

881309



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

CAMPUS ESTADO DE MEXICO
INCORPORADA A LA U. N. A. M.
CON EL NUMERO 881309

17
20/

**"DE LA DICOTOMIA, JURIDICIDAD Y
UBICACION DEL DERECHO FAMILIAR
EN EL CAMPO JURIDICO"**

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
EDUARDO RANGEL FIGUEROA

Director de Tesis: Lic. Miguel Angel Acosta Aharcia
Revisor de Tesis Lic. Agustín Chávez Torrijos

**TESIS CON
FALLA DE CRGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



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 está 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.

DE LA DICOTOMIA, JURIDICIDAD Y UBICACION DEL
DERECHO FAMILIAR EN EL CAMPO JURIDICO*.

I N D I C E

INTRODUCCION..... I

C A P I T U L O I

ORIGEN Y EVOLUCION DE LA FAMILIA

| | | |
|-----|---|----|
| 1.- | Teoría de Henry Lewis Morgan..... | 1 |
| 2.- | El Salvajismo en sus diversos estadios..... | 2 |
| | A.) Salvajismo en su estadio inferior..... | 2 |
| | B.) Salvajismo en su estadio medio..... | 2 |
| | C.) Salvajismo en su estadio superior..... | 3 |
| 3.- | De la Barbarie y sus diversos estadios..... | 4 |
| | A.) Barbarie en su estadio inferior..... | 4 |
| | B.) Barbarie en su estadio medio..... | 4 |
| | C.) Barbarie en su estadio superior..... | 4 |
| 4.- | Organización de la Familia desde sus orígenes - hasta nuestros días..... | 5 |
| | A.) Generalidades..... | 5 |
| | B.) La Promiscuidad absoluta..... | 6 |
| | C.) La Promiscuidad relativa..... | 6 |
| | D.) Nuevas Familias o Matrimonio por grupos.... | 7 |
| | D.1) Familia Consanguínea..... | 7 |
| | D.2) Familia Punalúa..... | 8 |
| | D.3) Familia Sindiásmica..... | 9 |
| | D.4) Familia Monogámica..... | 11 |
| 5.- | Conclusiones genéricas..... | 13 |

C A P I T U L O I I

LA FAMILIA ESTUDIADA DESDE DIVERSAS CULTURAS

| | | |
|------|---|----|
| 6.- | Bosquejo de la Familia y del Derecho Familiar | 15 |
| | Precolonial en la triple Alianza..... | 15 |
| | A.) Importancia del Derecho Familiar Precolo | 15 |
| | nial..... | 15 |
| | B.) Fuentes del Derecho Prehispánico..... | 15 |
| | C.) Organización Familiar..... | 16 |
| | C.1) El Matrimonio..... | 16 |
| | C.2) El Divorcio..... | 20 |
| | C.3) Patria Potestad..... | 20 |
| | C.4) Educación..... | 22 |
| | C.5) Sucesiones..... | 23 |
| 7.- | Familia Griega..... | 25 |
| | A.) Esparta..... | 25 |
| | B.) Atenas..... | 27 |
| 8.- | Egipto..... | 29 |
| 9.- | Asiria..... | 31 |
| 10.- | China..... | 32 |
| 11.- | Babilonia..... | 33 |
| 12.- | Roma..... | 34 |
| | A.) Generalidades..... | 34 |
| | B.) De las Clases Sociales en Roma..... | 34 |
| | C.) De la Familia Romana en sus dos Sentidos..... | 35 |
| | D.) Del Parentesco..... | 35 |
| | E.) De la Potestad..... | 36 |

| | |
|--|----|
| F.) De la Justae Nuptiae..... | 37 |
| F.1) In Manus..... | 37 |
| F.2) Sine Manus..... | 37 |
| G.) De la disolución de la Justae Nuptiae..... | 37 |
| G.1) Por Muerte..... | 37 |
| G.2) Por esclavitud..... | 38 |
| G.3) Por divorcio..... | 38 |
| H.) Del Concubinato..... | 38 |
| I.) Matrimonio Sinne Connubio..... | 39 |
| 13.- Conclusiones..... | 39 |

C A P I T U L O I I I

LA FAMILIA ESTUDIADA DESDE DIVERSAS POSICIONES MULTIDISCIPLINARIAS AFINES AL DERECHO.

| | |
|--|----|
| 14.- Generalidades del Capítulo..... | 41 |
| 15.- La Familia desde el punto de vista Sociológico | 41 |
| A.) Naturaleza y Cultura de la organización Familiar..... | 41 |
| B.) La Familia como Institución organizativa y Cultural..... | 42 |
| C.) Cualidades generales de la Familia..... | 43 |
| D.) Las funciones que ha ejercido la Familia... | 44 |
| E.) De las funciones que sigue ejerciendo la Familia..... | 45 |
| F.) Familia Monógama extensa y restringida..... | 46 |
| 16.- La Familia desde el punto de vista Etico-Moral | 47 |
| 17.- La Familia desde el punto de vista Económico... | 50 |

| | | |
|------|-------------------|----|
| 18.- | Conclusiones..... | 52 |
|------|-------------------|----|

C A P I T U L O I V

NATURALEZA JURIDICA Y JURIDICIDAD DEL DERECHO FAMILIAR

| | | |
|------|---|----|
| 19.- | Concepto de la acepción "Naturaleza Jurídica". | 54 |
| | A.) Naturaleza..... | 54 |
| 20.- | Teoría de la Naturaleza en Relación..... | 56 |
| 21.- | Teoría Kelsiana..... | 56 |
| 22.- | Teoría Romana..... | 58 |
| 23.- | Consideraciones, Principios y Posturas relativas a la autonomía y Naturaleza Jurídica del Derecho Familiar..... | 61 |
| | A.) La Teoría de Antonio Cicú y algunos Principios Jurídicos que podemos desprender de la misma..... | 61 |
| | B.) Teoría de la Autonomía de la voluntad en el Derecho Familiar como Función Social según Barrasi..... | 65 |
| | C.) Postura de Diaz de Guijarro en relación a la ubicación del Derecho Familiar dentro del Privado..... | 68 |
| | D.) Consideraciones Características del Derecho Público, Privado y Familiar..... | 71 |
| | E.) Tesis de Chavez Asencio acerca de la Naturaleza Jurídica del Derecho Familiar..... | 72 |
| | F.) Posición de Sara Montero Duhalt en relación con la ubicación del Derecho Familiar en el campo Jurídico..... | 73 |

