hecho de poder bastarse así mismos; pero este primer grupo, hace un sentimiento de solidaridad permanente.

Por esta circunstancia y la necesidad del hombre de vivir en sociedad, es más grandiosa la importancia social de la familia la cual, crece a medida que las sociedades tienen una mejor organización, hasta llegar a formar los estados modernos, se refleja la actitud de los pueblos en las buenas o malas costumbres de sus familias.

El estado embrionario de toda sociedad es la familia, pero este núcleo vital es importante no sólo para la integración del Estado, sin la cual el derecho no podría darse, sino aún para la sociedad misma.

Sin duda alguna, la fuente del Estado y el derecho es la familia la cual se conformó desde la convivencia humana en las comunidades más primitivas, pasando por un mayor apogeo y cohesión en su desarrollo, hasta llegar a nuestros días en la forma que conocemos. La posible crisis actual de la familia, representa un gravísimo problema, tanto para el orden social como para el jurídico y por ende para el Estado, pues al no solucionarse adecuadamente, repercutirá en un conflicto de carácter social y en un debilitamiento de la autoridad del Estado. Aún más, la in

tervención estatal dentro de la esfera familiar, tiene su fundamento en la imperiosa necesidad de evitar la degradación del ente familiar, la cual traería como consecuencia la decadencia del Estado.

Respecto a la importancia social de la familia, los Mazeaud expresan: "Esta colectividad, excluida casi hasta nuestros días del lenguaje jurídico, es no obstante, de todas las agrupaciones de personas, la más antigua, porque es una colectividad natural y, la única agrupación natural, la más importante porque sin ella no se concibe la posibilidad de una vida en Sociedad. (66)

Constantemente, se ha repetido que la familia es la célula social por excelencia, frase desde luego plenamente exacta. La familia asegura y protege al individuo y puede defenderlo contra el mismo Estado, excluye la posibilidad de esclavizar a la mujer; si la familia no existe, el Estado la sustituye recogiendo a los niños para educarlos.

Ruggiero ha subrayado la importancia social de la familia en los siguientes términos: "La familia como organismo social que es fundado en la naturaleza y en las necesidades naturales, tales como la unión sexual la procreación, el amor, la asistencia y la cooperación, no se halla regulada por el derecho exclusivo (66) Mazeaud, Henry, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil -- Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo. ed. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1959. Vol. III, Parte Primera. Pág. 11.

sivamente, pues en ningún campo como éste, influye tanto la religión, la costumbre y la moral. (67)

En suma, podemos afirmar considerando a la familia como el primer grupo con unidad, el cual, en una u otra forma ha dejado sentir su influencia en todas las sociedades, lugares y -- épocas del devenir histórico, constituyendo el más importante y esencial de los elementos integrantes de los grandes conglomerados humanos, que en el decurso del tiempo han establecido los -- estados modernos, y, de cuya conveniente organización, resultará una sociedad mejor fortalecida por principios y reglas jurídicas que sean consonancia con la idea y los fines del bien común.

d) NECESIDAD DE SU INSTITUCION Y REGLAMENTACION

La familia sustenta y da consistencia a los Estados modernos. Esto es evidente, si consideramos la gran preocupación de éstos, cuando se trata de establecer ordenamientos jurídicos -- orientados a evitar y anular las causas generadoras de la resultante creada por un relajamiento del núcleo familiar; con esta tendencia se pretende proteger a la familia, al grupo social y a los propios Estados.

Al considerarse por el derecho a los integrantes del ente familiar es decir, considerando a la persona física individual como titular de derechos y obligaciones exclusivos, se ha discriminado sistemáticamente la personalidad de la familia como --

(67) Ruggiero, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. T. II, - Vol. I. ed. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1944. Pág. 230.

grupo social dotado de una personalidad jurídica propia y, consecuentemente, se le estudia como a una sociedad de hecho, como a una agrupación de hecho que no puede participar del orden jurídico, aún cuando es deseable que al atribuírsele una naturaleza jurídica, se haga de la familia una colectividad dotada de personalidad moral.

Julián Bonnacase, toma el concepto de institución elaborado por Hauriou, el que considera, por lo menos preferentemente, a la institución jurídica, desde el punto de vista interno, un punto de vista moral-social de acuerdo con él, "el matrimonio es una institución formada de un conjunto de reglas de derecho, esencialmente imperativas cuyo objeto es dar a la unión de los sexos, y por lo mismo a la familia, una organización social y moral". (68)

García Maynez, al hablar de la sistemática jurídica, dice que la tarea de sistematización no termina al ser agrupadas y las reglas del derecho en disciplinas especiales. Debe continuar en el ámbito de cada una de ellas. De acuerdo también con un criterio de índole material, tales disciplinas son divididas en varias partes. Cada una de las partes generales posee así mismo un sistema. Se forma agrupando las reglas jurídicas en instituciones.

Institución es el núcleo de preceptos que reglamentan relaciones de igual naturaleza. (69)

(68) Op. Cit.

(69) García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. ed. Porrúa S.A. México. 1956. Pág. 128

Los Mazeaud, destacan la importancia que tiene para los Edos modernos la legislación protectora de la familia diciendo: "Toda regla jurídica concerniente a la colectividad familiar tiene una influencia sobre su estabilidad, es la solidez de la familia la que debe buscarse ante todo una legislación protectora de la familia, como institución. (70)

El párrafo tercero del artículo 130 de nuestra Carta Magna establece que el matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan (71)

La Declaración Iniversal de los Derechos del Hombre, proclamada por la asamblea general de las Naciones Unidas, el 10 de Diciembre de 1948, en Paris. Sobre la familia dice:

"Art. 12. Nadie será objeto de ingerencias arbitrarias - en su vida privada, su familia,.... Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales ingerencias o ataques". (72)

"Art. 16. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado". (73).

(70) Mazeaud, Henry, León y Jean. Op. Cit. Págs. 15-16.

(71) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 1617

(72) Díaz de Guijarro, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. T. I ed. Tipográfica Editora de Argentina Buenos Aires. 1953, Pág. 362.

(73) Díaz de Guijarro. Enrique. Op. Cit. Pág. 362.

No obstante lo anterior, con cierta antelación la conferencia Interamericana sobre problemas de la guerra y de la paz, reunida en México en su sesión plenaria del 7 de marzo de 1945, aprobó la Declaración de principios sociales de América, cuyo punto tercero preceptúa: "La Familia como célula social, se proclama institución fundamental y se recomienda que el Estado dicte las medidas necesarias para asegurar su estabilidad moral, su mejoramiento económico y su bienestar social". (74)

Por otra parte, conviene tener presente la tradición dada clásicamente al estudio de la familia al realizarla a la luz del Derecho civil, sin tener en consideración que al participar las relaciones familiares de normas de derecho privado y de derecho público, se hace indudable la existencia de un nuevo derecho familiar, distinto del Derecho Civil.

(74) Op. Cit.

CAPITULO III

EL DERECHO FAMILIAR COMO UNA NUEVA INSTITUCION JURIDICA

- 1.- Consideraciones en torno a su Institución
- 2.- Fuentes constitutivas del Derecho Familiar
- 3.- Origen y Creación de los Juzgados Famili--
res
- 4.- Elementos esenciales del Derecho Familiar
- 5.- Definición personal y proposiciones funda-
mentales de la Autonomía del Derecho Fami-
liar.

1.- Consideraciones en torno a su Institución.

Hasta la fecha, no se ha logrado canalizar el estudio de la familia, en forma unitaria, debido, principalmente el hecho de que los tratadistas de la materia no han unificado su criterio, en relación al problema de la personalidad del ente familiar.

"La familia no es hoy una persona jurídica, ente por sí, sujeto de derecho; esto es opinión absolutamente dominante" (75) .

Será nuestra pretensión primaria, sin duda, la de sentar algunas premisas siguiendo a los autores que han planteado con anterioridad la necesidad de regular a la agrupación familiar, - en toda la gama de relaciones que la afecta, y junto con ellos, sugerimos la urgencia de su reglamentación en forma autónoma de cualquier rama jurídica que no sea la propia.

Sin embargo, la condición jurídica de la familia, abarca por igual el parentesco, los alimentos, el matrimonio de su celebración y sus efectos personales; los patrimoniales, el divorcio, la filiación, legitimación, adopción, patria potestad, la tutela, y la curatela y de una manera especial el concubinato, - la protección de las inhabiles y el patrimonio familiar.

(75) Cicu, Antonio. Op. Cit. Pág. 114.

Hauriou y George Benard, han realizado estudios especializados tendientes a determinar la naturaleza jurídica de la -- institución de la familia; Hauriou, recalca la idea de que el -- contrato no explica satisfactoriamente algunas vinculaciones ju rídicas, las cuales, están integradas por elementos sociales, -- cuya duración no puede ser determinada por las voluntades de -- sus integrantes. (76).

La esencia jurídica del agregado estatal político, está-- en la organización del poder y en la subordinación de la perso-- na del individuo al poder soberano. La Doctrina, aún mantenien do firme la personalidad del individuo, no vacila en calificar-- como estado de sujeción personal, y no como simple vínculo obli-- gatorio la posición del individuo frente al Estado. En la famili a puesto que falta una organización permanente y unitaria de-- voluntad, falta también una organización de un poder único, que presente con claridad la figura de una relación de subordinación de los miembros singulares a un poder superior. Sin embargo es verdadera organización de poder aquella que encontremos más acus sadamente en la patria potestad y en la tutela. (77).

El estado interviene en el organismo social para fortalece r los vínculos, para garantizar la seguridad de las relacio-- nes, para asignarlo y dirigirlo en la consecución de sus fines,

(76) Enciclopedia Jurídica OMEBA. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, Argentina. T. XI. Pag. 1002

(77) Cicu, Antonio. Op. Cit. Pág. 119

sin que la ley constituya como en otras relaciones de Derecho Privado, la única forma reguladora.

Hay organismos aunque no exista personalidad, porque hay vínculo recíproco de interdependencia personal; lo que significa que faltan en las relaciones familiares la independencia, la libertad, la autonomía, que contradistingue la relaciones, especialmente las patrimoniales del Derecho Privado. (78)

Y se tiene interdependencia personal, esto es, la persona en sí misma, porque el deber domina a la persona en aquello que es expresión de independencia, es decir, la libertad de querer y obrar; el deber se presenta aquí como antecedente en lugar de consiguiente; no se puede conducir a la libertad de voluntad, responsabilidad, sino que se sobrepone a ellas. En esto está la esencia de todo organismo; subordinación de las partes a un fin con asignación de funciones. Si en el caso nuestro, tenemos organismos jurídico, si el individuo que es el miembro de él es al mismo tiempo persona, sujeto de derechos, esto es así, porque la persona no entra en el organismo como cuerpo, si no como ente capaz, de querer jurídicamente; como individuo, como ente libre, independiente, queda disminuída en su personalidad, de manera que esta misma parece formar objeto de derecho, como miembro, como ente social, su personalidad es integrada, -

completada.

No se tiene pues, en el derecho, familiar entre marido y mujer padre e hijo, dinstinto derecho individuales recíprocos; - la reciprocidad como veremos mejor en seguida, no puede ser entendida como vinculación concatenación de relaciones, de derechos, el uno subordinado al otro; sino que toda relación está - en conexión orgánica con un fin superior es de éste del que - trae vida y sólo a él está subordinado. (79)

En consecuencia: falta el concepto de derecho adquirido-

En el caso nuestro, faltando la independenciam de los sujetos estando la misma subrogada por el concepto de subordinación a un fin las situaciones jurídicas persisten legítimamente, solo en cuanto estan justificadas por el fin y responden al mismo. Veremos así como los derechos familiares más individualmente acentuados, ejemplo, al derecho de patria potestad, desaparece cuando no satisfacen o se oponen al fin para el cual son reconocidos. (80)

Algunos autores, niegan la existencia del derecho familiar arguyendole limitación del contenido del derecho en el ordenamiento de la familia y sobre el predominio del momento ético, es decir, lo principal, es dejar que los individuos regulen sus relaciones familiares y lo secundario, es el ordenamiento -

(79) Cicu, Antonio. Op. Cit. Pág. 120.

(80) Cicu, Antonio. Op. Cit. Pág. 121.

jurídico en la familia, pero el fin del Derecho Familiar es la regulación detallada de las relaciones familiares; de manera -- que el comportamiento debe ser valorado, no en cuanto a las acciones singulares, sino en relación al fin.

Para Cicu, es inadecuada la posición de considerar a las personas de la relación familiar a prestarse obligaciones recíprocas o correlativas, cuando el concepto de obligación es diverso, entre los sujetos de la relación. Sostiene que se tendrá una condición, una posición, distinción, un estatus de la persona que desde el derecho romano se distinguen de las relaciones propiamente obligacionales.

En concepto de Cicu, la realidad de las relaciones humanas ofrece vinculaciones orgánicas, sin las cuales el hombre -- mismo sería inconcebible, la realidad social, se dá por una psiquis a la que denomina familiar, en oposición a la psiquis individual, y sin la cual la familia no tendría existencia, ni jurídica ni social.

Nada importa que falte la forma del ente unitario; esencial para la estructura jurídica, es saber si la finalidad y la voluntad individual tiene preeminencia. Desde este punto de -- vista, el problema de la persona jurídica, pierde gran parte de aquella importancia fundamental, que se le pretende atribuir: -- No es tanto la conexión al concepto de la unidad abstracta, -- cuanto la razón de esta conexión lo que se eleva dato fundamental.

Aunque aclara que se le puede objetar la diversa estructura del agregado social familiar a del agregado estatal, en -- virtud de que en uno las relaciones entre individuos y en otro -- las relaciones son entre el Estado y los ciudadanos, cuyas ca-- racterísticas, son interdependencia para la primera y dependen-- cia para la segunda, es decir faltaría en aquellas lo que es da-- to esencial en ésta: la soberanía de un lado; el estado de suje-- ción; del otro. Lo que determina la diferencia entre ambos es-- que el Estado tiene una personalidad jurídica, que es una exi-- gencia de la construcción jurídica, la cual no se adapta a la -- familia.

Verdaderamente, sólo se deja de lado la idea de una de-- pendencia de un soberano concebido como individuo, y se substi-- tuye a el la noción de un ente abstracto, Estado, resulta claro, en realidad que es aquí también una relación de interdependen-- cia entre individuos, lo que constituye en realidad el subtrac-- to real de la juricidad del Estado; y puesto que por el princi-- pio de la igualdad de todos los ciudadanos, las funciones no -- vienen a localizarse en individuos apriorideterminados, aque-- lla interdependencia se oculta bajo el revestimiento necesario-- de órganos y oficinas que se reúnen en un único ente soberano.-- (81).