| | | |
|------|--|----|
| G.) | Afirmación del Maestro Trueba Urbina de que el Derecho Familiar pertenece al Derecho Social.... | 74 |
| H.) | Clasificación del Derecho según Briseño Sierra y algunas consideraciones en relación con el - Derecho de Familia..... | 75 |
| I.) | Tesis de la Doctora Maria Teresa Rodríguez y - Rodríguez en cuanto a la ubicación del Derecho Familiar como rama del Derecho Social..... | 77 |
| J.) | Teoría de Roberto de Ruggiero en relación a la Autonomía del Derecho Familiar..... | 80 |
| J.1) | Principios Jurídicos del Derecho Privado - no aplicables al Derecho Familiar..... | 82 |
| K.) | Teoría de Guillermo Cabanellas como postura - determinante acerca de la autonomía del Derecho Social y su aplicación en el Derecho Familiar..... | 84 |
| K.1) | Criterio Legislativo..... | 84 |
| K.2) | Criterio Didáctico..... | 85 |
| K.3) | Criterio Científico..... | 85 |
| K.4) | Criterio Jurisdiccional..... | 86 |
| 24.- | Conclusiones Generales de Nuestro Estudio..... | 87 |
| 25.- | Bibliografía y Legislación Consultada..... | 92 |

I N T R O D U C C I O N

El presente esboza un t6pico de actualidad por siempre, trata en un sentido g6nerico de la tem6tica de esa -- organizaci6n fundamental base de la sociedad, es decir, de la familia, partiendo por requerirlo as6, de un estudio de -- car6cter hist6rico, mismo que inicia desde el salvajismo -- en su estadio inferior hasta la civilizaci6n. A su vez, el nexo que une a ambas es el relativo al de la promiscuidad absoluta a la relativa, y por ende, tambi6n comprende un -- bosquejo referente a lo que era el matriarcado y el patriarcado como efecto sucesivo del anterior estadio. El objeto -- de tal, es con el fin de dar a conocer el c6mo la familia -- siempre se ha transformado de una forma inferior a una superior, lo cual nos hace presumir por l6gica que, si esta -- organizaci6n se encuentra en una constante din6mica evolutiva, por lo tanto, debe guardar un paralelismo el derecho -- para con aqu6lla, puesto que es en la familia donde descansan todos los principios transformistas de la sociedad.

Igualmente en un sentido general, tratamos de estudiar a dicha organizaci6n desde diversos puntos de vista multidisciplinarios, dado a que el derecho es una ciencia que -- comprende dis6miles actividades del hombre, tales como la -- econom6a, la sociolog6a y en efecto el aspecto 6tico, el -- cual, es el elemento determinante en 6sta.

Estas ciencias correlacionadas con el derecho, las -- analizamos partiendo de las caracter6sticas que guardan -- con el "Derecho Familiar", ya que como se ver6, la familia-

ha sido factor determinante de todo el orbe social, así como base de antagonismos que hace que surgan nuevas sociedades. Vemos el cómo desde el punto de vista sociológico, tal organización ha sido ejemplo para que el Estado retome tanto estructural como funcionalmente diversos elementos de aquélla, así por ejemplo, retoma el aspecto tutelar, educativo, altruista, político, etc...

En un sentido económico se vió que tal actividad fue únicamente, en un principio, la premisa que ordenaba los cambios y bases a seguir en la organización familiar, ya que hizo que ésta empezare a organizarse y a dividirse el trabajo, empero, al evolucionar este núcleo transmutó sus valores completamente, así lo ético retoma el primer factor determinante en la familia; en este sentido, se observa que es ya más humana y menos material.

Actualmente el hecho ético es base que retoma nuestra disciplina familiar, dado a que como creadora y reguladora de orden, trae intrínsecamente principios que son necesarios para hacer la vida más gregaria y llevadera.

Posteriormente en el tema toral del presente, abarca el estudio de lo que es la dicotomía del derecho, es decir, la postura clásica de lo jurídico, los géneros que esta ciencia considera como base de las ramas jurídicas, donde establecen como únicos, al derecho público y al privado, lo cual, en el estudio que hacemos demostramos lo contrario, dado a que ambos géneros, fueron en su momento histórico la premisa del derecho, sin embargo, nuestra ciencia por ser dinámica es cambiante; basta con ver los cambios que empezó a tener nuestra ciencia a partir de las ideas liberales del siglo pasado, donde al cambiar la estructura de aquélla, cam-

bió la superestructura de ésta, haciendo surgir un nuevo derecho, "El Derecho Social".

A pesar de dichas transformaciones, nuestra materia familiar la han tenido en cierto modo estática, esto, por las ideas conservadoras y retrógradas de los que afirman que el derecho familiar es rama del derecho privado y -- la encuadran dentro de la disciplina civil. Por eso, en el último capítulo de nuestro estudio, hablamos de lo que se necesita tanto doctrinal y prácticamente para que un -- conocimiento pueda considerarse como género, comprendiendo a su vez, lo que es la juridicidad y naturaleza jurídica, a fin de llegar a una conclusión científica de que el derecho familiar no es público, privado ni social, sino que -- conforma un nuevo género jurídico en el campo de nuestra ciencia en general.

"DE LA DICOTOMIA, JURIDICIDAD Y UBICACION
DEL DERECHO FAMILIAR EN EL CAMPO JURIDICO".

C A P I T U L O I

ORIGEN Y EVOLUCION DE LA FAMILIA

1.- Teoría de Henry Lewis Morgan.

Morgan en su obra y trabajo fundamental: "La sociedad antigua (1877)", crea la base de lo más firme y científico hasta nuestros días de los orígenes y evolución de lo que es la familia, apoyo del cual se sirve el traductista Federico Engels para publicar su obra titulada "El origen de la familia, la propiedad privada y el estado"; que no es más que una síntesis y reafirmación de los estudios elaborados por Morgan.

Ahora bien, en base a la obra de Engels, nos basaremos para introducir el desarrollo histórico que ha venido dándose en esa organización primaria, puesto que es hasta hoy lo más cierto a tratar en relación al tema de referencia.

Pues bien, de acuerdo a Morgan es necesidad ver la siguiente clasificación histórica, que de acuerdo a la mayoría de los estudiosos de esa disciplina, permanecerá sin duda en vigor hasta que una riqueza de datos mucho más considerable no obligue a modificarla.

Del salvajismo, barbarie y civilización, épocas principales de su teoría, subdivide a cada una de éstas, naturalmente las dos primeras, en estadios: inferior, medio y superior, pasando de un estadio a otro según los adelantos obtenidos en la producción de los medios de existencia.