De ser la familia como el Estado, con estructura social- o mejor orgánica, se sigue una analogía de estructura en las -- respectivas relaciones jurídicas y, por el contrario una diversidad substancial de las relaciones a base individualística. -- (82).

De la distinción entre derecho Público y Privado emerge la distinción entre la posición jurídica del individuo como ente por sí y la posición misma como miembro de un todo. Característica de la primera, es la libertad; de la segunda, la subordinación a un fin; fuerza operante en la primera, voluntad libre en la segunda, la voluntad vinculada. A esta diversa posición- corresponde una diversa estructura de la relación jurídica: Esta es siempre relación entre sujetos de derecho; pero en ella - los sujetos pueden figurar o como plenamente independiente, - - autónomos o bien, como llamados a la realización de una función, subordinados a un fin superior. En un caso, la relación jurídica gravita sobre la afirmación de un derecho; en otro, sobre la afirmación de un deber.

Esta última, que hemos demostrado que es la característica de la relación de derecho público, se presenta con mayor relieve en el Derecho Familiar.

Si es verdad que la forma de la personalidad del Estado-

permite configurar bien acentuado el deber y el estado de sujeción del ciudadano, ella es singularmente a propósito para asentar la idea del ciudadano, ella es la singularmente a propósito para asentar la idea del Derecho del Estado, ocultando al mismo tiempo el deber de éste y su sujeción a los fines sociales.

En la familia en cambio, la individualización natural de los llamados a las funciones incluye la a priori la idea de libertad y de igualdad. Si se debiese aquí mantener el orden de ideas común, que en la libertad e independencia individual ve la raíz y la manifestación del derecho público subjetivo del ciudadano, debería sin más concluirse por la exclusión de todo derecho del llamado a las funciones familiares y por el contrario, donde la individualización es más plena es precisamente -- donde la doctrina ha considerado siempre más pleno el derecho -- subjetivo: En la patria potestad. Esto bastaría para comprobar de un modo incontrastable entre la reacción pública y la familiar. (83).

Si se ahonda en el paralelismo de Cicu, quién traza entre el organismo familiar y el estatal, se advierte que su sistema conduce a una abstracción de la familia que en mucho se -- aproxima a una persona jurídica y en la cual los poderes se -- deshumanizan, desde que se imaginan por separado de quienes los desempeñan. Semejante abstracción es inadecuada ante un hecho social tan concreto y tangible como la familia, tan lleno de --

(83) Cicu, Antonio. Op. Cit. Pág. 127.

pasiones y de impulsos vitales.

"Es necesario, retornar al examen directo de la realidad biológica del grupo, para aprender cuanto contiene de personal- y cuanto de social Indiscutiblemente lo individual no puede privar, porque al fin del núcleo trasciende de lo personal e inci- de con notable intensidad, en la sociedad. La familia no exis- te por voluntad de los hombres que la integran, sino por impe- riosas e inmutables fuerzas naturales recogidas y moldeadas por la organización social, permanente y natural. (84)

El carácter institucional de la familia implica el obli- gado juego del orden normativo preestablecido, con el valor po- tencial del vínculo jurídico familiar y la reducción de la vo- luntad humana al mero acto impulsor; y también admite que poder familiar y poder individual, que voluntad familiar y voluntad - individual, y que interés familiar e interes individual se con- vierten dentro de la realidad biológica y de los sentimientos - humanos. Lo familiar en éstos tres aspectos fijará la medida - de lo individual, y lo protegerá; lo familiar prevalecerá sobre lo individual pero sin prescindir de ese elemento substancial -- -causa y fin-; y lo familiar no deshumanizará a la familia; por que entonces tendríamos el totalitarismo familiar, con aniquila- miento de lo individual. (85)

(84) Díaz de Guijarro, Enrique. Op. Cit. Pág. 238.

(85) Díaz de Guijarro, Enrique. Op. Cit. Pág. 239.

Dice Recasens Siches, que la familia constituye una institución creada por la cultura (Religión, Moral, Costumbres y Derecho) para regular las conductas conectadas con la generación. (86)

2.- FUENTES CONSTITUTIVAS DEL DERECHO FAMILIAR.

Como consecuencia de la conquista por los Españoles, las instituciones familiares sufrieron un cambio radical, para seguir los lineamientos del Derecho Español, pero con las modificaciones propias, según se considero, para la Colonia.

Es simplemente presumible que el Derecho indígena continuara vigente por lo menos en aquellos aspectos en que a los fines del conquistador convenia en aprovechar instituciones o circunstancias que le permitieran usufructuar el estado de cosas anterior, pero debido a la obligada convivencia entre aborígenes y españoles, éstos influyeron para la expedición de nuevas leyes que fueran completamente del antiguo derecho europeo.

"Para comprender el espíritu que informo la redacción de nuestro código civil, en materia de derecho familiar, conviene recordar, cual era el que determino los rasgos mas sobresalientes de la familia española, que sirvió de base a la sociedad colonial. Aquella tenía un carácter esencialmente cristiano, con

un gran respeto a la autoridad del jefe de familia, padre y marido, y un fuerte arraigo patrimonial. La unión de los cónyuges era considerada como un sacramento, regida directamente por la legislación canónica. Además, los jefes y oficiales del movimiento colonizador eran de abolengo feudal, lo que determinó la institución del mayorazgo, con sus consecuencias sobre intransmisibilidad de ciertos bienes. (87)

La Ley y la costumbre otorgaban al padre un cúmulo de derechos sobre los hijos, al igual que al marido sobre la mujer. La incapacidad de los menores se extendía hasta los 25 años, y mientras duraba el padre tenía el poder de oponerse en forma absoluta al matrimonio. La mujer era respetada dentro del hogar, de acuerdo con las normas de la moral cristiana, pero desde el punto de vista legal, ocupaba un lugar de subordinación, y su marido tenía hasta el derecho de matarla si la sorprendía en adulterio.

El Estado tenía una intervención muy limitada, y las leyes en general, amparaban de manera evidente al jefe de la familia. Sin embargo, los poderes públicos influían en algunas situaciones especiales para proteger a los elementos débiles, lo que significaba un progreso sobre las instituciones anteriores. Los menores disfrutaban del beneficio de la *integrum restitutio*, en caso de malversación, al igual de la suspensión de las-

(87) Enciclopedia jurídica Omeba. Op. Cit. Pág. 992.

prescripciones. La dote de la mujer era inajenable, y como garantía real de las obligaciones impuestas al padre o marido en su calidad de representante de incapaces, sus bienes se gravaban en hipoteca legal (88)

Díaz Guijarro, nos ofrece un dato interesante acerca de las fuentes del Derecho Familiar, cuando opina: "Dos manifestaciones originales han aparecido durante el corriente siglo, en orden a la regulación legal de la familia: la inclusión de normas sobre la familia; en las constituciones Políticas de los Estados; y el cisma del Derecho Civil, con la autonomía de las reglas sobre la familia." (89)

Aunque el autor en comentario, reconoce la aceptación -- del primero por las constituciones modernas, no deja de reconocer también que su contenido es diverso en todas ellas; respecto al segundo, francamente declara y se pronuncia por la escasa manifestación del mismo.

Para Sicu, cuando habla de la adquisición de los derechos familiares en relación a los modos de adquisición de los derechos privados, las fuentes constitutivas del Derecho Familiar son las siguientes: "consistiendo en un status o derivado de él, los derechos familiares se adquieren de los mismos modos en que se adquieren los derechos privados. En éstos últimos la

(88) Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. Cit. Pág. 292-293.

(89) Díaz Guijarro Enrique. Op. Cit. Pág. 268.

libertad de establecer y perseguir fines propios determina que para la suerte de los derechos sea decisiva preponderantemente la voluntad libre individual. No así en los derechos de familia; y ya hemos visto que aún cuando su nacimiento está determinado por la voluntad privada, ésta no funciona en él como elemento constitutivo esto es, no se tiene negocio jurídico en el sentido privatístico que constituye la principal fuente de adquisición de los derechos privados". (90)

Para este autor la diferente naturaleza radica en que -- los derechos privados se dividen en originales y derivados, -- siendo éstos últimos los que se dan o transmiten de persona a -- persona; en cambio en el Derecho Familiar no se tiene adquisición derivada o como llama el autor adquisición derivativa, donde no se tiene transmisión de derechos y falta en el titular el poder de libre voluntad constitutivo de la transmisión; porque no es lícito liberarse a su arbitrio de los derechos familiares.

Es decir, en virtud de que en el Derecho Subjetivo Privado se garantiza un interés individual del titular, generalmente un bien, la transmisión no encuentra dificultades, en cambio en el Derecho Subjetivo Familiar se establece estrictamente en relación a la persona y al lugar que ocupa en la familia.

(90). Cicu, Antonio. Op. Cit. Pág. 390.

Nosotros por nuestra parte opinamos que las normas del Derecho Familiar deben tener su fundamento en las legislaciones constitucionales de los Estados, para ir más acorde con la realidad de nuestro tiempo en la que triunfa el Derecho Constitucional Social.

3.- ORIGEN Y CREACION DE LOS JUZGADOS FAMILIARES.

Los Juzgados Familiares tienen su origen en la preocupación del Gobierno por consagrar y mantener la familia como el núcleo fundamental de nuestra sociedad, la cual resulta tanto más protegida cuanto en mayor grado se proteja a la familia. -- Cuando la oposición de los intereses originan conflictos y éstos han de someterse a la decisión del Poder Judicial, es conveniente proveer su encomienda a tribunales especializados en su preparación científica y por su experiencia, en cuanto al número de negocios exija una separación de materias, así ha venido aconteciendo en el Distrito Federal, pues se ha estimado que un considerable número de negocios de los Juzgados de Primera Instancia Civil corresponden a controversias sobre derechos familiares. Ciertamente estuvo prevista la existencia de Jueces -- Pupulares tanto en el Código Civil cuanto en la Ley Orgánica de los Tribunales, pero su jurisdicción se limitaba a la de asuntos que afecten personas e intereses de menores y demás incapacitados sujetos a tutela, a la vigilancia de los actos de los -

tutores, al discernimiento de tutela de menores incapacitados - para comparecer en juicio y al nombramiento de tutor interino - para la declaración de incapacidad por causa de demencia. Como puede advertirse, queda fuera del conocimiento de los Jueces Pu pilares un gran número de asuntos en que se plantean conflictos que versan sobre derechos de familia, sean entre consortes, - sean con relación a educación, cuidado y bienes de los hijos, - sean entre padre e hijos por causa de patria potestad o autorizaciones para contraer matrimonio, sea por declaración sobre re conocimiento a sucesión legítima.

Por medio de los Juzgados de lo Familiar se busca ubicar y valorar en su verdadera magnitud el conjunto de relaciones -- personales patrimoniales que derivan del Derecho de Familia. - Las modernas tendencias del Derecho Civil se orientan al esta-- blecimiento de un sistema autónomo, en el orden jurídico de las relaciones familiares, tanto por su destacada importancia en la vida social como por la necesidad de dar un tratamiento espe-- cial a todo lo que concierne al núcleo fundamental de la Socie-- dad.

En diferentes aspectos de las normas jurídicas familia-- res se hace evidente la necesidad de esa autonomía, con el pro-- pósito de llegar a integrar la existencia de un Derecho de Fami-- lia, que doctrinal y académicamente aparece aconsejable desde - el primer tercio de este siglo, apuntándose con mayor énfasis - la orientación de hacer que sea autonomía llegue al extremo de-

crear tribunales especiales que conozcan privativamente de los problemas del Derecho Familiar, como en el caso se ha dado por virtud de las Reformas a la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común del Distrito y Territorios Federales.

La realidad de México coincide, sociológicamente, con este movimiento jurídico y le da sustancia, porque uno de los problemas más inquietantes de esta época, así en nuestro país como en el extranjero, radica en la necesidad de dar a la niñez y a la juventud, y por ello mismo, a su medio ambiente principal, la familia, una adecuada protección para su propio beneficio y el de la sociedad.

Alrededor de la niñez, la juventud, la familia y de aquellos que por su estado de salud o por sus hábitos están imposibilitados para manejar sus propios intereses, se producen graves conflictos que exigen la intervención judicial. Anteriormente salvo algunas cuestiones encomendadas a los jueces pupilares, el manejo de esos problemas de Derecho de Familia estaba a cargo de jueces civiles. Sin embargo para ser congruente con la tendencia a considerar como un todo armónico el Derecho de Familia, y para poder atender estas cuestiones conflictivas con técnica adecuada, hemos considerado conveniente que la autonomía que se apunta, se exprese además de los Organos judiciales en la elaboración de un Código Familiar. Con ello se logrará mejor impartición de la justicia, en la medida en que se haga por

los jueces especializados, los que habrán de dedicar todo su es fuerzo al conocimiento de los conflictos familiares, haciendo - abstracción de los demás problemas civiles y mercantiles.

La preocupación del Ejecutivo Federal por conservar la - unidad familiar obedece a un imperativo de suma importancia en el ámbito jurídico Nacional, lograr la estructuración de un sis tema judicial basado en procedimientos claros que hagan posible la aplicación rápida y objetiva del Derecho Positivo en materia de procedimientos Civiles, es así como por Diario Oficial de 14 de marzo del presente año, se publica la adición hecha al Códi go de Procedimientos Civiles y que se refiere a controversias - de orden familiar, a fin de evitar en lo posible el quebranta-- miento de la unidad de la familia mexicana, a través de una rá-- pida y moderna impartición de la justicia, atento lo anterior - ahora resulta aconsejable la elaboración de un Código Familiar-- que contenga todas las disposiciones relativas a la familia.

4.- Elementos esenciales del Derecho Familiar.

El derecho en general, para tener indiscutible válidez, - requiere de la presencia de determinados conceptos fundamenta-- les de carácter formal y material, pues se hace necesario dis-- tinguir la norma jurídica, para considerarla como la formula im perativa de lo que es derecho; en tanto que el derecho es lo ex presado por la norma. (91)

(91) Preciado Hernández. Rafael. Lecciones de Filosofía del De recho. Ed. Jus. México. 1960. Pág. 119.

Dentro de los datos formales encontramos: los sujetos, - supuesto, relación, objeto, derecho subjetivo, deber, sanción.