En forma de bosquejo pasaremos a ver la clasificación señalada:

2.- El salvajismo en sus diversos estadios.

A.) Salvajismo en su estadio inferior.-este estadio es el considerado como el de la infancia del género humano, en el que, el hombre en un proceso de adaptación natural al medio, permanecía y vivía de manera relativa y parcial en los árboles; de lo cual Morgan nos señala que es la única tesis o explicación que hay en relación para entender que el hombre siguiera vivo en ese ambiente entre las fieras salvajes. Se señala que de los medios de subsistencia alimenticias, entre sí fueron principalmente, los frutos y las raíces.

Y como toda época o proceso de la historia del hombre va aparejado consigo un adelanto, o bien, un mínimo de evolución, el humano desarrolla en este período la formación del lenguaje articulado.

Natural es que, este desenvolvimiento fue el más trascendental, ya que constituyó el medio más vital que hasta nuestros días nos rige, y si no el más importante sí el más necesario para mantener la estabilidad familiar, el cual ya desarrollado pasa a ser: "la comunicación".

B.) El salvajismo en su estadio medio.-El hombre que era ya nómada, estableciéndose de una manera provisional en ciertos lugares, con el objeto de ir satisfaciendo sus necesidades primarias, descubre el fuego.

Del mismo modo, empezó a emplear al fuego en su alimentación con el pescado. Lógico es que ambos se complementaban, ya que el pescado servía de alimento gracias al fuego.

A este estadio es donde corresponde que el hombre se empieza a organizar aunque de manera muy mínima, ya que poco a poco empieza a hacer colectivas todas las necesidades y problemas que tenía que ir afrontando, así por ejemplo, consecuencia de la lucha contra las fieras salvajes -para lograr la supervivencia- trajo como resultado que el humano inventará sus primeras armas: la maza y la lanza.

Paralelamente a la invención de esas armas, el hombre empieza a desarrollar la actividad de la caza, que si bien es cierto suplió de una manera a la pesca, no la suple totalmente, por tanto, no hace de la caza una actividad exclusiva. Por esta razón se puede deducir que no había pueblos exclusivamente cazadores o pescadores, sino que al paso que creaban una actividad, no la suplían por la otra, de tal suerte que como es lógico las complementaban, surgiendo así, paulatinamente la división del trabajo.

C.) Salvajismo en su estadio superior.- Dadas las necesidades que tenía que cubrir, desarrolla a lo más, su capacidad racional, comenzando con la invención del arco y la flecha, con los cuales progresa en la dicha actividad de la caza, haciendo por lo tanto cada vez de ésta, una de las ocupaciones más cotidianas.

Es aquí donde también pertenecen los primeros -
indicios de residencia fija en aldeas, el tejido a -
mano (sin telar), y surgen los primeros instrumentos -
de piedra pulimentada.

El hecho de que en este estadio se den ciertas -
calidades de residencia, no quiere decir que luciera -
el sedentarismo ya, puesto que el hombre aún seguía -
nómada.

3.- De la barbarie y sus diversos estadios.

A.) Barbarie en su estadio inferior.-El hombre que
seguía peregrinando (nómada), se sigue sosteniendo de la
pesca, la caza y el tejido a mano, sin embargo empieza a
desarrollar la actividad de la alfarería y el arte -
creando así las primeras vasijas.

Con él mismo, surge otra actividad: la cestería que
consistía en crear utensilios tejidos con mimbres de -
cañas flexibles. (aclarando que esta actividad es ya el
desarrollo del tejido a mano que se señala en el esta-
dio superior del salvajismo)

B.) Barbarie en su estadio medio.-Esta fase de la
barbarie se caracterizó por la domesticación y cría de
animales, así como en el cultivo de plantas.

C.) Barbarie en su estadio superior.-En el nexo de
tiempo entre el estadio medio y éste, las actividades -
citadas en éste se desarrollaron en este mismo, es decir,
ocasionó que surgiera en su totalidad el sedentarismo,

ya que de los viveres obtenidos de la ganadería, la agricultura, la caza y de la pesca, ya no se consumían en el día en que se conseguían, pudiéndose guardar en parte, mismos que les servían para bastantes semanas.

El hombre sedentario altera naturalmente a casi todas de las antiguas costumbres y formas de vida, de entre esos cambios podemos señalar:

-Aumenta la población

-Surge la división del trabajo; ya que de las diversas actividades a practicar, obligan al hombre a que divida las labores para especializarlo en un oficio, dándose por ende, la acumulación de excedentes de la producción.

-se forman las primeras castas y clases sociales; esto porque al realizar el trabajo, los jefes de cada tribu o clan no permitían que sus parientes trabajasen en actividades pesadas, peligrosas y difíciles, amén que por resultado surge la esclavitud.

-otro cambio lo sufrió la propiedad, que de haber sido común, luego familiar, pasa a ser privada.

Con el adelanto de las actividades señaladas y con la creación de la escritura alfabética da inició la etapa de la civilización.

4.- Organización de la familia desde sus orígenes hasta nuestros días.

A.) Generalidades.- Debemos señalar que de acuerdo con la tesis de Morgan, la familia durante su paso en la tierra, ha ido evolucionado de formas inferiores a -

superiores de vida; indiscutiblemente la familia es la institución social más antigua que se recuerde en la historia del hombre, y siguiendo la postura señalada, la familia tuvo la siguiente evolución:

B.) La promiscuidad absoluta.- Engels llega a la conclusión de que ésta existió en un estadio primitivo, en el que se daba el comercio sexual, donde cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres.

Se observa que el ayuntamiento carnal entre el hombre y la mujer, se daba incluso por obligación sin importar el parentesco que pudieran tener. El motivo de tal exigencia se debía al interés de aumentar la población.

También se distinguen dos estados de unión, tales como: -La poliandria; que es el estado de la mujer que se encuentra casada o vinculada simultáneamente con dos o más hombres.

-La poligamia; que es el estado del hombre que tiene a un mismo tiempo muchas mujeres.

Este estado primitivo dejó de ser tal, debido a las taras hereditarias y los defectos congénitos que se fueron dando como resultado de la cópula entre los parientes más cercanos como los padres con sus hijos, o los hermanos entre sí.

C.) La promiscuidad relativa.- El término de la promiscuidad absoluta trajo como resultado el nacimiento de la promiscuidad relativa y con ésta surge la institución del matrimonio en su especie de matrimonios

por grupos, a través del cual se empezó a establecer -- ciertos avances en materia familiar. Por lo que se procedió a establecer prohibiciones para la realización -- de la cópula, primero entre los parientes más cercanos y después con los más lejanos.