Los datos reales son: persona, sociedad, autoridad política, coerción, fines jurídicos y deber de justicia.

A continuación, vamos a exponer los citados elementos referidos al derecho familiar.

Como sujetos del Derecho Familiar, debemos mencionar a - los esposos o concubenarios, los parientes por consanguinidad, - afinidad, adopción o tutela, las personas que ejercen la patria potestad, o la tutela, excepcionalmente y de acuerdo con nues--tra proposición, algunas entidades estatales creadas para las - satisfacciones familiares, como: Los Consejos locales, de tutela, Jueces Familiares, pero ambos dependientes de los Tribuna--les; la Institución Mexicana de Asistencia a la Niñez; el Instituto Nacional de Protección a la Infancia, etc.

Respecto al supuesto jurídico, podemos decir: es la hipótesis que prevé la norma y a cuya realización atribuye determinadas consecuencias jurídicas, comprendiendo dentro de éstas, - las derivadas de los hechos, actos y negocios jurídicos, como- por ejemplo; el nacimiento de una persona, el reconocimiento de la personalidad jurídica de la familia, etc.

El supuesto es el elemento formal de la norma jurídica, - en virtud de ser la norma jurídica, la hipótesis de una conducta futura prevista por ella, y cuya realización dará legal al -

nacimiento, modificación y extinción de las relaciones jurídicas familiares.

La relación jurídica es el vínculo establecido por la norma entre los sujetos de derechos familiar. Es decir, las derivadas del matrimonio, parentesco, concubinato, patria potestad, tutela, etc.

Se puede decir, que las relaciones del Derecho Familiar-pueden ser de carácter patrimonial y extrapatrimonial, siendo -- ésta la regla, pues, por virtud del Derecho Familiar, se originan relaciones de carácter meramente moral; como consecuencia de las primeras, tenemos: Las obligaciones alimenticias.

Entre el sujeto del derecho y el sujeto del deber se intercala siempre un objeto; que mida la obligación del primero y la obligación del segundo, pero impuesta por el Derecho Familiar, en virtud de su carácter social imperativo, que impone a cada uno de ellos, una regla de conducta, según el lugar que ocupen en el seno de la familia. Por lo anterior, constituye un elemento -- esencial de las normas del Derecho Familiar.

Como consecuencia de lo anterior, se derivan los derechos y deberes familiares; perteneciendo a los primeros los derivados de las relaciones matrimoniales, de las relaciones derivadas de la patria potestad; y en las consecuencias de la filiación legítima y natural. Pertenecen a los segundos, los correlativos -- de los anteriores.

La sanción jurídica, es la consecuencia atribuida por la norma jurídica a la observancia o inobservancia de lo que preceptúa.

La sanción jurídica, generalmente consiste en la inexistencia y nulidad de los actos, excepcionalmente en la revocación y rescisión. El ejemplo más claro de sanción referido al Derecho Familiar es el originado por el divorcio, que trae como consecuencias la disolución del vínculo cónyugal.

El derecho en general, acepta como conceptos jurídicos fundamentales de carácter material que constituyen el contenido permanente de la norma jurídica, éstos son: persona jurídica, sociedad, autoridad, coerción, fines jurídicas y deber de justicia.

La persona jurídica, puede ser estudiada desde dos puntos de vista; individual o colectiva; a la primera suele llamarse persona física y se puede definir como un complejo de normas de derecho cuando tienen por contenido la conducta de un hombre; en cambio, la persona jurídica colectiva o moral, dice Hans Kelsen es un complejo de normas de derecho, por medio de las cuales se regula la conducta reciproca de una pluralidad de hombres que persiguen un fin común." (92)

(92).- Kelsen Hans. Teoría General del Estado. Ed. Labor, S.A.- Barcelona, España. 1934. Págs. 83-88

Posiblemente ésta teoría sea inaceptable, pero nos ofrece una visión de algunos rasgos elementales de la persona colectiva.

En algunas épocas, se ha desconocido la personalidad individual, pero en la actualidad, casi todas las legislaciones del mundo la reconocen, por ello nosotros pugnamos por el reconocimiento de la personalidad jurídica de la familia, ya que ésta, como la persona individual, son un dato real, esencial y permanente de las normas de derecho.

La sociedad ha sido definida como el hombre mismo considerado en su aspecto relacional, es decir, es una unidad institucional con un fin específico, y en virtud de reunir los caracteres propios de una persona jurídica, se le reputa como la sociedad jurídica colectiva por excelencia; pero por su carácter-complejo, necesita de coordinadores que canalicen el esfuerzo del grupo al fin social.

En un sentido muy amplio, autoridad significa capacidad de dirección y de servicio, la esencia de la autoridad radica en un poder de dirección que se ejerce no en beneficio inmediato de los directores sino para provecho de los dirigidos.

"La norma jurídica, tanto por razón de su fin, como por su carácter de relación societaria, postula la existencia de una autoridad, que en éste caso dado, sólo tiene la misión de dirigir y servir sino también la función coercitiva para mantener el orden social establecido. Consiguientemente, la coer-

ción constituye un dato real de la norma". (93).

De acuerdo con la exposición que hemos realizado acerca de los elementos esenciales de las normas jurídicas, podemos -- afirmar; en las relaciones que pueden ser estudiadas por el Derecho Familiar, se encuentran todos y cada uno de los elementos esenciales de las normas de Derecho.

5).- Definición Personal y Propositiones Fundantes de la Autonomía del Derecho Familiar.

Antes de emitir nuestro concepto en relación a la Fami--
lia y al Derecho Familiar, consideramos conveniente, dejar sen--
tado el problema a que ha dado lugar la distinción entre el De--
recho Público y el Derecho Privado, y para tal efecto, nos va--
mos a referir a algunas teorías, que en nuestro concepto son --
las más importantes:

La teoría del interés en juego, es la que nos legaron --
los antiguos juristas romanos, por conducto de Ulpiano, quién -
indicaba; Privado, el que concierne a la utilidad de los parti--
culares,. Es decir, según garanticen intereses colectivos, son
de derecho público, y si garantizan intereses particulares, son
de derecho Privado.

Flores Barroeta, afirma: No es posible establecer un lí--
mite absoluto y preciso entre los dos intereses; entre los que
sea exclusivamente interés del Estado o de los particulares, -

(93) .-preciado Hernández, Rafaél. Op. Cit. Pág. 136.

porque se demuestra que muchas normas interesan tanto al Estado como a los particulares; por ejemplo, El derecho de Familia, -- que se encuentra colocado dentro del Derecho Privado, importante tanto a los particulares como al Estado, y así, vemos a muchas normas que son de derecho público, interesan no solo al Estado -- sino también a los particulares." (94)

Teoría de la Naturaleza de la Relación, establece relaciones de coordinación de subordinación, corresponden a la primera, aquéllas en las cuales los sujetos se encuentran en un -- plano de igualdad, aunque intervenga el Estado, sólo que en tal caso no interviene en su carácter de soberano. "Los preceptos de derecho dan origen a relaciones de subordinación, cuando por el contrario las personas a quienes se aplican no están consideradas como jurídicamente iguales, es decir, cuando en la relación intervienen el Estado, en su carácter de soberano y un particular" (95)

Esta teoría ha sido objetada, pues se afirma que en las relaciones que intervenga el Estado, éste tiene la potestad de determinar si interviene investido de su autoridad soberana o -- sin ella, pero, para lo cual no existe un criterio uniforme para su establecimiento, tal objeción, nos hace pensar en Hans --

(94).- Flores Barroeta, Benjamin. Lecciones del Primer Curso de Derecho Civil. Cia. Impresora Saber. México. 1960. Pág.- 48.

(95).- De la Cueva, Mario. Derecho Mexicano del Trabajo. Ed. Porrúa, S.A. México. 1966. T. I. Pág. 211.

Kelsen, cuando declara que todo derecho constituye una formulación de la voluntad del Estado y es, por ende, Derecho Público.

Doctrina de la Naturaleza de los sujetos, "según ésta corriente, el Derecho público, en primer término, regula la estructura del Estado y demás organismos titulares del poder público y en segundo lugar, reglamenta las relaciones en que participa con ese carácter de titular de poder público. El Derecho Privado, por su parte, reglamenta la estructura de todos aquéllos organismos sociales que no participan en el ejercicio del público y las relaciones en las que ninguno de los sujetos intervienen en su carácter de titular de poder público". (96).

Consideramos que es difícil establecer un criterio válido de distinción entre las normas de derecho público y privado, pero en todo caso, se establece por su importancia práctica y política, en contra de la opinión que niega tal distinción.

Más aún, su valor es eminentemente histórico, ya que responde a un determinado tipo de Estado, con un derecho positivo propio que es su fundamento.

Ahora bien, como consecuencia de las múltiples transformaciones que se han operado en los países de tradición de tipo individualista y liberalista, debido principalmente a la innovación creada a fines del siglo pasado por otro Von Glerke, cuan-

do afirmó la existencia de una tercera rama jurídica a la que denominó Derecho Social, el cual no constituía Derecho Público- ni Privado.

Es un derecho surgido con nuevos perfiles, regulador de las relaciones humanas y con una visión del hombre integrante de lo social, que propugna por romper los moldes del viejo ordenamiento jurídico; es el derecho de los grupos sociales, considerados como tales.

Es una rama que fija derechos a la sociedad, por lo que debe considerarse como un derecho imperativo, cuya observancia no puede quedar al arbitrio de los particulares. Es decir, es el que corresponde a las relaciones de trabajo, a las que tienen por objeto la tierra como propiedad o como fuente económica de carácter agrícola, y las relaciones familiares.

En el orden constitucional, los Estados modernos, han adoptado una fórmula económica; el Intervencionismo o el Socialismo de Estado, ambos distintos del individualismo liberal del siglo pasado, con un imperativo de justicia social.

"El Derecho económico del liberalismo pudo agotarse en tres principios: No intervención del Estado en materia económica, libertad absoluta de acción para la propiedad privada y libertad individual para buscar, la propia utilidad. El nuevo derecho social es amplísimo, pues ha de reglamentar las siguientes medidas: Limitación absoluta del poder absoluto de la pro-

piedad y de la lucha entre los capitalistas; armonía entre los dos factores de la producción, capital y trabajo, y en consecuencia, justa distribución de la riqueza; intervención del Estado para garantizar la realización de estos fines". (97)

Es decir, el Estado Liberal, además de reconocer únicamente el interés individual, tenía como norma la inactividad -- frente a los problemas económicos; en cambio en el derecho actual, regula actividad económica y en todo caso, por virtud del llamado interés social, surge como tercero en representación de la colectividad.

Como corolario de lo anterior, podemos señalar, que siendo la familia la célula social por excelente, la misma agrupa-- ción de extraño el anhelo de crear un estatuto jurídico tendien-- te a otorgar protección a las múltiples relaciones familiares, -- así como a evitar una posible crisis en su seno.

En nuestra opinión, la intervención del Estado, debe ser mayor, mientras los peligros a que se vea expuesta la familia -- sean mayores, para lo cual debe estipularse constitucionalmente el nuevo concepto del Derecho Familiar y sus instituciones.

En apoyo de nuestras ideas, el maestro Briseño Sierra es-- cribe: "A riesgo de llegar hasta la destrucción misma de la hi-- potética rama llamada desde antiguo al derecho civil, debe con--

tinuarse en la revisión de su capitulado, porque es forzoso reconocer que una buena parte del mismo corresponde al derecho administrativo: el registro civil y la condición de los bienes, y otra es simplemente reglamentaria del derecho constitucional -- (al menos en México), o sea, lo tocante al estatuto personal".-- (98).

Continúa diciendonos el autor en cita: "De efectuarse el deslinde, muy probablemente se llegaría a cambiar la denominación y la composición, para formar las nuevas ramas: Derecho Privado (convenciones surgidas de la autónoma regulación de los sujetos; el verdadero derecho subjetivo, Derecho Familiar y -- formando parte ahora de otras disciplinas se tendría: el capítulo estatutario como reglamentación constitucional de la persona; el registro civil y el de la propiedad y del comercio, así como la condición de los bienes, en derecho administrativo". (99).

El Derecho Familiar, surge como una necesidad social, como un imperativo de los Estados para protección de los grupos celulares de toda sociedad; surge, como una reacción orientada a terminar con el relajamiento producido por las nuevas concepciones de vida, emanadas de grupos o agentes disociativos; ya que la familia, por ser el primer testamento social, debe ser protegida por una legislación acorde con sus altos fines.

(98).- Briseño Sierra, Humberto. Derecho Procesal, Cárdenas Editor. Ed. México, 1969. Vol. I. Pág. 34.

(99).- Op. Cit.

Desconoce la división entre Derecho Público y Privado, en virtud de que son nulas las estipulaciones realizadas por los componentes del ente familiar, en cuanto contravengan lo establecido por las normas del Derecho Familiar.

Las normas del Derecho Familiar, son de observancia obligatoria por lo tanto, no puede ni debe celebrarse ningún convenio que altere o restrinja las relaciones familiares.

El Derecho Familiar, por su vigencia automática y por su obligatoriedad general, se va apartando del Derecho Privado y adquiriendo el carácter de fuente del derecho. La familia es el cimiento de la estructuración del Estado. El Derecho Familiar busca la armonía de la sociedad.

En la Enciclopedia Jurídica Omeba, después de hacer un análisis de la división entre derecho público y privado, se apunta:

"Ahora bien, sin entrar en el exámen de esta cuestión, parece un hecho indudable que la doctrina tradicional ha venido incluyendo el Derecho De Familia dentro de un ámbito iusprivatístico. Puede decirse que la institución familiar se encuentra en todos o casi todos los países regulada por los códigos civiles. Sólo en tiempos recientes se ha empezado a poner en duda el acierto de dicha inclusión. El problema ha sido especialmente tratado por Clou, quien después de sentar diversas consideraciones de carácter general sobre la distinción del derecho público-

y privado, llega a la conclusión de que no es posible incluir - el Derecho de Familia dentro de las instituciones privadas, - - pues aún en el matrimonio que representa la relación familiar - de mayores características privadas, puesto que se basa en sentimientos estrictamente personales, la relación no puede ser - - creada, regulada o suprimida por la voluntad de los cónyuges, - sino que éstos tienen que atender a las normas establecidas por el poder público, como igualmente están regulados por la ley -- los derechos y deberes de los cónyuges, quienes no pueden modificarlos. Sin que tampoco puedan romper el vínculo por su propia voluntad, ya que unas veces este es indisoluble y otras sólo se puede disolver en los casos y con las formalidades previstas en las leyes reguladoras del divorcio. Con mayor fuerza se advierte la precipitada conclusión cuando se entra en el terreno de las relaciones paterno-filiales, en las que el interés individual se encuentra sometido al interés superior de la protección de los hijos." (100)

"Pero, pese a las premisas establecidas por Cícu, tampoco creé que el Derecho familiar debe ser clasificado como derecho público, entre otras razones porque la institución familiar carece de imperium y no está sometida a intervención directa -- del Estado. Para el autor comentado el derecho de familia cons

tituye un grado intermedio entre el derecho público y el derecho privado, aún cuando se halla más cerca de aquél que de ésta". - (101)

A continuación, vamos a exponer algunas definiciones de la familia, mismas que a nuestro juicio merecen mencionarse debido a los diferentes ángulos desde los cuales se le mira:

Según Riggiero: "La familia como organismo social que es fundado en la naturaleza y en las necesidades naturales, tales como la unión sexual, la procreación, el amor, la asistencia y cooperación, no se halla regulado exclusivamente por el derecho, pues ningún otro campo como éste, influye tanto la religión, la costumbre y la moral" (102)

Para Cicu: "La familia es un conjunto de personas unidas por vínculo jurídico de consanguinidad o de afinidad". (103)

En concepto de Díaz de Guijarro: "La familia es la institución social, permanente y natural compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación". (104)

Rodolfo Sohm, expone su concepto de familia de la siguiente manera: "La familia es una sociedad de personas desigua

(101) Op. Cit.

(102) Riggiero. Roberto De. Instituciones de Derecho Civil. Ed. Reus. Madrid, 1944. Vol. II. Pág. 658.

(103) Cicu, Antonio. Op. Cit. Pág. 27.

(104) Díaz de Guijarro, Enrique. Op. Cit. Pág. 17.

les y necesitadas del auxilio solidario, y cuya diferencia de naturaleza se refleja en las relaciones jurídicas que las unen; en ello se distinguen de la sociedad representada por el Estado, en la cual todos gozan por principio de la misma libertad civil que tiene su reverso en la sumisión que todos tienen por igual a los poderes públicos". (105).

En concepto del sociólogo F. Toennies, la familia es: -- "La relación de hombre y mujer para procrear hijos de común voluntad, voluntad tanto del hombre como de la mujer, de reconocerlos como suyos y de cuidarlos, pero voluntad también cuando no se logra ningún hijo, de vivir juntos, de protegerse mutuamente y de gozar los bienes comunes". (106)

Para el maestro Luis Recasens Siches, la familia es uno de los máximos ejemplos de comunidad total o suprafuncional o con sociabilidad pasiva (participación en el patrimonio de creencias, valoraciones, ideas, sentimientos, formas prácticas de conducta) y con sociabilidad activa procesos o cooperación de libertad, en vista de la relación de fines. (107)

Según Messineo, la familia es "El conjunto de dos o más personas vivientes, ligadas entre sí por un vínculo colectivo,--

(105).- Rodolfo Sohm. Op. Cit. Pág. 279.

(106).- Teonnie, F. Principios de Sociología, Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 1943. Pág. 75.

(107).- Recasens Siches, Luis. Tratado General de Sociología. - Ed. Porrúa S.A. México. 1948. Pág. 470.

(108).- Messineo, Francesco. Op. Cit. Pág. 27.

recíproco e indivisible de cónyuge, de parentesco y de afinidad constitutivo de un todo unitario". (108)

Frente a éste concepto estricto de familia, en un sentido más amplio se incluyen, en la familia, según el mismo autor, personas difuntas o meramente concebidas, para significar la familia como descendiente o continuidad de sangre; o en otro sentido, las personas unidas entre sí por un vínculo legal de parentesco de sangre y constituye la familia civil.

Al hablar de la familia, los Mazeaud la definen como a la colectividad formada por las personas que, a causa de sus vínculos de parentesco consanguíneo o de su calidad de cónyuges están sujetas a la misma autoridad; La del cabeza de familia. (109)

Para Marcel Planiol, "La familia es el conjunto de personas que están unidas por el matrimonio, o por la filiación, y también pero excepcionalmente por la adopción. (110)

El interesante estudio que sirviera de tesis doctoral al maestro Raúl Ortíz Urquidi, denominado Matrimonio por comportamiento en cuya obra analiza fundamentalmente el artículo 70 del código civil para el Estado de Tamaulipas, que a la letra dice:

Art. 70.- Para los efectos de la ley, se considerará matrimonio, la unión, convivencia y trato sexual continuado de un sólo hombre con una sólo mujer.

(109).- Mazeaud, Jean, Henri y León, Op. Cit. Pág. 7-8.

(110).- Planiol, Marcel. Op. Cit. Pág. 304.

"Podrá haber uniones y tratos sexuales de un hombre con varias mujeres y viceversa, pero la unión se convertirá en matrimonio sólo cuando haya convivencia, es decir, cuando haya un lugar públicamente establecido. Fuera de ese caso, cualquiera otra relación de carácter sexual producirá nada más los efectos que determine expresamente la ley". (111)

"Como consecuencia de lo anterior, se estatuye una serie de derechos y obligaciones entre los cónyuges, de manera que si en un caso dado concurren por la libre y espontánea voluntad de los interesados, todos los citados elementos de hecho el reconocimiento legal concurrirá *impo jure*, siempre que se presenten los demás, y no se presente ninguno de los casos de incapacidad señalados, el matrimonio debe estimarse perfectamente válido, sin necesidad del cumplimiento de solemnidad alguna, ya que la legislación Tamaulipeca la considera innecesaria, cuando dispone que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, -- excepto aquellos que deben revestir alguna forma establecida -- por la ley ". (112)

En nuestro concepto, el criterio que del precitado párrafo nos expresa el autor en cita, no sólo nos parece acertado, sino representa una idea verdaderamente evolucionada y desprovista de los prejuicios arcaicos que padece nuestra sociedad, -- toda vez que manifiesta un fiel reflejo de nuestra realidad, -- pues debe ser seguido éste ejemplo por las legislaciones de los

(111).- Ortíz Urquidi Raúl. Matrimonio por comportamiento. Ed. Stylo. México. 1955. Pág 138.

(112).- Op. Cit. Pág. 51.

demás Estados de nuestra República.

Para el maestro Luis Recasens Siches, la familia tiene - las siguientes características:

1.- "Una relación sexual continuada; 2.; Una forma de matrimonio o institución equivalente, de acuerdo con la cual se - establece y se mantiene la relación sexual; 3.- Deberes y Derechos entre los esposos y entre los padres y los hijos; 4.- Un - sistema de Nomenclatura que comprende el modo de identificar a - la prole; 5.- Disposiciones económicas entre los esposos y con - especial referencia a las necesidades relativas a la manuten--- ción y educación de los hijos; 6.- Un hogar, aunque no es indis - pensablemente necesario que éste sea exclusivo." (113)

En atención a éste orden de ideas, nos vemos en la posi - bilidad de afirmar que la familia es: El estado de vida perma - nente creado por propia voluntad entre un hombre y una mujer, - generador de obligaciones y derechos recíprocos y en relación a los hijos, y de éstos con aquéllos.

En un sentido más amplio, es el grupo social que hacien - do vida en común, se les reconoce cuando forman un hogar y pu - blicamente se deben ayuda mutua, cooperación recíproca y respe - to.

Consideramos que ésta definición puede reunir los fines - de la institución, pues si los comparamos con los que persigue - la generalidad de las legislaciones, tenemos la posibilidad de - asimilarlos a los perseguidos por el matrimonio, según no los - demuestra Fernández Clérigo cuando escribe: "el matrimonio se - (113).- Recasens Siches, Luis. Op. Cit. Pág. 429.

dirige a éstos tres fines sustanciales; 1).- Procreación y perfección de la especie; 2).- Mutuo auxilio, 3).- mejor cumplimiento de los fines de la vida." (114).

Nuestra proposición consiste en borrar la discriminación producida por la división entre matrimonio y concubinato, basando nuestra afirmación en que el Estado debe reconocer las uniones de hecho, pero sujetas al cumplimiento de determinados requisitos y no sólo en beneficio de la mujer que ha dado hijos - al concubinario, sino a la mujer que aún sin haberselos proporcionado, a hecho vida en común con él por un período de tiempo determinado adoptando una conducta intachable de esposa, así como de las personas que hayan tenido a su cuidado.

Ahora bien, como corolario de todo lo anterior, y para poder establecer a nuestro juicio nuestras proposiciones fundantes de la autonomía del derecho familiar, vamos en seguida a señalar algunos de los factores que en opinión del sustentante -- han fomentado el relajamiento de los vínculos familiares:

a).- Deficiente estructuración de la familia y crisis -- por la que parece atravesar actualmente.

b).- La desintegración familiar que incluye a un gran número de familias mexicanas.

c).- Subdesarrollo y estancamiento de los niveles de vida familiar.

d).- La transformación de la vida social, que envuelve

(114) Fernández Clérigo.- Luis. Op. Cit. Pág. 8

gradualmente a la familia.

Aplicadas las anteriores ideas a la realidad de nuestro pueblo, podemos percatarnos del panorama tan desolador que se nos ofrece, según no los hace notar Luis Leñero Otero en el interesante estudio Investigación de la Familia en México, en donde expone:

"Basta citar algunas cifras que nos dan una idea del subdesarrollo referido a los niveles de vida familiar. El 60% de las familias mexicanas tienen, según datos oficiales, ingresos menores de \$750.00 pesos mensuales. Sólo el 5% recibe uno mayor de \$3,000.00 pesos mensuales. Cerca del 85% de los hogares mexicanos carecen de una casa adecuada. Existe un déficit de cerca de dos millones de viviendas y por último, se calcula un analfabetismo funcional de un 44% cuando menos" (115)

Por otra parte, continua diciendo en la citada obra "la crisis familiar la provoca también el proceso de cambio que experimenta el país. La industrialización, la difusión de los medios de comunicación y el avance técnico y científico moderno, producen un rompimiento del equilibrio de las estructuras e instituciones tradicionales". (116)

Como medidas la solución ante la magnitud de los múltiples problemas que aquejan a la familia en México, el Estado debe dictar medidas de prevención de la crisis en la estructura familiar de tal manera que debe hacerse mayor la intervención -

(115).- Leñero Otero, Luis. Investigación de la Familia en México. Ed. Gráfica Panamericana, S. de R.L. México. 1968. Pág. 22.

(116).- Loc. Cit.

estatal a medida que la situación se vaya agravando.

A mayor abundamiento, y no obstante la afirmación hecha por los autores Aguilar Gutiérrez y Derbes Muro en su obra "Panorama de la Legislación Civil de México, en el sentido de que: "El Código Civil de 1928 organizó la estructura Familiar en forma muy avanzada, anticipando en muchos años a algunas legislaciones extranjeras, es así como en éste código se reconocieron a la concubina Derechos Alimentarios y Sucesorales; se impuso a la mujer la obligación de proveer en ciertos casos a las necesidades alimentarias del hogar etc." (117)

Estimamos, en el sentido del prominente lugar otorgado al citado ordenamiento, es decir, siendo el código civil de 1928 un modelo para las legislaciones locales, es evidente la imperiosa necesidad de mantenerlo a la vanguardia de los citados textos legales, pues debido a su actual estancamiento, diversos códigos locales, se han apartado de la tradición señalada y han ido adoptando como modelo otras legislaciones, que contienen nuevas disposiciones no previstas en el del Distrito o bien, por obedecer a una nueva tendencia de estructuración, han considerado necesario su divorcio del código tipo.

Se hace necesaria una efectiva legislación de la familia en virtud de que la entidad familiar precisa de una adecuada reglamentación, en la que el Estado haga sentir su influencia tutelar, no por medio de normas supletorias de la voluntad de los particulares, sino con normas cuya validez sea automática e in-

(117).- Aguilar Gutierrez, Antonio, y Derbez Muro, Julio. Panorama de la Legislación Civil de México. Imprenta Universitaria. México. 1960. Pág. 7

condicionada.

Entendida la familia como la hemos definido, el ordenamiento que la regule no puede ser de derecho privado; puede no ser derecho público, si por tal entendemos las normas que sirven para fijar la estructura y la actividad de un cuerpo político; es un derecho social, lo que quiere decir que es el derecho fundamental, la base sobre la cual habrán de constituirse el derecho público y el privado; es un derecho que por su propia naturaleza fija deberes a toda la sociedad y es por ello un derecho imperativo, cuya observancia no puede quedar el arbitrio de los particulares, porque no es protector de derechos individuales. Debe tener su fundamento en la Constitución.

Las relaciones familiares están fundamentalmente vinculadas a la evolución de las sociedades, por ello, cualquier transformación de las mismas, repercuten necesariamente en la estructura de la familia, por eso surgen nuevos sistemas sociales impregnados con nuevos conceptos jurídicos.

Obedeciendo a ese imperativo, surge el derecho familiar, según Flores Barroeta: "como el examen sistemático de las diversas reglas jurídicas, que se ocupan del grupo familiar y de las relaciones de los diversos miembros de dicho grupo entre sí".--
(118)

Según la legislación Soviética, el Derecho de Familia:--
"es el conjunto de normas que reglamentan el orden a seguir para la celebración del matrimonio y para el divorcio, las relaciones personales y de propiedad de los esposos, los hijos y --
(118).- Flores Barroeta, Benjamin. Op. Cit. Pág. 285.

otros parientes, las obligaciones de los padres en lo que respecta a la educación de los hijos, el procedimiento a seguir para prohijar y también el patronato de huérfanos, la tutela y la adopción de niños para su educación. " (119)

Para Clemente de Diego: "El derecho de Familia en sentido subjetivo es el derecho que a la familia toca desenvolver en la vida, el conjunto de atributos y deberes que a los miembros familiares que en concepto de tales corresponde. En sentido objetivo es el conjunto de reglas que preciden a la Constitución, existencia y disolución de la familia". (120)

Tradicionalmente, se ha considerado al derecho familiar como una de las cuatro partes especiales del derecho privado; pero es de distinta naturaleza a los derechos reales de familia y de sucesión por lo que se hace necesario su estudio desde diverso punto de vista al del derecho privado.