D.) Nuevas Familias o matrimonios por grupos.- pasaremos a ver los diversos tipos de familias que se establecieron, siguiendo naturalmente el orden en que se -- daban:

D.1) Familia Consanguínea; los grupos conyugales -- se clasifican en generaciones: todos los abuelos y las abuelas son el límite de la familia. Es así como estas cuatro personas conforman entre sí esposas y esposos -- comunes, y así los hijos de sus hijos (nietos) conforman la siguiente generación de esposas y maridos comunes.

Con el objeto de hacer más claro lo antes dicho -- cabe señalar que: "Los hermanos y hermanas, primos y -- primas en primero, segundo y restantes grados son todos ellos entre sí hermanos y hermanas y por ello mismo -- todos ellos maridos y mujeres unos de otros. La familia consanguínea ha desaparecido. Ni aún en los pueblos más salvajes de que habla la historia presentan algún ejem -- plo indudable de ella. Pero lo que nos obliga a que debió existir, es el sistema de parentesco hawaiano que -- aún reina en toda la polinesia".(1)

Por tanto en esta forma de matrimonio o familia, los ascendientes y descendientes, es decir, los padres y los hijos de éstos son los que quedan excluidos ya de la cópula.

(1) Engels, Federico. "El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado". Edit. Progreso. México 1970. p. 30

D.2) Familia Punalúa; Además de prohibir el comercio sexual entre padres e hijos recíprocamente, se excluyó también la cópula entre los hermanos, es así como se observa un doble avance. Este segundo adelanto establece Engels: "Se realizó poco a poco, comenzando, probablemente por la exclusión de los hermanos uterinos (es decir, por parte de la madre), al principio en casos aislados, y luego, gradualmente, como regla general, y acabando por la prohibición del matrimonio hasta entre hermanos que eran colaterales (según nuestros actuales nombres del parentesco)". (2)

En esta forma de familias se constituían por uno o varios grupos de hermanos formando un núcleo, y uno o varios grupos de hermanas que conformaban la otra parte del grupo, formando así la familia.

También se veía como cierto número de hermanos carnales más lejanos (primos en primer, segundo y demás grados), eran mujeres comunes de sus maridos comunes, esos maridos se llamaban entre sí punalúa.

Este núcleo de hermanos o hermanas que conformaban la tribu o gens, llegada a la edad de matrimonio era menester salir de ésta (la de los hermanos) para ir en busca de una esposa, y así la esposa de éste pasaba a ser esposa común de todos los hermanos del mismo que la había elegido; así también el que la había elegido, pasa a ser marido de las hermanas de ésta. Ya no se llaman hermanos o hermanas, sino "punalúa" (socio).

(2) Engels, Federico. Loc. cit. p. 83

Como se ha observado, resultaba prácticamente casi imposible determinar la paternidad de una criatura nacida en esas circunstancias, y aún cuando todos ellos eran considerados como hijos de todas las madres, es lógico que existió un vínculo diverso entre la madre uterina y su propio hijo. Podemos ver que aquí predomina el derecho materno, es decir el matriarcado, donde la filiación era vía materna exclusivamente.

D.3) Familia sindiásmica; No es sabido de manera precisa si ya en el matrimonio por grupos, o es antes donde se iba formando las parejas conyugales que llevasen una vida común más o menos duradera; donde el hombre tuviese una mujer principal, viviendo con ella de una manera temporal, pero conservando el derecho a la poligamia. Así la mujer tenía la obligación de serle fiel a su hombre, so pena de sufrir diversos tipos de castigos.

Este tipo de familia fue surgiendo debido a que cada vez y con mayor frecuencia, se prohibía el matrimonio entre hermanos y hermanas, excluyendo primeramente a los hermanos consanguíneos, luego a los parientes más cercanos y por último a los más lejanos, claro que se hizo imposible ya el matrimonio por grupos.

Al respecto Engels hace mención que: "La selección natural continúa obrando en esta exclusión cada vez más extendida de los parientes consanguíneos del lazo conyugal". (3)

(3) Ibidem.

Por su parte Morgan dice: "El matrimonio entre -- gens no consanguíneas engendra una raza más fuerte, -- tanto en los aspectos físico como en el mental; mezclá -- banse dos tribus avanzadas, y los nuevos cráneos y ce -- rebros crecían naturalmente hasta que comprendían las capacidades de ambas tribus"(4).

La cuna de origen de la familia sindiásmica se -- da' en el estadio superior del salvajismo y empieza a decaer en el estadio superior de la barbarie.

Cabe señalar que los términos aludidos los mane -- jamos en un sentido general, y, que algunas culturas, -- gens o poblaciones se desarrollaban unas más rápidas -- que otras.

De los tantos cambios que se observan, fue el -- surgimiento del raptó y la compra de mujeres, como con -- secuencia de que las mismas empezaban a escasear para el hombre debido a tantas prohibiciones que daban ya para las uniones sexuales.

Cambios económicos se dan aunados a la familia -- sindiásmica, puesto que es en esta época donde el ser humano empieza a domesticar el ganado, y por ende, la -- propiedad que en un principio había sido de la gens, -- paulatinamente pasa a la administración de una sola.

Actividades que en los estadios anteriores eran -- primordiales para la sobrevivencia, pasan a constituir en éste un lujo, dado a que son suplidos por la cría de ganado y la siembra.

(4)Ibidem.

El hombre en este período de cambios, se reserva el derecho a la poligamia, así como que la filiación - empieza a darse en vía paterna, por resultado, se dá la sucesión vía materna o paterna. Vinculado a esto, el fenómeno del matriarcado comienza a ser substituido por el patriarcado.

D.4) Familia monogámica; Nace de la transición - entre el estadio medio y superior de la barbarie, el cual se constituye plenamente en la civilización naciente.

El matrimonio monogámico, es ya mucho más sólido que el sindiásmico, ya que en un principio, no podía -- ser disuelto por cualquiera de las partes. Después, el hombre en el patriarcado, es el único que puede disolver los lazos conyugales, o bien repudiar a su esposa.

Si bien es cierto que la monogamia se compone de la unión de un solo hombre y una sola mujer, también lo es que cuando inicia esta figura, sólo se daba única y exclusivamente en la mujer.

Es bien lo selecto por Engels cuando nos dice: "Fue la primera forma de familia que no se basaba en condiciones naturales, sino económicas, y concretamente en el triunfo de la propiedad privada sobre la propiedad común primitiva, originada espontáneamente. Preponderancia del hombre en la familia y procreación de hijos que -- sólo pudiesen ser de él y destinados a heredarle: tales fueron, abiertamente proclamados por los griegos, los - únicos objetivos de la monogamia. (5)

(5) Ibidem.