Como notas sobresalientes para la creación de esta nueva rama jurídica, podemos señalar las siguientes:

- a).- El Derecho Familiar responde a principios propios.
- b).- Sus normas tienen eficacia plena.
- c).- Sus normas están orientadas al bienestar de la familia y de la dignidad humana.
- d).- Contiene reglas asistenciales propias, con instituciones establecidas para la satisfacción de sus necesidades.
- e).- Su finalidad fundamental es la tutela del entefamiliar a través de preceptos irrenunciables.

(119).- N.G. Alexandrov y otros. Op. Cit. Pág. 357.

(120).- Clemente de Diego, Felipe.- Op. Cit. Pág. 433.

CAPITULO IV.

EL DERECHO FAMILIAR EN LA LEGISLACION MEXICANA.

- a).- Constitución de 1957 y Leyes de Reforma de 1859.
- b).- Código Civil de 1870.
- c).- Código Civil de 1884.
- d).- Ley del divorcio de 1914.
- e).- Constitución de 1917.
- f).- Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.
- g).- Código Civil de 1928.
- h). Decreto de 19 de Agosto de 1968 que crea un Organigmo Público descentralizado denominado Institución --
Méxicana de Asistencia a la Niñez.
- i).- Jurisprudencia de la H. Suprema Corte de Justicia -
de la Nación sobre aspectos familiares.

a) CONSTITUCION DE 1857 Y LEYES DE REFORMA DE 1859.

Las Leyes de Reforma que guardan una estrecha relación con el Derecho Familiar, son: la promulgada con fecha 27 de Enero de 1857, no obstante, fué hasta el 10. de Julio de 1871, cuando se - reglamentó sobre los libros y la forma de inscripciones.

La Ley Sobre el Estado Civil de las Personas del 31 de Julio de 1859, promulgada por Benito Juárez, manifiesta en sus disposiciones generales lo siguiente:

Art. 10. "Se establecen en toda la República funcionarios- que se llamarán Jueces del Estado Civil, y que tendrán a su cargo la averiguación y modo de hacer constar el Estado Civil de todos- los mexicanos y extranjeros residentes en el territorio nacional, por cuando concierne a su nacimiento, adopción, reconocimiento, - matrimonio y fallecimiento". (121)

La Ley del 12 de Julio de 1859, relativa a la separación - de la Iglesia y el Estado, fué elevada a la categoría de Ley Cong- titucional el 25 de Septiembre de 1873, por medio de un decreto - en el que se establece:

"Son adiciones y reformas a la Constitución:

Art. 20. El Estado es un contrato civil. Este y los demás- datos del estado civil de las personas, son de la exclusiva compe- tencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los- funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos preve- nidos por las leyes, y tendran la fuerza y válidez que las mismas

(121) .- Tena Ramíres, Felipe.- Leyes Fundamentales de México.

1808-1964. ed. Porrúa, S.A. México 1964. Pag. 648.

les atribuyan" (122)

Así mismo, siendo Presidente de la República Don Benito -- Juárez, por Decreto de 5 de Diciembre de 1867, se revalidaron los actos del estado civil registrados conforme a las disposiciones - formulas por el Emperador Maximiliano en 1865 y 1866.

b).- CODIGO CIVIL DE 1870.

Este Código, se proclamó siendo Presidente de la República Don Benito Juárez, pero hasta el 1o. de Marzo de 1871, se establece su vigencia.

Al plasmarse en nuestra Constitución Federal de 1857, los principios de la Revolución Francesa, el matrimonio es considerado desde entonces, como un contrato de carácter estrictamente civil y regido exclusivamente por la Ley de la materia. Es decir, - por la Ley del Matrimonio Civil del 23 de Julio de 1859, Posteriormente, al elaborarse el Código a que nos venimos refiriendo, - se le incorporaron algunas Leyes de Reforma, entre las cuales figuraba la relativa al matrimonio,

Este cuerpo de leyes se expidió tomando como base el proyecto del código civil español formulado por García Goyena, quién a su vez, lo tomó del Código Civil Francés; de manera que nuestro primer Código Civil, puede afirmarse, que se inspiró en el Código de Napoleón, con ciertas modificaciones. (123).

(122).- García Granados, Ricardo.- La Constitución de 1857 y Leyes de Reforma de México. Ed. Edinal, S. de R.L. México-1957.- Pag. 72.

(123).- Soto Gordo, Ignacio. Op. Cit. Pág. 184.

El matrimonio es definido por éste código en el artículo - 159, como la sociedad legítima de un sólo hombre y una sólo mujer que se unen en vínculo indisoluble para perpetuar y ayudarse a -- llevar el peso de la vida.

Aún sin separarse de la teoría tradicional del matrimonio, establecida por la iglesia, se desconoce toda validez al régimen eclesiástico en materia matrimonial, reconociéndoles en ésta mate- ria autoridad a los tribunales civiles.

El capítulo V de éste ordenamiento fué dedicado al divor- cio; el artículo 240 en sus siete fracciones enumera las causales que podían dar origen a demandarlo. Es conveniente hacer notar el espíritu protector del matrimonio sustentado por el artículo 239, que fijó como efecto del divorcio, no la disolución del vínculo, -- sino la suspensión de determinadas obligaciones de índole civil.

Se otorga al padre y a la madre la patria potestad solida- ria y mancomunadamente en derecho y obligaciones, respecto a los hijos sometidos a su autoridad; establece de pleno derecho la su- cesión de la patria potestad a la muerte de los padres, otorgando la facultad a los abuelos y abuelas sucesivamente.

Según el sistema del Código de referencia, debe distinguir se entre la protección debida a la persona y la protección dispen- sada a su patrimonio. En cuanto a la protección de la persona, de- be puntualizarse, que los protectores naturales del menor son los progenitores y en cuanto a los que carecen de progenitores, o le- galmente no se conocen, como es el caso de los hijos naturales, - se provee a su tutela.

c).- CODIGO CIVIL DE 1884.

Sigue los lineamientos de su antecesor y continúa considerando al matrimonio como una sociedad de personas para la realización de fines determinados, dicha sociedad debe estar compuesta por un solo hombre y una sola mujer; es indisoluble y se forma para la procreación y prestarse ayuda mutua.

Respecto al divorcio, se continuó con el criterio de suspender únicamente ciertas obligaciones de carácter civil, subsistiendo el vínculo, tal suspensión podía ser temporal o definitiva

El Artículo 226 establecía: El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio: suspende alguna de las obligaciones civiles, que se expresarán en los artículos relativos de éste código.

El número de causales para obtener el divorcio, contrariamente a lo que debía suponerse, fué aumentando considerablemente en lugar de restringirse, según se desprende del artículo 227. El mutuo consentimiento se estableció, como motivo suficiente para solicitar el divorcio. Esta causal aparece como factor determinante para evitar los escándalos sociales que normalmente se provocaron con motivo de las causales; que se invocaban, las cuales, en ocasiones, causaban perjuicios a las partes.

Lo relativo a la patria potestad, fué reglamentado de manera similar a la del código de 1870, como única diferencia estipula el auxilio de las autoridades para corregir a los hijos, prescribiendo en el artículo 371; las autoridades auxiliarán a los padres en el ejercicio de ésta y las demás facultades que se les concede la Ley, de una manera prudente y moderada, siempre que --

sean requeridos para ello.

Establece los efectos de la patria potestad y el artículo-375, señala que se dividen en seis clases los bienes pertenecientes a los hijos.

El código en cita, promulgado por el General Manuel González, el 31 de marzo de 1884, regula en forma similar a la de su antecesor esta figura jurídica, con la salvedad del agregado efectuado al artículo 447, consistente en la facultad otorgada al menor que hubiese cumplido los catorce años, para elegir a su tutor legítimo.

La verdadera y notable innovación que se observa en éste ordenamiento, es la relativa a la libre testamentifacción, a la cual se refiere el artículo 3275, en los siguientes términos:

Art. 3275. La ley sólo reconoce capacidad para testar a las personas que tienen:

II.- Perfecta libertad al ejecutarlo, esto es, exenta de toda intimidación y de toda influencia moral.

d).- LEY DEL DIVORCIO DE 1914 (124)

Esta ley, fué promulgada el 29 de diciembre de 1914, por Venustiano Carranza, en el Puerto de Veracruz, y reforma la fracción IX del artículo 23 de la Ley de Reforma del 14 de Diciembre de 1874, reglamentaria de las adiciones y reformas de la Constitución Federal, decretadas el 25 de diciembre de 1873, en los siguientes términos:

IX.- El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo - (124).- Periódico Oficial. Organo del Gobierno Preconstitucional del Edo. de Oaxaca, Salina Cruz, Oax, diciembre 14 de 1915.

ya sea por mutuo y libre consentimiento de los conyuges cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado o en cualquier --- tiempo por causas que hagan imposible o indebida la relación de -- los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los -- cónyuges, que haga irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima.

Art. 2o. Entretando se restablece el orden Constitucional en la República los Gobernadores de los Estados quedan autoriza-- dos para hacer en los respectivos códigos civiles, las modifica-- ciones necesarias, a fin de que ésta ley pueda tener aplicación.

Del estudio de estas disposiciones, podemos señalar entre-- las principales la relativa a la disolución del vínculo matrimo-- nial derivada de una necesidad que a todas luces resulta un cata-- lizador que la propia sociedad se impone para lograr su equili--- brio, y no como dicen algunos autores, al ver en el divorcio el -- propósito evidente de terminar con las relaciones matrimoniales, -- por tanto, si la finalidad de ésta institución es la citada en se-- gundo término, no encontramos razón alguna para su supervivencia-- en el código actual.

En ésta forma tan amplia en que la ley de 1914 reconoce -- el divorcio vincular necesario, se comprenden dentro de la prime-- ra serie de causas, es decir, las que hacían imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, las siguientes: a).-- Inmpotencia incurable para la cópula, en cuanto que impedía la -- perpetuación de la especie; b).- Enfermedades crónicas e incuraa--

bles que fuesen contagiosas o hereditarias, y c). Situaciones con-
trarias al estado matrimonial, por abandono de la casa conyugal o
por ausencia, pues al no realizarse la vida en común, ya no se po-
día cumplir los fines matrimoniales. (125).

En la segunda serie de causas, podían considerarse a su --
vez, las siguientes: a). Faltas graves de alguno de los cónyuges--
que hicieran irreparable la desavenencia conyugal. Es decir, se -
incluían los delitos de un cónyuge contra el otro, de un cónyuge--
contra los hijos, y de un cónyuge contra terceras personas, que -
arrojaran una mancha irreparable; b).- Los graves hechos inmor--
ales de prostitución de la mujer de tolerancia del marido para ---
prostituirla, o de ejecución de actos directos para su prostitu--
ción, así como la corrupción de los hijos. c).- El incumplimien-
to de las obligaciones conyugales en cuanto a alimentos y abando-
no en condiciones aflictivas de un cónyuge o de los hijos. (126)

Esta manera tan amplia de considerar una materia de tanta-
importancia para un ordenamiento legal, resulta insuficiente para
los fines propuestos por cualquier institución jurídica, por lo -
cual, consideramos que sus redactores debieron seguir una mejor -
sistemática.

e).- CONSTITUCION POLITICA DE 1917 (127)

Fiel a su tradición jurídica, nuestra Carta Magna, estable

(126).- Loc. Cit.

(127).- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, --
Edo. Porrúa.

ce, al igual que la pluralidad de los textos constitucionales de la mayoría de los países, principios orientadores sobre la familia, y para tal fin, lo hace de dos maneras diferentes: Directa o indirectamente, es decir, se refieren a la familia considerándola como una unidad, o en particular, respecto a los hijos, desde muy variados aspectos.

También existen dos puntos de vista desde los cuales se distinguen las normas constitucionales y consisten, el primero, en preceptos constitucionales concretos referentes a la familia, y, el segundo a través de leyes reglamentarias de los mismos.

De entre los primeros encontramos las siguientes disposición:

Art. 31. Son obligaciones de los mexicanos:

Hacer de sus hijos o pupilos, menores de quince años, concurrir a las escuelas públicas o privadas para obtener la educación primaria elemental y militar, durante el tiempo que marque la ley de instrucción pública en cada Estado.

Art. 123 XXVIII.- Las leyes determinarán los bienes que constituya el patrimonio de la familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos, y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de los juicios sucesorios.

Art. 130 (tercer párrafo).- El matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades

del orden civil, en los términos por las leyes y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan.

Este último artículo elimina la ingerencia que antiguamente imponía el derecho canónico en esta materia, aunque no suceda ésto en materia de impedimentos y nulidad de matrimonios.

Dentro del segundo grupo de normas relativas a la familia, encontramos las pertenecientes a las leyes Reglamentarias.

En la Ley Federal del Trabajo, Reglamentaria del artículo 123 Constitucional, la cual se refiere a toda la materia del trabajo y en ella encontramos disposiciones expresas para proteger a la mujer en general, y en particular a la mujer casada, a la mujer embarazada y a los menores de edad que trabajan.

Para cumplimentar la obligación consignada en la fracción XXIX del artículo 123 Constitucional, que estableció; Se considera de utilidad pública la expedición de la Ley del Seguro Social, ella comprenderá seguros de inválidez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes y otros con fines análogos

La Ley del Seguro Social, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 19 de enero de 1943. A partir de que fué establecido el régimen de seguridad social en nuestro País, los trabajadores gozan de uno de los mejores sistemas asistenciales de nuestra América. Al mismo tiempo, ha significado uno de los mejores instrumentos con que los gobiernos revolucionarios han contado para realizar la justicia social, instaurada por el movimiento reivindicatorio de 1910.

Con la institución del Seguro Social, se pretende dar a la familia una efectiva protección en los casos de muerte, en éste renglón, logró un importante avance al extender el beneficio de la pensión, logró un importante avance al extender el beneficio de la pensión correspondiente a la concubina, y más aún, hasta las personas que dependían económicamente del trabajador asegurado.

La asistencia por concepto de maternidad, es otro importante servicio que incorpora otras derivadas del mismo hecho. Se estableció la pensión de orfandad, la de invalidez, vejez o cesantía, así como otras que no por ser menores dejan de ser importantes.

Existen otros ordenamientos jurídicos a propósito de la protección a la familia, entre los cuales podemos distinguir:

La Ley del Instituto de seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, es una de las que contienen mayor número de prestaciones que protegen y benefician a la familia, ya sea elevando su nivel de vida técnico y cultural, así como material, por medio de préstamos hipotecarios para construcción de la habitación familiar, arrendamiento de habitaciones económicas, etc.