Las condiciones económicas mencionadas, fueron a nuestro parecer supliéndose por circunstancias más altruistas y amorosas, puesto que de un derecho privado que surge por las mismas razones, es poco a poco, en -- cierto modo, suplido por el nacimiento del derecho -- social, el cual se basa en aspectos un poco más humanos que patrimoniales. Vemos cómo la monogamia se transmuta de valor económico a un valor moral, puesto que -- actualmente la mayoría de los países más civilizados adoptan este valor, haciéndolo objetivo en sus leyes - familiares, relacionadas claro, con el matrimonio como institución jurídica.

Para terminar de hablar del presente, es importante transcribir la siguiente cita de Morgan: "si se reconoce el hecho de que la familia ha atravesado sucesivamente por cuatro formas y se encuentra en la quinta actualmente, plantéase la cuestión de saber si esta forma puede ser duradera en lo futuro. Lo único que puede responderse es que debe progresar a medida que progresa la - sociedad; que debe modificarse a medida en que se modifique la sociedad; lo mismo que ha sucedido antes. Es - producto del sistema social y reflejará su estado de - cultura. Habiéndose mejorado la familia monogámica - desde los comienzos de la civilización, y de una manera muy notable en los tiempos modernos, lícito es, por lo - menos, suponerla capaz de seguirse perfeccionándose - hasta que llegue a la igualdad entre los dos sexos".(6)

(6) Ibidem.

5.- Conclusiones genéricas.

Consideramos que los primeros elementos que hicieron posible la integración social del hombre, se debieron a circunstancias principalmente económicas.

Así vemos que en el salvajismo en su estadio medio, es cuando el hombre comienza a tener un mínimo de organización, dado a que las necesidades individuales - las va transformando en colectivas, esto por supuesto, para facilitar la obtención de satisfactores.

En este estudio es a la mujer a quien corresponde el papel de formar y educar a sus descendientes, - así también era ella a quien correspondía el papel de agente productor económico, ya que se dedicaba a la conservación del fuego, recolección y preparación de los alimentos etc... además de transmitir tales labores a sus hijos.

Cuando el hombre pasa al sedentarismo la familia sufre un cambio transformándose en patriarcal. La educación de los hijos era ya pues integral, es decir, - ésta le correspondía a los miembros (en su totalidad) de la familia.

Vemos cómo la familia empieza a ser un núcleo de producción, pero además, un centro religioso, político y social, pudiéndonos percatar que el elemento económico pasa a ser un medio más no un fin en la familia misma, ya que como se dijo antes, el hombre se empieza a ocupar más por factores sociales, educacionales, políticos y religiosos.

Se observa cómo el elemento social es una condición propiamente más moral que económica del hombre, - y por ende, lo es más aún el factor familiar, ya que el resultado de éstas da origen a las otras.

El hombre como realidad social crea formas de vida común, con una coexistencia de razón, valor y libertad, - formándose el hombre mismo, en primer lugar, en el seno de su familia, lo cual nos indica que todo pueblo es - resultado de la formación integral familiar.

Estimemos que es muy importante que el Estado le otorge el valor que ésta merece, puesto que la familia como interventora de los procesos y desarrollos sociales, es por tanto, la determinante de que los pueblos - progresen.

C A P I T U L O II

LA FAMILIA ESTUDIADA DESDE DIVERSAS CULTURAS

6.- Bosquejo de la familia y del derecho familiar precolonial en la triple alianza.

A.) Importancia del derecho familiar precolonial.-

Consideramos necesario incluir en el desarrollo, de este capítulo el presente tema, ya que es evidente que para llegar a percatarse de lo que es un determinado orden o género jurídico, es menester estudiar sus orígenes históricos, puesto que el derecho como fenómeno social, es la expresión cultural de un pueblo que se va transformando al igual del mismo que lo creó.

Me he basado en los reinos más civilizados y fuertes que existían cuando llegó el pueblo español a conquistar el nuevo continente, esos reinos eran los de : México, Texcoco y Tacuba, además de ser las culturas -- más representativas de la precolonia, dado que por su poderío y como nos señala Manuel Orozco: "Las leyes -- que regían a los reinos de la triple alianza hizo que fuesen bien pronto imitadas por la mayoría de todos -- los pueblos sometidos"(7), es lo que las hace las más trascendentales e importantes para tomarlas como el principal punto de referencia, para así hablar de sus fuentes jurídicas y su organización familiar.

B.) Fuentes del derecho prehispánico.- La fuente -- más importante de todo orden jurídico lo es la ley, -- y ésta, en nuestro derecho mexicano como cuerpo de -- leyes, empieza con la primera cédula real dictada por --

(7) Manuel Orozco y Berra, "Historia antigua de la Conquista de México", México, T.I. p. 368, 1b50.

el gobierno de las Indias. Empero, las fuentes principales de los reinos de la triple alianza las constituían la costumbre y las resoluciones dictadas por los reyes o los jueces. "Los reyes y los jueces eran los legisladores; unos y otros al castigar algún delito o al fallo en algún negocio, sentaban una especie de jurisprudencia, pues el castigo en materia penal se tenía como un antecedente ejemplar que era repetido más tarde en iguales circunstancias y el fallo en cuestiones civiles, como una ley que se observaba fielmente en posteriores ocasiones. Estas resoluciones eran acorde al sentimiento moral del pueblo, siendo este derecho consuetudinario"(8)

C.) Organización familiar. - Para un mejor panorama de ésta, nos referiremos a diversas instituciones en materia familiar tales como: el matrimonio, el divorcio, la patria potestad, la educación y las sucesiones.

c.1) El matrimonio; La base familiar al igual que en otras culturas la constituía el matrimonio, siendo éste un acto estrictamente ritual y religioso, el cual carecía de validez cuando no se llevaba a cabo con las formalidades y ceremonias que exigía la costumbre en el ritual.

En las solemnidades del acto únicamente intervienen los parientes más cercanos y los amigos más íntimos de los contrayentes, sin poder tener injerencia en la ceremonia ni los representantes del poder público, ni los mismos sacerdotes o ministros.

(8) Mondieta y Nuñez, Lucio. "El Derecho Precolonial". Editorial Porrúa. México 1976. p.63

Fray Bernardino de Sahagún nos narra: "Cuando un mancebo llegaba a la edad de contraerlo, se reunían sus padres y parientes para confirmar el hecho, e inmediatamente lo comunicaban a los maestros del mancebo, a los que se les ofrecía una comida, y además una hacha para obtener su conformidad"(9).