El código Agrario, es otro de los ordenamientos que contiene disposiciones protectoras del núcleo familiar, así, en el artículo 163 dispone: En caso de que el ejidatario no haga designación de heredero, o que al tiempo de su fallecimiento éste haya muerto o se haya ausentado definitivamente del núcleo de población, la herencia corresponderá a la mujer legítima o a la concu-

bina con la que hubiere procreado hijos, o aquella con la que hubiera hecho vida marital durante los seis meses anteriores al fallecimiento; a falta de mujer, heredarán los hijos y en su defecto las personas que el ejidatario haya adoptado o sostenido.

Continuado con el mismo orden de ideas, establece el artículo 170; Al decretarse la pérdida de una parcela ésta deberá adjudicarse a la mujer del campesino sancionado, a aquien legalmente aparezca como su heredero, quedando por tanto destinada dicha parcela al sostenimiento del grupo familiar que económicamente dependía del antiguo adjudicatario.

.- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917 (128)

Como consecuencia de la Revolución de 1910, el primer jefe del Ejército Constitucionalista, Venustiano Carranza, como encargado del Poder Ejecutivo de la Nación, expide la ley de referencia, la cual fué publicada en el Diario Oficial del 9 de abril de 1917, estipulándose que la misma entraría en vigor el 11 del mes siguientes, durando su vigencia hasta el primero de octubre de -- 1932, fecha en que empezó a regir el nuevo código civil, actualmente en vigor.

Tomó en consideración las ideas de igualdad jurídica entre los sexos (Art. 43); La protección de los hijos (Arts. 93, 143, - 145, 176), el interés de la especie, para lo cual se aumentó la edad para contraer matrimonio (Art. 18) y se legalizaron ciertas incapacidades físicas (Art. 17); la equiparación entre los cónyuges en cuanto a sus derechos y deberes (Arts. 42 y 45); y princi-

(128).-Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917. Andrade Manuel, - 1959.

palmente, el divorcio como disolutivo del vínculo matrimonial --- (Art. 75); Así como la instauración del régimen de la adopción -- (Arts. 220-236).

El matrimonio, se establecerá como un contrato civil solemne pero no público, consistente en el vínculo monogámico, la perpetuación de la especie y la ayuda mutua, derivado de una secularización absoluta de ésta institución y su carácter civil, proviene de su naturaleza de carácter civil.

El artículo 13 establece; El matrimonio es un contrato civil entre un sólo hombre y una sola mujer, que se unen con un vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida. En cambio el artículo 75 del propio ordenamiento preceptúa:

El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

En su artículo 102 establecía: Por virtud del divorcio, -- los cónyuges recobran su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio, salvo lo dispuesto en el artículo 140, el cual, en su primera parte dice: La mujer no puede contraer segundo matrimonio sino hasta pasados 300 días después de la disolución del primero; y cuando el divorcio haya sido declarado por causa de adulterio, ya que en caso de ser así, el cónyuge culpable no podía contraer nuevo matrimonio, sino hasta después de dos años de haber sido -- pronunciada la sentencia de divorcio.

Hace la debida distinción entre el divorcio voluntario y -- el necesario, al prescribir en el artículo 76, el divorcio neces

rio es aquél que se funda en algunas de las causas que consignan la propia ley; el divorcio por mutuo consentimiento, según el artículo 82, es aquél en el cual los cónyuges acuden ante el juez de divorciarse, sin más causa, que su propia voluntad de hacerlo, antes de ser declarado el divorcio, el juez celebra tres juntas-- en las que tratará de lograr que los cónyuges desistan de su deseo de disolver el vínculo, una vez que en éstas no se logra el fin perseguido por el juzgador decreta el divorcio.

Se suprimió la clasificación de hijos espurios; se aumentaron los casos especiales para investigar la paternidad o maternidad; los hijos se clasificaron en legítimos, legitimados o naturales; por primera vez en México, se legisla en materia de adopción: el ejercicio de la patria potestad, debía ejercitarse conjuntamente por los padres o por los abuelos maternos o paternos; se reconocieron como vínculos de parentesco el consanguíneo y el de afinidad; otra de las grandes innovaciones de ésta ley es la implantación del patrimonio familiar; respecto a los bienes del matrimonio, sólo por convenio podía establecerse la comunidad legal o sociedad de los mismos.

).- CODIGO CIVIL DE 1928 (129)

Entró en vigor el primero de Octubre de 1932, respecto al régimen familiar, tiende a perfeccionar las disposiciones de la Ley Sobre Relaciones Familiares, en virtud de que poseé un conte-

nido eminentemente social en contraposición con los principios -- individualistas consagrados por el articulado del Código de 1884.

A pesar de no definir el matrimonio, de la letra de su --- texto se infiere que continua con los lineamientos establecidos - por la Ley sobre Relaciones Familiares. Por otra parte, fijó la + igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, y respecto de los - bienes de los cónyuges, fijó la necesidad de las capitulaciones - matrimoniales; se comenzó a borrar la diferencia entre los hijos- legítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se concedió al hijo- nacido fuera de matrimonio el derecho de investigar quién era su- madre.

Los esponsales constituyen una figura inexplicablemente -- incluída en nuestro código civil vigente, cuya existencia se nos- hace difícil justificar, debido a su notorio atraso en relación - con otras instituciones que dieron mayor actualidad al ordenamien- to en cita. Esto se debe principalmente a la repugnancia existen- te entre su contenido y la realidad circundante.

Los impedimentos para contraer matrimonio están regulados por el artículo 156, entre éstos podemos mencionar; la falta de - edad, de consentimiento de los que ejerzan la patria potestad, -- del tutor o del juez; el parentesco consanguíneo o natural sin li- mitación de grado; el adulterio habido entre personas que preten- den contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicial- mente comprobado; la fuerza o miedo graves; la embriaguez habitual etc.

El artículo 266 del código civil actual, es una fiel repro

ducción del artículo 75 de la Ley sobre Relaciones Familiares al establecer: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

Respecto a sus causales éstas se establecen en el artículo 267, y en ellas se procuró equipararlas tanto para el hombre como para la mujer, pero orientando disposiciones a garantizar los intereses de los hijos. En relación a éstas, consideramos pertinente hacer notar que la fracción XV aumenta los casos, pues la fracción X de su antecesora únicamente considerada "El vicio incorregibles de la embriaguez", y omitía los casos que hoy, han quedado de la siguiente manera: "Los hábitos de juego o embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal".

Una de las innovaciones más importantes, que a nuestro juicio sufre el vigente ordenamiento, es la consistente en el llamado divorcio voluntario de tipo administrativo. A pesar de decirse que éste tipo de divorcio facilita la disolución del vínculo matrimonial, argumento muy discutible, debido, principalmente, a la necesidad de satisfacer los requisitos establecidos por el artículo 272, el cual, requiere: mayoría de edad de los cónyuges, falta de hijos y liquidación de la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casarón; se tramita ante el Oficial del Registro Civil a petición de los interesados, y previa ratificación de éstos, debe resolverse dentro de quince días.

Preceptua también, el divorcio voluntario ante el Juez de Primera Instancia, por mutuo disenso de los cónyuges en él se les

obliga a presentar al juzgado un convenio en el que se fijen los siguientes puntos:

"Designación de persona a quién sean confiados los hijos - del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de -- ejecutoriado el divorcio;

El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

La casa que servirá de habitación a la mujer durante el -- procedimiento;

La cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento; la forma de hacer el pago y la garantía que debe darse para asegurarlo;

La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad.

La regla común para ambas formas del divorcio, es que sólo puede pedirse pasado un año de celebrado el matrimonio.

En la obra el Derecho de Familia, en la legislación comparada de Luis Fernández Clérigo, se afirma: "Para recoger debidamente y dentro de un criterio sistemático, las causas de divorcio establecidas en las principales legislaciones, es oportuno seguir un método análogo al utilizado por el Profesor Francisco Consentini y dividir las aludidas en cinco grandes grupos, a saber: causas, criminológicas, causas simplemente culposas, causas ugenési

cas, causas objetivas e inculpables y causas indeterminadas". ---
(130)

De acuerdo con la anterior clasificación, podemos agrupar las causales que nuestro código establece, en la forma siguiente:

a).- Las que pueden constituir un delito, en éste grupo -- quedarían incluídas las fracciones: I, IV, V, XI, XIII, XIV Y XV.

b).- Las que en sí constituyen hechos inmorales, a éste -- grupo pertenecen las fracciones: II, III Y V;

c).- Los hechos contrarios al estado matrimonial, que comprenden las fracciones: VIII, IX, X Y XII.

d).- Enfermedades, las que están comprendidas en las fracciones VI y VII;

e).- Vicios, localizados en la fracción XV.

A pesar de afirmarse que éste código trata de borrar toda diferencia respecto a los hijos, se continúa con la división entre legítimos y naturales, agrupando dentro de éstos últimos seis categorías.

Los hijos legítimos, son los nacidos dentro del matrimonio, la presunción de ser hijos de los cónyuges se estipula en el artículo 324;

"Los hijos nacidos después de ciento ochenta días, contados desde el día de la celebración del matrimonio.

Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad -

(130).- Fernández Clérigo, Luis. El Derecho de Familia en la Legislación Comparada. Ed. Hispano-Americana. México. 1947. -- págs. 136-137.

del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial".

Son hijos naturales, los nacidos fuera de matrimonio, entre éstos se encuentran:

Los simples, son los que se comprenden fuera de los casos-específicos a que se alude en seguida;

Los legitimados, son los que se equiparan a los nacidos dentro del matrimonio, en virtud de ser celebrado subsecuentemente por los padres y de haberse reconocido expresamente por los padres, según los artículos 354 y 355.

Los naturales reconocidos, a éstos se refieren los artículos 365 a 360 y 369;

Los hijos adulterinos han sido regulados por el artículo 374 en los siguientes términos: El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo.

Los hijos incestuosos, pueden ser reconocidos por los padres, pero sin hacerse mención de esa circunstancia. (Arts. 370 y 371).

Hijos concubinarlos, están claramente determinados por el artículo 383 del código en vigor, al estudiarlos de la manera que en seguida se expone: Art. 383. Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

Los nacidos después de ciento ochenta días, contados desde que comenzó al concubinato.

Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al-- que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.

Con el objeto de que los hijos puedan disfrutar del conocimiento de sus padres, nuestro código civil, permite la investigación de la maternidad en su artículo 385, excepción hecha, cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada, salvo el caso de que ésta se deduzca de una sentencia civil o criminal.

Por lo que se refiere a la investigación de la paternidad- de los hijos nacidos fuera de matrimonio, según el artículo 382, está permitida;

En los casos de estupro, rapto o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción;

Cuando el hijo se encuentre en posesión del estado de hijo del presunto padre;

Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en -- que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre viviendo maritalmente.

Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.

De la lectura del artículo 411, relativa a los efectos de la patria potestad en cuanto a la persona de los hijos, nos percatamos de su alto valor moral, cuando señala:

Los hijos cualquiera que sea su estado, edad y condición - debe honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

Respecto a los efectos de la patria potestad, se dividen - en dos clases, tal se desprende de la letra del artículo 428.

Bienes que adquiera por su trabajo;

Bienes que adquiriera por cualquiera otro título.

Respecto a los primeros, corresponde tanto en su propiedad, administración y usufructo a éste, en cuanto a los segundos, es decir los que pueden ser obtenidos por herencia, legado, donación rifa, lotería o por hallazgo casual, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo, corresponden a las personas que ejerzan la patria-potestad.

La Ley no reconoce más parentesco que los de consanguinidad, afinidad y el civil, tal es el texto del artículo 292 del código civil. El primero es el existente entre personas que descienden de un mismo progenitor (Art. 293); el segundo, es el que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón. (Art. 294); el artículo 295 estipula que el parentesco civil es el que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado.

En relación a las innovaciones de los artículos 149, 273 -- fracción II; 348 fracciones I y II; 438; 443 fracción II, 451, -- 624; 641; 643 y 646, publicadas en el Diario Oficial del 28 de -- Enero de 1970, como consecuencia de la reforma constitucional, por medio de la cual se otorga la ciudadanía a los 18 años, encontramos como novedades:

Respecto a los requisitos para contraer matrimonio, estipulados por el artículo 149, anteriormente se necesitaba el consentimiento del padre y de la madre de los hijos que no hubieran cumplido 21 años; ahora, puede dar su consentimiento el padre o la -

madre.

No podían contraer matrimonio sin el consentimiento de su padre y de su madre; consideramos, que en esencia, se sigue el espíritu del anterior, únicamente cambió el requisito de edad al fijarla en 18 años.

La fracción II del artículo 237, modifica al requisito de edad, pero continúa igual al anterior.

El artículo 348, al otorgar acción a los herederos del hijo para reclamar su estado, disminuye la edad de 25 a 22 años, para los casos en que el hijo muerto o caído en demencia antes de cumplir esta edad y si murió después, en el mismo estado.

Referente a la extinción del usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad, la fracción I del artículo 438 establece en su texto la modalidad de extinguirlo por la emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad de los hijos; -- terminándose, igualmente, con la emancipación derivada del matrimonio, según la fracción II del artículo 443.

En relación al artículo 451, creémos que además de señalar la emancipación por razón de matrimonio, sufre algunas correcciones de estilo, respecto al anterior, quedando como sigue:

Art. 451. Los sujetos a tutela, designarán por si mismos - al curador, con aprobación judicial, además de los señalados por el artículo 496; los menores de edad emancipados por razón del matrimonio, en el caso previsto por la fracción II del artículo 643, según la nueva fracción II del 624.

En cuanto a la emancipación del menor de 18 años el artículo 641 indica que por el sólo hecho de su matrimonio, ésta se pro

duce de derecho.

El artículo 643, sufrió una reforma radical al suprimir la fracción I y consecuentemente, a quedado como a continuación se suscribe.

Art. 643. El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

I.- De la autorización Judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces.

II.- De un tutor para negocios judiciales.

La adopción es considerada como un acto legal por medio del cual una persona toma como hijo a otra, dando con ello nacimiento a los derechos y deberes derivados de esa situación. A ella se refiere el artículo 390 en los siguientes términos:

Art. 390. Los mayores de 30 años en pleno ejercicio de sus derechos y que no tengan descendientes, pueden adoptar a un menor o aún incapacitado, aún cuando sea mayor de edad, siempre que él adoptado y que la adopción sea benéfica a éste.