Después de la ceremonia, los padres y parientes del futuro cónyuge (varón) se reunían nuevamente para llegar a un acuerdo de saber quién debería de ser la futura esposa del mancebo, acordado lo anterior, le pagaban a ciertas señoras de edad, cuyo oficio era intervenir en su mayor parte de los casamientos, para que fuesen a pedir a la elegida en nombre de los parientes del mancebo.

Estas intermediarias pedían a la elegida a sus padres, y éstos se excusaban varias veces hasta que por fin accedían después de consultar el caso con los parientes, en una reunión que hacían al efecto. "El día de la ceremonia los padres, parientes, maestros e invitados de los contrayentes, celebraban una fiesta en casa de la novia, en la cual les ofrecían delante del fuego diversos regalos. En la tarde de ese día, bañaban a la novia y a su vez lavábanle los cabellos y componían los brazos y piernas con plumas coloradas y poníanle en el rostro margaritas pegadas, posteriormente, la sentaban fuera de su hogar en un petate, donde pasaban a saludarla y a darle consejos - los sabios del mozo".(10)

(9) De Ibarrola, Antonio. "Derecho de Familia". Editorial-Porrúa. México 1981. p.95

(10) Lendieta y Nuñez, Lucio. Loc. cit. p.92

A la puesta del sol, llegaban los parientes del novio acompañados de señoras honradas; la novia se arrodillaba sobre una manta grande, tomándola a costas, prendían hachones de teas (raja de madera) y la llevaban a la casa del futuro marido, la colocaban junto al hogar a mano izquierda del varón y donde las suegras les daban unos presentes a los futuros esposos.

Las casamenteras o ministros de culto del matrimonio amarraban los vestidos de los prometidos; dábanles de comer y los metían a la cama nupcial durante el término de cuatro días, en los cuales, las intermediarias cuidaban el lecho para que al transcurrir el último día, sacaban la sabana en donde habían consumado esa parte del ritual y lo sacudían. Cabe señalar que en el transcurso de esos cuatro días, los parientes de ambos futuros esposos se encontraban en la casa comiendo y durmiendo.

Unicamente a los que llevaban el ritual descrito de referencia, era a quienes se les consideraba esposos, donde a la mujer se le daba el nombre de "Cihuatlantli".

En nuestro pueblo mexicano se daba también la poligamia, en donde la mayoría de los autores consideran que se constituía en mayor proporción en las clases nobles o ricas, sobre todo en Tlaxcala y Texcoco, siendo por tanto para estas clases un privilegio, y para la masa de la sociedad era una figura reprobable por corromper a sus costumbres.

A pesar que el matrimonio era la primer base que constituía a la familia, éste reportaba un gasto económico muy fuerte para los macehuales, entonces es cuando hacen

surgir al concubinato, en donde la mujer recibe el apelativo de "Temeacánhu".

Tanto en el matrimonio como en el concubinato, existían impedimentos legales, tales como que prohibían las relaciones entre parientes de línea recta, línea colateral igual, en la colateral desigual hasta el tercer grado, con excepción del varón con la hija de su hermana materna; por afinidad, entre padrastros y entenados, y las concubinas del padre con el hijo. Se permitía el matrimonio entre cuñados, y algo muy singular es que los divorciados no podían volver a casarse entre sí, so pena de muerte.

En lo relativo a los requisitos para contraer las nupcias, pedían como edad límite el de los veinte años -- para el hombre y quince años para la mujer, además de ser necesario el consentimiento de los pretendientes para celebrar y contraer el acto.

La organización familiar de los aztecas se encontraba constituida por el "clan", el cual lo integraban única y exclusivamente parientes entre sí, ya que ellos pensaban que provenían de un descendiente común al cual adoraban -- y le daban el nombre de "totem".

En un principio y debido a las características antes aludidas, se prohibía el matrimonio entre miembros del -- mismo clan, ya que sino disminuiría el poder mágico de -- su totem, por ende vemos como existía una relación de -- índole exogámica.

Es esto pues, lo tocante al matrimonio a manera de un bosquejo, dado a que sería imposible reunir todas las diversas condiciones que se daban en ese entonces en relación con la institución del matrimonio.

C.2)El divorcio;Jurídicamente no existía el divorcio, sin embargo los jueces autorizaban después de reiteradas peticiones de uno de los cónyuges la separación de éste con el otro, lo que de hecho equivalía a lo que se conoce con el divorcio. Tal autorización se concedía cuando se fundaba el motivo de separación con: la diferencia de caracteres, m. la conducta de la mujer, la esterilidad y el adulterio se castigaba con la muerte.

Consideraban a su vez al adulterio, como aquella unión de un hombre con una mujer casada; pero no la del hombre aún cuando fuese casado con mujer soltera. Es así que en el caso de separación, los hijos pasaban a la potestad del esposo y las hijas a la de la esposa. En lo relativo a los bienes, los perdía en favor del otro cónyuge el que resultare culpable, pero si ninguno lo fuere se los dividían, dándoles a cada quien lo que les correspondía de acuerdo a sus pertenencias, puesto que en ese entonces existía la figura de separación de bienes.

En el caso de aquellos que estaban en unión de concubinato, les autorizaba el juez la separación de cuerpos tras imponerles una sanción, que para la mayor parte de los autores, consideran que se debía a una multa.

En contraposición, aquellos que sí estaban unidos solemnemente, el juez daba algunas amonestaciones con el objeto de hacerles ver el mal ejemplo que daban al pueblo éstos para la convivencia social y familiar.

C.3)Patria potestad; Socialmente el hombre fungía como el jefe de la familia, pero, en cuanto a derecho, se encontraba en la misma uniformidad de circunstancias que su esposa, correspondiéndole al hombre la educación de

los hijos varones y consecuentemente a la mujer la de sus hijas.

El padre se encontraba facultado para vender a sus hijos como esclavos (figura parecida a la *mancipium*), esto por encontrarse económicamente en condiciones deplorable, y que a causa de esta circunstancia le fuera imposible - el mantenerlos. También estaba facultado para casar a sus hijos, al grado que el matrimonio que se celebraba sin su consentimiento se tenía por ignominioso, es decir, por lo más vergonzoso o deshonesto.

Para castigar a los hijos, los padres podían hacer uso de la violencia, generalmente los herían con espigas de maguey; les cortaban los cabellos y cuando el hijo se consideraba como incorregible, el padre mediante autorización de las autoridades, podía venderlo como esclavo.