Fue reformada la materia del consentimiento en la adopción aumentando en dos años la edad requerida para el menor; dando al Ministerio Público la intervención que antes tenía el Juez, y otorgando derecho para ser oído a aquellas personas que hubieren acogido al presunto adoptado y lo hubieren tratado como hijo, cuando no hubiere quién ejerza la patria potestad sobre él ni tenga tutor. Se desprende lo anterior de la letra del artículo 397 del código citado.

La adopción no lesiona los derechos y obligaciones nacidos del parentesco natural sólo da origen a transferir la patria po-

testad, el parentesco adoptivo se limita a las personas del adoptante y del adoptado, con la única restricción estipulada por el artículo 157, el cual prescribe.

Art. 157. El adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes, en tanto dure el lazo jurídico resultante de la adopción.

El artículo 405 de nuestro código actual, establece los casos en los cuales puede tener lugar la revocación de la adopción-tales son: El mutuo consenso, cuando sea mayor de edad el adoptado, en su defecto, se hace necesario que consientan en la revocación las personas que prestaron su consentimiento conforme al artículo 397.

La segunda causa de revocación, es por ingratitude del adoptado y el artículo 406 determina los casos en que deba considerarse como ingrato. Por los demás tiene idéntica situación a la de los hijos consanguíneos, pero limitado por el hecho de ser susceptible de perderse.

La función social para la que originalmente se había destinado el patrimonio familiar, a sufrido un menoscabo en la práctica, para su aplicación, debido a razones económicas, políticas, - sociales y aún legales. Las cuales, han hecho de ésta institución una de las figuras con menor fortuna en nuestra actual codificación.

Basados en las anteriores consideraciones, estamos en posibilidad de afirmar; siendo la masas proletaria la principal destinataria de los beneficios a los cuales se refiere el contenido de ésta institución, debido a la pretendida protección con la que se

desea procurar a las clases económicas más débiles, entendiendo - que dentro de éstas, se encuentran los grupos urbanos y rurales - formando la estructura fundamental de la Nación, como son los obreros y campesinos, al asignarles como objeto del patrimonio familiar, la casa habitación de la familia, a los primeros, y en ciertos casos, una parcela cultivable para los segundos, es lógico -- pensar en una institución en consonancia con la alta misión reclamada por sus fines, no divorciada de la realidad.

Cabe señalar lo anterior, en virtud de la reducida cantidad señalada por el artículo 730, resulta a todas luces insuficiente en la actualidad, para adquirir la casa habitación con los mínimos requisitos de confortabilidad supuestos por el artículo - 723, así como los terrenos que el gobierno adquiera para dedicarlos a la formación del patrimonio familiar con las propiedades -- raíces referidas por el artículo 735.

El patrimonio familiar no transfiere la propiedad, únicamente el usufructo; pero es inalienable, inembargable y no está - sujeto a gravámen alguno; sólo puede integrarse con bienes sitios en el domicilio de quién lo establezca; cada familia sólo puede - constituir uno, con la limitación de que no puede constituirse en fraude de los derechos de los acreedores y cuando por causa de -- utilidad pública se expropian los bienes que lo forman, da lugar a su extinción.

Establece como única causa de aumento, cuando su valor sea inferior al permitido; como causas de disminución, el artículo -- 744 indica las siguientes.

Art. 744. Puede disminuirse el patrimonio de la familia: -

Cuando se demuestre que su disminución es de gran necesidad o de notoria utilidad para la familia;

Cuando el patrimonio familiar, por causas posteriores a su constitución, a rebasado en más de un cien por ciento el valor máximo que puede tener conforme el artículo 730.

Como causas de extinción, se reconocen las siguientes:

Ausencia de beneficiarios con derecho a pedir alimentos; - el que sin causa justificada se deje de habitar la casa durante - un año o se deje labrar la parcela durante dos; la gran necesidad; la notoria utilidad; la expropiación y la nulidad o rescisión de la venta hecha por la nación para la constitución del patrimonio.

Extinguido de la familia, los bienes que lo formaban vuelven al pleno dominio del que lo constituyó o pasan a sus herederos si aquél ha muerto. Esto según el artículo 746.

).- CODIGO DEL MENOR PARA EL ESTADO DE GUERRERO (131)

Este ordenamiento se publicó en el Periódico Oficial del - Gobierno del Estado de Guerrero con fecha 10 de Octubre de 1956, - y del contenido de sus ocho títulos, podemos señalar los siguientes;

Artículo 10.- Todos los menores de dieciocho años, sin distinción de sexo ni nacionalidad, residentes en el territorio del Estado, tienen derecho:

A reconocer a sus padres.

A no sufrir calificaciones humillantes en razón a la cali-

(131).- Código del Menor para el Estado de Guerrero de 26 de septiembre de 1959.

dad de su origen, condición social, religiosa y económica.

Al desarrollo integral de su cuerpo y de su mente en el seno de la familia o en un ambiente familiar.

A ser asistidos para la satisfacción de sus necesidades -- económicas, culturales, morales y sociales por quienes legalmente están obligados a ello, o, en su defecto por el Estado.

A ser defendidos gratuitamente en su persona y en su patrimonio ante todas las autoridades jurisdiccionales y administrativas del Estado.

A ser protegidos contra el abandono en todas sus formas y frente a la explotación de su persona y de su trabajo.

A no ser considerados como delincuentes en el caso en que ejecuten conductas descritas y sancionadas en la ley como delito.

En nuestro concepto, este artículo encierra la filosofía-- del propio ordenamiento, pues, de una manera generalizada, se refiere a todos los aspectos protectores que benefician al menor.

Art. 2o.- El Estado hará que la generación y la concepción del ser humano se realicen en las mejores condiciones biológicas-- posibles.

También se hace la aclaración de que en caso de duda o incompatibilidad debe interpretarse en la forma más favorable a la protección de los menores. Es la llamada protección preconcepcional, la estipulada por los primeros cinco artículos.

Los siguientes capítulos del citado título, se refieren a la protección natal y del recién nacido; de la primera infancia; de la segunda y tercera infancia, así como de la adolescencia.

Art. 6.- Todos los individuos residentes en el Estado, sin

distinción de sexo y nacionalidad, tienen el deber de contribuir a su buena y sana población mediante uniones legales y eugenésicas

Se establece la obligación para crear paternidad y maternidad en las mejores condiciones biológicas, morales y sociales, para la celebración del matrimonio, se exige la presentación de un certificado médico, el cual pierde su validez a los tres días de haberse expedido.

Los impedimentos para contraer matrimonio se rigen por lo dispuesto en el artículo II, el cual se enuncia como sigue:

Art. II.- Son impedimentos para la celebración del matrimonio:

La sífilis.

La tuberculósís transmisible.

La lepra.

El alcoholismo inveterado.

La toxicomanía.

La idiocia o imbecilidad.

La esquisofrenia; psicosis maniaca y parencia.

La epilepsia constitucional.

La corea de Huntington.

La hemofilia (sólo en la muerte).

Los impedimentos anteriores no son dispensables y a quienes sabedores de su enfermedad contraen enfermedades que pueden dar lugar a engendrar, se les castiga con 1 a 8 años de prisión.

Se establece una protección preconcepcional, consistente en que el conocer un caso en cual una madre tenga factor R.H. y-

grupo A.B.O., debe procurársele un tratamiento inmediato, así como en los casos de anemia, etc.

Toda maternidad pública o privada deberá contar con un servicio de cuna, en donde prestará sus servicios un pediatra, con - enfermeras capacitadas, por cada cien cunas deberá existir un número no inferior a diez cunas para prematuros, cuyo peso sea inferior a 2500 gramos.

La segunda infancia es considerada por este ordenamiento - de los 36 meses a los 7 años de edad o edad preescolar; la tercera infancia se establece de los 7 años a la adolescencia. Estas - etapas son protegidas por el Estado, dictando resoluciones de nutrición, higiene mental, abandono y prevención de acciones antisociales. Los presidentes municipales deberán procurar que todos -- los menores cumplan con su educación primaria.

El Consejo de Protección de Menores, podrá promover el registro del nacimiento de un menor, cuando no lo hayan hecho las-- personas obligadas.

Se establece un procedimiento para la investigación de la paternidad en el artículo 56, en el cual, el Consejo de Protección de menores, realiza una investigación y después de celebrar una - junta de avenencia, pero entre ambos no debe transcurrir un término máximo de 60 días y, concluye con la resolución, en la que se concede o niega.

En cuanto al divorcio, al admitirse la demanda, ya sea por mutuo consentimiento o necesario, se fija una pensión alimenticia- provisional para los menores y una vez que se haya celebrado la - primera junta de avenencia o se haya fijado la litis, según el ca

so, el juez decreta de oficio la suspensión del procedimiento y a petición de cualquiera de los cónyuges, continuará la tramitación del juicio, pero quién pida la continuación deberá probar a satisfacción del juez, haber cumplido con las obligaciones que se le impusieron como medidas provisionales. Si no lo hiciera, se desechará su petición, y si el otro cónyuge no solicita la continuación, el juez lo sobreeserá volviendo las cosas al estado que se encontraban antes de la presentación de la demanda.

Si no se solicita dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se concluyó el término de seis meses, caduca sin necesidad de declaración judicial.

El allanamiento a la demanda o la confesión de los hechos en el divorcio necesario, no impiden la aplicación de los preceptos antes citados.

El menor trabajador, es el mayor de doce años y menor de dieciseis. El Estado debe procurar el establecimiento de centros de capacitación y bolsas de trabajo gratuitos para los menores.

La protección social se establece en beneficio de los padres de familia, tal y como se desprende de la letra del artículo 89, el cual expresa; los empresarios que hayan de contratar, preferiran en igualdad de circunstancias, a los padres y madres de familia cuyo trabajo sea el único medio de sosten de la familia.

Se instituyen penas que van de 6 meses a 5 años de prisión, y multa de cien mil pesos, a los que ejerzan la mendicidad habitual u ocasional, acompañados de menores de 18 años, sea o no familiares suyos.

Los que acompañen, induzcan y los que ejerzan la prostitu-

ción en presencia de mujeres menores de 18 años, las penas se duplican cuando el infractor sea ascendiente, hermano, tutor, curador o guardador del menor.

Los menores sólo podrán asistir a espectáculos autorizados por el Consejo de Protección de Menores.

Los menores de 18 años cuyas conductas sean consideradas como delitos, faltas, los pervertidos o en peligro de pervertirse, quedan bajo la protección del Estado. El juez Tutelar es el encargado de dictar las medidas educativas conducentes a su readaptación social. El Ministerio Público, debe ponerlos a disposición del citado funcionario y su emisión se castiga con 1 a 5 años de prisión y destitución del cargo.

Por último, el Título Octavo prescribe cuales son los organismos encargados de ejercer la educación protectora del menor, tales como el Consejo de Protección de Menores, los Jueces Tutelares, las instituciones que para tal fin se crearon.

) .- DECRETO QUE CREA UN ORGANISMO PUBLICO DESCENTRALIZADO
DENOMINADO INSTITUCION MEXICANA DE ASISTENCIA A LA NIÑEZ

El presente Decreto, entró en vigor tres días después de su publicación en el Diario Oficial, o sea el 22 del propio mes y año.

Del contenido de sus considerandos, podemos desprender lo siguiente: Por la conducta antisocial, enfermedad o prisión preventiva de los padres, y, aún por la propia orfandad de los menores o extravío, el Estado se vió en la necesidad de crear esta institución, para evitar el gran abandono en que se encuentran los -

futuros ciudadanos, se tiende a protegerlos en forma integral, es decir, creando casas de cuna, clínicas pediátricas, en las cuales se investigan las enfermedades propias de la niñez, preparando -- profesionistas para solucionar los problemas de la infancia.

Tiene por objeto, según el artículo 2o., lo siguiente:

a).- La operación de casas de cuna que tomen a su cargo la custodia temporal de niños hasta de cuatro años de edad abandonados en los casos de conducto antisocial, enfermedad o prisión de los padres, orfandad o extravío.

b).- El establecimiento, operación, vigilancia, patrocinio o ayudas de casas hogares, internados, asilos, hogares sustitutos y , en general, de instituciones dedicadas a la atención del menor abandonado.

c).- El establecimiento y operación de hospitales dedicados a la niñez.

d).- La organización de cursos y seminarios de capacitación para profesionistas, técnicos, trabajadores sociales, enfermeras, estudiantes y demás interesados en la protección del menor.

e).- La investigación tendiente a determinar las causas sociales de abandono de los menores, proponiendo a las autoridades competentes las soluciones a los problemas estudiados.

f).- La coordinación con instituciones públicas o privadas para disminuir los problemas de abandono, explotación e invalidez de menores.

Establece las bases para crear su propio patrimonio e indica que sus órganos de dirección y administración son El Patronato. El Presidente y el Director General, contando además con un Conse

jo técnico. Se estipulan las funciones de sus directivos.

El IMAN, no interfiere ni absorbe funciones que corresponden al INPI. La creación del IMAN obedece a la necesidad de atender exigencias de carácter social, que pueden ser atendidas por él, únicamente, ya que el IMAN, tiene funciones básicamente de administración, de unidades asistenciales, como son casas de cuna, hospitales infantiles, etc. Con ello, podemos observar que ni la IMAN realiza las funciones del INPI, ni éste las de aquél, sino que ambas trabajarán en forma coordinada para la solución de los problemas de la infancia (132)

Por acuerdo de fecha 25 de noviembre de 1968, publicado -- el 28 de noviembre de 1968, en el Diario Oficial; que autoriza el Instituto Nacional de Protección a la Infancia para que aporte la suma de \$152,487.000.00 de su patrimonio, al patrimonio de la Institución Mexicana de Asistencia a la Niñez, creada por decreto -- del 15 de Julio de 1968.

.- JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION SOBRE ASPECTOS FAMILIARES.

Arrendamiento, concepto de familia, para los efectos del Decreto de 24 de Diciembre de 1948, relativo a los contratos de. El Decreto de 24 de Diciembre de 1948, al referirse a "Familia"-- no lo hace en un sentido limitado en función de determinado grupo social que hace vida en común, que forma un hogar y habita bajo un mismo techo; sin embargo, debe tomarse en cuenta que en las --

(132).- Mendoza Quiroz, Felipe. Régimen tutelar de los menores en México, Tesis Profesional. México, 1969. Pag. 85.

propias tesis en las que se ha establecido dicho criterio interpretativo, se señala como requisito, para la presunción negativa de la cesión o del traspaso el que se trata de familiares que han venido habitando la localidad arrendada, desde época anterior al abandono por parte del titular del contrato.

Sexta Epoca, Cuarta Parte: Vol. XXI. Pág. 28 A.D. 2374/58.-
María Amezcua de Villazón y coagraviados. Unanimidad de 4 votos.

Arrendamiento, continuación del grupo familiar con el contrato de Decreto de 24 de Diciembre de 1948.- La afirmación que se haga en el sentido de que el Decreto de prórroga de arrendamientos y congelación de rentas, solamente es aplicable en favor del inquilino y de los miembros de su familia legítima, no corresponden a su correcta interpretación jurídica, toda vez que la disposición legal no tiene esa taxativa, pues indica, que se prorrogan por el ministerio de la Ley, sin alteración de ninguna de sus cláusulas, los contratos de arrendamiento destinadas exclusivamente a casas habitación que ocupa el inquilino y los miembros de su familia que viven con él. Claramente se entiende que se refiere, como familiares, a las personas que conviven con el inquilino en la casa arrendada; sean ascendientes, descendientes, legítimos o naturales, colaterales, esposos o concubinos, y la ley protege a unos y a otros, pues no puede desconocerse que hay entre nosotros una manera peculiar de formar la familia: al concubinato. Hasta ahora se habían quedado al margen de la ley los que en tal estado vivían, pero el legislador no debe cerrar los ojos, para no darse cuenta del modo de ser muy generalizado en algunas clases sociales, y por eso se reconoce que produce algunos efectos jurídicos-

y el concubinato, ya entiende los hijos, ya en favor de la concubina que al mismo tiempo que es madre, ha vivido por mucho tiempo con el jefe de la familia junto. Si bien se considera el matrimonio, como la forma legal y moral de constituir la familia, se conceden efectos al concubinato, porque se encuentra muy generalizado, y aunque no se apruebe ni fomente, el legislador no lo debe ignorar. No hay contrato de arrendamiento que quede fuera de la protección del Decreto de 24 de Diciembre de 1948, cuando el propietario de la finca logra celebrar, con el hijo de la inquilina en el anterior, y ambos han venido ocupándola desde la época de la celebración, del de ésta, porque madre e hijos son integrantes del grupo familiar y el Decreto citado rige para el inquilino y los miembros de su familia que viven con él.

Sexta Epoca, Cuarta Parte: Vol. LXX. Pág. 11 A. D. 8091/60
Angel Rebolledo Sánchez, Unanimidad de cuatro votos.

Hijos naturales, filiación de.- El estado civil se demuestra con las constancias del registro, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley, y si se trata de hijos naturales deben presentarse el acta de nacimiento, en el que conste que el interesado fué reconocido como hijo natural; el acta especial; con la confesión judicial; y el testamento en que aparece el reconocimiento, o bien la sentencia que hubiere declarado la paternidad, y si el interesado no presentó ninguno de dichos documentos, ni demuestra la existencia de algún fallo que declare la relación de parentesco en un juicio contradictorio, el juez, carece de bases legales para declarar aprobado el entroncamiento.

Amparo Directo 8431/65.- Mario Cesar Chávez Millikan.- 3--

de Julio de 1967. 5 votos.- Ponente: Rafael Rojina Villegas.

Patria potestad, su pérdida, Las distintas reglas que contiene el artículo 283 del código civil, señalan limitativamente-
cuales motivos de divorcio acarrear la pérdida de la patria potestad, y entre esos casos no figura la causa que prevé el artículo 268 del mismo código. El carácter limitativo de la enumeración que contiene el artículo 283 aludido se infiere su propio texto y de la circunstancia de que en él, se establece una excepción a la regla general sobre que la patria potestad se ejerce por los padres.

Consecuentemente, es indebido que a través de una interpretación extensiva a las causas que motivan la pérdida de la patria potestad conforme al artículo 283 del código civil, se agregue el motivo de divorcio que autoriza el artículo 268 del mismo ordenamiento.

La conclusión anterior no se invalida por argumentaciones en el sentido de que sólo las disposiciones del código 283 del código civil también debe aplicarse estrictamente cuando consigna una excepción a las reglas generales, según lo decreta el artículo 11 del código civil; y además, porque la norma civil debe interpretarse en los términos de la ley, sin poder ampliarla a otros casos cuando establece sanciones, que es el caso del artículo 283 del código civil.

Directo 2014/1954. Manuel Barbosa de Charles. Resuelto el 2 de Febrero de 1956, por unanimidad de votos. Ponente: el Sr. - Mtro. Medina. Srio. Lic. Carlos Reyes Galván. 3a. Sala. Boletín- 1956, pág. 157.

Concubina, acción de petición de herencia de la, para la mujer que vivió con el autor de la herencia, pueda ser declarada su heredera como concubina, es preciso que demuestre que vivió con el autor de la herencia, como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte ; No queda acreditado que la mujer viviera con el autor de la herencia, como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron a su muerte, si de las pruebas rendidas se ve que desde meses antes de la muerte del concubinato, terminaron las relaciones que aunque fueron singulares y permanentes en otra época, no perduraron hasta la muerte del autor de la sucesión, no pudiendo, por tanto, cumplirse el requisito que la ley exige, de la vida de la concubina con el concubinato, como si fuera su marido, durante los cinco inmediatos a su muerte.

Sobre el particular en caso análogo (Directo 2701/1953.-- Quintal Alfonso y coagraviados. Fallado el 17 de Junio de 1954.- Unanimidad de cinco votos), esta Suprema Corte de Justicia estableció que: la mujer con quién el autor de la herencia vivió como si fuera su marido durante los cinco años inmediatos a su muerte, tiene derecho a heredar en los mismos términos en que heredaría la cónyuge. De este precepto se desprende que para que exista tal concubinato se requiere, que un hombre y una mujer libres de matrimonio, convivan como si fueran esposos o sea que no se trate de un estado vago, indeterminado, sino preciso y terminante.

Y para que la concubina tenga derecho a heredar al concubinario, es menester que haya vivido (en habitación común y ho-

gar mismo) durante los últimos cinco años que precedieron inmediatamente a la muerte del de cujus, o bien que aunque no haya vivido durante dicho lapso de su unión hubiera hijos.

Directo 5730/150. Victoria Granada Ortíz. Resuelto el 3 de Julio de 1959, por Unanimidad de cinco votos, . Ponente el señor - Ministro. Ramírez Vazquez. Secretario Licenciado. Antonio Vazquez Contreras.

CONCLUSIONES

- 1.- La familia a partir del Derecho Romano, tiene su fundamento en el matrimonio y en el concubinato principalmente, dando así lugar a la familia legítima y a la natural respectivamente, pero matrimonio y concubinato son dos conceptos jurídicos que se van acercando cada vez más.
- 2.- Opino que debe reconocerse a la familia como una colectividad dotada de personalidad jurídica.
- 3.- El Estado debe intervenir para preservar a la familia de los conflictos a que se vea expuesta, y al efecto considerar al Derecho Familiar como expresión de una facultad tutelar, por medio de una Ley reglamentaria del artículo 130 Constitucional.
- 4.- Se hace necesario precisar el concepto de familia en nuestra legislación para poder interpretar correctamente los preceptos que en el Derecho Positivo a ella se refieren.
- 5.- Por familiares debe entenderse no sólo a los hijos sino también quienes dependen económicamente del jefe de la familia.
- 6.- El Código del Menor para el Estado de Guerrero, es a nuestro juicio, el primer intento formal que se realiza en el país, para proteger de una manera integral al menor, y de una indirecta a la familia. Consideramos que este ejemplo plausible, merece ser imitado creando el Código Familiar, que abarque todo lo relacionado a la familia.
- 7.- El criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación al concepto de familia, apoya nuestra proposición cuando señala que el Decreto de 24 de diciembre de 1948, al referirse a la familia, no lo hace en un sentido limitado en función de determinado grupo de parentesco, sino -- que designa como tal término al grupo social que hace vida en común, que forma un hogar y habita bajo un mismo techo..."
- 8.- Opino que se considere a la familia como un estado de vida -- permanente, creado por propia voluntad entre un hombre y una mujer, generador de derechos y obligaciones recíprocos y en relación a los hijos, y de éstos con aquellos. En un sentido más amplio, es el grupo social que haciendo vida en común, se les conoce cuando forman un hogar y públicamente de deben ayuda mutua, cooperación y respeto.

- 9.- Sugiero la necesidad de establecer una institución u organismo que a nivel nacional, se ocupe de coordinar las investigaciones sobre la familia, para proyectarlas en la sociedad, -- pues la familia mexicana carece de una orientación para adaptarse a los cambios sociales, ya que el grueso de nuestra población, se rige por una cultura arcaica, y la urbana es más o menos modernista.
- 10.- Sugiero que además de la creación de un ordenamiento jurídico que abarque todos los aspectos de la familia, se imparta como una nueva disciplina académica el Derecho Familiar.
- 11.- Sugiero la creación de un Código Familiar que abarque todos sus aspectos y la impartición del Derecho Familiar, como una nueva disciplina académica.

B I B L I O G R A F I A

- AGUILAR GUTIERREZ, ANTONIO
Y DERBEZ MURO, JULIO
- BACHOFEN, JOHANN JAKOB
- BONNECASE, JULIAN
- BRAVO GONZALEZ, AGUSTIN.
- BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO.
- BRUNNER, HEINRICH.
- CASTAN TOBEÑAS, J.
- CICU, ANTONIO
- DE LA CUEVA, MARIO
- DIAZ DE GUIJARRO, ENRIQUE.
- ENGELS, FEDERICO.
- ESPIN CANOVAS, DIEGO.
- ENNECERUS, KIPP y WOLFF.
- Panorama de la Legislación Civil de México. Imprenta Universitaria. México. 1960.
- Derecho Materno. Stuttgart. 1861.
- La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia. ed. José Ma. Cajica Jr. - Puebla. 1954.
- Lecciones de Derecho Privado Romano. ed. Bay Gráfica Ediciones, S. de R.L. Mécio. 1963.
- Derecho Procesal, Cárdenas Editor. México. 1969. Vol. I.
- Historia del Derecho Germánico. - ed. Labor, S.A. Barcelona. España. 1936.
- Derecho Civil Español. ed. Reus. 4a. ed. Madrid. Vol. I. T. I.
- El Derecho de Familia. Ediar Soc. Anón Editores. Bs. As. 1947.
- Derecho Mexicano del Trabajo. ed. Porrúa, S. A., México. 1966. T. I.
- Tratado de Derecho de Familia. - Tipografía Editora Argentina. -- Buenos Aires. 1959. T. I.
- El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado. ed. - Progreso.
- Derecho Civil Español. ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. - Vol. IV.
- Tratado de Derecho Civil. ed. -- Bosch. Barcelona. 1947. Tomo I.

- FERNANDEZ CLERIGO, LUIS. El Derecho de Familia en la legislación Comparada. Ed. Hispanoamericana, S. de R. L. México. 1947.
- FLORES BARROETA, BENJAMIN. Lecciones del Primer Curso.
- FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO. El Derecho Privado Romano. ed. Esfinge, S. A., México. 1960.
- GARCIA GRANADOS, RICARDO. La Constitución de 1857 y Leyes - de Reforma en México. ed. Edinal, S. de R. L., México. 1957.
- GARCIA MAYNES, EDUARDO. Introducción al Estudio del Derecho. Ed. Porrúa, S.A. México. 1956.
- MENDOZA QUIROZ, FELIPE Régimen Tutelar de los Menores en México. 1969.
- MESSINEO, FRANCISCO. Manual de Derecho Civil y Comercial. ed. Jurídica Europa-América Buenos Aires. 1959.
- LEÑERO OTERO, LUIS. Investigación de la Familia en México. ed. Gráfica Paramericana, - S. de R. L. México. 1968.
- MORGAN LEWIS, HENRY. Sistemas de Consanguinidad y afinidad. Londres. 1871.
- ORTIZ URQUIDI, RAUL. Matrimonio por Comportamiento. -- Stylo. México. 1955.
- PLANIOL MARCEL. Tratado Elemental de Derecho Civil. ed. José M. Cajica J., Puebla, México. Vol. III.
- PRECIADO HERNANDEZ, RAFAEL. Lecciones de Filosofía del Derecho. Ed. Jus. México. 1960.
- RECASENS SICHEZ, LUIS. Tratado General de Sociología, ed. Porrúa, S.A. México. 1948.
- RUGIERO, ROBERTO DE. Instituciones de Derecho Civil. - ed. Reus. Madrid. 1944. T.I, Vol. I, II.

SOTO GORDOA, IGNACIO.

Introducción al Estudio del Derecho Civil. México. 1961. T. I.

TENA RAMIREZ, FELIPE.

Leyes Fundamentales de México 1008 1964. ed. Porrúa, S. A. México, -- 1964.

VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO.

Tratado de Derecho Civil Español.- Ed. Talleres Tipograficos Cuesta. Valladolid. España. 1921 T. I. y - IV.

L E G I S L A C I O N .

CODIGO CIVIL DEL DISTRITO, EL DE 1870.

Lozano José María, Ordenado en forma de diccionario. Imprenta del Comercio.

CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL DE 1884.

Mateos Alarcón Manuel, Concordado y Anotado. T. I. México.- 1904.

CODIGO DEL MENOR PARA EL ESTADO DE GUERRERO.

Periódico oficial del Gobierno del Estado de Guerrero del 10- de Octubre de 1956.

CONSTITUCION POLITICA.

Ed. Porrúa, S. A. México 1962.

DECRETO QUE CREA UN ORGANISMO PUBLICO DESCENTRALIZADO DENOMINADO INSTITUCION MEXICANA DE ASISTENCIA A LA NIÑEZ.

Diario Oficial. Organó del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, México co. 19 de agosto de 1968. Tomo CCLXXXIX. No. 43.

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.

Apéndice del Semanario Judicial de la Federación de 1917- a 1965. Cuarta P. Tercera Sala. Imprenta Murguía. México 1965.

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION

Semanario Judicial de la Federación. Sexta Epoca. Vol. CXXI. Julio de 1967. Cuarta Parte. - Ejecutorias de la Tercera Sala. México. 1967.

LEY DEL DIVORCIO DE 1914.

Periódico Oficial. Organó del Gobierno Preconstitucional del Estado de Oaxaca. Diciembre 4 - de 1915.

LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

Andrade Manuel. Información Aduanera de México, S.A. México. 1959.