"Los hijos de los nobles, apenas llegada la edad de los quince años, eran llevados por sus padres al "Calme - cac" o "Telpuchcalli", según el caso o la promesa que se hubiere hecho el día del bautismo. Estos lugares educativos, eran los que predominaban más en ese entonces, donde permanecían cuatro o cinco años, o bien, hasta que los - padres de éstos los llevaban al matrimonio". (11)

La mayoría de los autores señalan que en lo relativo a las hijas parece ser que las educaban en el hogar, pero autores como Antonio de Ibarrola, Carlos Avelar y - Lucio Mendieta y Nuñez, nos dicen que también había lugares educativos especiales para éstas, equiparándolos , como a una especie de conventos.

(11) Manuel Orozco y Berra. *Loc. cit.* p. 370

Otro de los puntos importantes de la patria potestad, lo era que cuando moría el padre, el hermano de éste podía ejercerla, siempre que se casara con la viuda; se ignora si en ausencia de este requisito, los abuelos podían suplir la potestad de los faltantes.

Como hemos podido ver esta institución era bastante rígida, ya que en lo referente a la mala administración de los bienes de los menores, traía como pena la horca.

C.4) Educación; Esta se basaba en la separación de castas y sexos. La casta superior alimentaba al ejército y al sacerdocio. Desde temprana edad, distinta era la educación del hombre y la mujer: aprendía el varón el manejo de las armas y labores del campo, la mujer, las artes propias de su hogar como la cocina, hilar y tejer. Así -- la educación comenzaba antes de los tres años de edad, donde los niños apenas llegada la edad de los seis años (varones) ingresaban al Telpochcalli (los macehuales) o al Calmecac (los hijos de los nobles) donde se les trata acerca de el respeto que le debían a sus mayores, a que dijieran la verdad y amar el trabajo. (12)

El calmecac era la escuela de los hijos de castas superiores donde se les formaba como grandes guerreros o sacerdotes, por ser éstos los oficios correspondientes a dichas clases.

"Los niños macehuales y nobles desde muy pequeños se les enseñaba a hablar, a los cuatro años se les iba orientando para hacer trabajos manuales, así como servir los alimentos, llegada la edad de los cinco años, empezaban a cargar bultos, esto para acostumbrarlos a la vida -

(12) De Ibarrola, Antonio. Loc. cit., p. 106

dura y pesada del soldado. A los seis años era enviado al mercado a conseguir su propia comida, seguramente con el fin de agudisar su ingenio. Entre los siete y ocho años, enseñaba el padre a su hijo su propio oficio. La edad de los nueve años era la apropiada para corregir al menor y castigarlo si el niño era flojo. Un año después, lo hace dormir desnudo en el suelo humedo, para endurecer su físico y hacerlo viril. Ya a la edad de los trece y catorce años, es donde el joven decide seguir el oficio del que era su padre, o no iniciarse en éste". (13)

La educación de las niñas, en los primeros años se les trataba de consagrar en las virtudes más apreciadas para las nahuatl, los cuales eran el silencio, el recato y la obediencia. Desde los tres años se les vestía en forma muy pudorosa. A los cuatro, principiaban en la conocida arte del hilado, a los cinco aprendían a tejer el algodón. Al igual que los niños, llegada la edad de los ocho y nueve años se les reprende y corrige. A los diez años, en el caso de que no se corrijan se les azotaba con palos. En la edad de los once y doce años, la madre las levanta a media noche para que barran la casa y la calle. Llegadas a la edad de los trece años ya saben hilar, moler, tejer, hacer tortillas y guisar. Como costumbre, a los catorce años, y como herencia de Quetzalcóatl la madre les enseña el arte de hilar y tejer el algodón.

C.5) Sucesiones; La costumbre que prevalecía como regla general, era que al hijo primogénito correspondía el privilegio de heredar los bienes de su ascendiente, sin embargo -

(13) De Ibarrola, Antonio. Loc. cit. p.p. 106 y 107

podía ser desposeído de tales bienes cuando por motivos de su conducta se considerase que no los merecía, determinando el rey un depositario quien se obliga a dar cuenta de su administración.

También era tradición transmitirse y heredarse las dignidades y los bienes, es así como la clase noble, el decoro y los objetos se transmitían de manera preferencial al hijo primogénito habido con la esposa primera, cuando no había primogénito le correspondía tal derecho al primer nieto, y a falta de éstos, heredaba el hermano que se consideraba mejor por sus dotes; y de acuerdo a la ley de Netzahualcóyotl la mujer quedaba excluida de la sucesión de dignidades.

En relación a la clase plebeya, su orden de suceder era el siguiente: generalmente heredaba el primogénito de la legítima esposa, que debería hacerse cargo de la misma familia. Ahora bien, en el caso de fallecer una persona sin dejar descendientes, su herencia pasaba al hermano o sobrino, y a falta de uno y otro, heredaba el pueblo o el rey.

"En una conformidad de opiniones por los más doctos en la materia, si los herederos eran menores de edad, se entregaban los bienes a un tutor que ya había sido señalado por el difunto o bien se lo nombraba el rey, para que llegada la edad mayor le fuesen entregados a él o los herederos menores, dándose penas muy severas a los tutores que hacían una mala administración de tales bienes ".(14)

(14) Lendieta y Ruíz, Lucio. Loc. cit. p.103

7.- Familia griega.

Para hablar de esta cultura y de su organización en la familia, ineludible es que se haga la distinción de sus dos grandes civilizaciones que la componían como tal, esos pueblos fueron: Esparta y Atenas.

A.) Esparta.- En ésta, existía una división de clases a señalar: los Ilotas por una parte, quienes la conformaban - los siervos y los trabajadores agrícolas; por otra parte - se encontraban los Periecos quienes agrupaban la clase me-dia desempeñando la industria y el comercio; y por último - se daba una clase más privilegiada, la cual era la de los - Espartanos.

Pueblo eminentemente guerrero, descansaba la educación de su juventud en el ejercicio de la fuerza del éxito, sin importarles las satisfacciones del espíritu, sino el vigor del cuerpo.

Practicantes de la eugenesia, seleccionaban a la raza humana de una manera despiadada, dado que el padre contaba con la potestad absoluta de eliminar a su hijo recién nacido, si lo consideraba como no grato.

"En cuanto a la educación de los niños y niñas corría por cuenta de la madre, en tanto éstos llegaban a la edad - de los siete años. Cumplidos los siete años, la adolescente - no tenía una instrucción especial, o si la tenía la recibía de manera muy escasa, y consistía generalmente en la educa-ción recibida de la madre para atender los quehaceres más domésticos. En relación a los jóvenes que rebasaban la edad de los siete años, eran educados en escuelas de gran severidad, que tenían por propósito, tanto endurecerlos física como-

espiritualmente para así hacerlos grandes guerreros"(15)

El Estado era quien determinaba la edad para que se celebrara matrimonio, siendo para los hombres la de los treinta años y para las mujeres la de los veinte años de edad.

"Por otro lado, los maridos permitían que sus esposas tuviesen relaciones sexuales con hombres dotados, a fin de engendrar una prole magnífica".(16)

"El hombre impotente ya casado, debía consentir que su esposa tuviese cópula con hombres jóvenes, que crecieran para él una familia. Comunmente los padres concertaban el matrimonio de sus hijos de acuerdo al ritual del rapto, después del matrimonio la mujer continuaba durante un tiempo en casa de sus padres, mientras que su esposo permanecía en los cuarteles para prestar mayor utilidad al Estado; recién cuando estaba a punto de tener un hijo llegaban a constituir su verdadero hogar".(17)

Débese también el matrimonio por compra, donde el padre entregaba a su hija, como aporte al matrimonio, una suma de dinero, ropa, joyas y esclavos; bienes que seguían siendo propiedad de la esposa en caso de separación. En relación al divorcio era poco visto.

La mujer espartana gozaba de muchos derechos que en otras culturas no se le daban, tales como los de poder -

(15) Carlos Avelar Acevedo, "Manual de Historia de la Cultura".

Edic. Jus, México, p. 160

(16) "Enciclopedia Jurídica Omeba", Edic. Bibliográfica, Argentina, 1967, p. 967. Tomo VII.

(17) Ibidem.

participar en cualquier asunto, poseer bienes, heredar y transmitir la propiedad, educar a sus hijos, etc...

B.) Atenas; la familia en esta civilización se comprendía por el padre, la madre, en ocasiones, una segunda esposa, los hijos y los esclavos.

Se desarrollaba la familia ateniense en un verdadero patriarcado, ya que cuando un niño nacía, debía ser presentado a su padre, el cual podía admitirlo o no, en el primer caso el padre lo levantaba en brazos, y en el segundo, podía exponer al recién nacido a la interperie -- hasta que se muriese o alguna persona lo adoptase.

Como se había señalado, la educación y formación de un menor se daba hasta la edad de los siete años en el seno de su madre, sin embargo no es sino hasta la edad de los diez años cuando el menor es incorporado a la familia mediante una ceremonia religiosa que llevaba a cabo el padre de la criatura como una forma de aceptación del mancebo. Posteriormente concurrían a una escuela llevados por un esclavo, el cual, si bien es cierto vigilaba en lo relativo a la conducta del educando, no era propiamente su maestro. Las escuelas, practicamente particulares todas ellas, impartían la enseñanza en dos ramas básicas que eran la música y la gimnástica, esta última llevada en un plantel llamado "Palestra". Llegados a la edad de los dieciocho años, se incorporaban a la educación superior donde se les enseñaban diversas disciplinas, tales como la filosofía, la ciencia, la retórica, el derecho y la actividad de militar. A la edad adecuada, los padres concertaban su matrimonio por medio de parientes o casamenteras profesionales.

Por su parte, la mujer aportaba una dote que en sí continuaba siendo suya, debido a que en el caso de divorcio, el marido que disponía de los bienes, debía restituir los de su esposa.

"Realizada la aceptación de la dote, se seguía con la celebración de los esponsales solemnes interviniendo testigos y desarrollándose este culto en el domicilio del padre de la novia. Subsecuentemente el acto que tenía lugar, consistía en una fiesta en casa de la novia donde los novios se purificaban mediante el baño ritual. El novio conducía a la novia en una carroza a la casa de su padre, siendo acompañado de un cortejo de sus amigos y quienes entonaban los cantos del "himeneo". Llegados a la casa, él la tomaba en brazos y franqueaba el umbral, como en una simulación de un rapto. Los invitados a ese acto, permanecían en la puerta hasta que el novio les anunciaba que el matrimonio había sido consumado" (15)

La mujer se encontraba muy limitada en cuanto a derecho, puesto que no podía contratar ni contraer deudas, ni actuar en juicio, a su vez, carecía de la facultad de heredar o testar. Vemos así también por ejemplo, que en el caso del adulterio cometido por el hombre, normalmente la mujer aceptaba la infidelidad, en cambio, si lo cometía la mujer era penado con la muerte.

En lo que respecta al divorcio, en general, era poco visto entre los griegos, pero se podía solicitar por repudio del hombre a la mujer, impotencia, esterilidad y en esporádicas ocasiones por rechazo entre ambos.

(15) Chavez Asencio, Manuel. "La Familia en el Derecho". Editorial Porrúa, México 1982, p. 25

8.- Egipto.

Ninguna otra cultura antigua dió a la mujer tanta equidad jurídica e independencia personal dentro del seno familiar como los egipcios, ya que ella misma, sin autorización del marido podía dedicarse al comercio, a la industria, poseer bienes, disponer de los mismos, y en dado caso podía heredarlos.

"La esposa egipcia no sólo se casaba bajo un régimen que correspondía a lo que hoy llamamos separación de bienes, sino que conservaba el derecho de contratar sin autorización; comparecía la egipcia en documentos de carácter públicos con su propio nombre y con toda independencia. Cuando la egipcia gozaba de una reputación, se veía muy protegida por las leyes, y al hombre que faltaba al respeto que le era debido, se le castigaba con una pena muy severa"(19)

La independencia de que gozaba la mujer se fue perdiendo por el motivo de que hubo un gran proceso de transculturización, el cual con grandes influencias extranjeras, produjeron que el régimen matriarcal pasara al sistema patriarcal, siendo más marcado en la élite, ya que el pueblo común, por razones económicas, seguía fiel a la antes dicha organización familiar.

Puede observarse por ende, que en la mayor parte de los pueblos influye siempre la división de clases, debido a que es ésta la que guarda el poder, transmutando así en cierto modo, la mayoría de los valores comunes.

(19) De Ibarrola, Antonio. Loc. cit. p. 90

"La institución del matrimonio se llevaba a cabo - en forma contractual, creando entre los esposos una comunidad de bienes legal. El contrato nupcial se hacía constar en actas públicas que se conservaban solemnes, pero - además de éstas, existían las nupcias por compra, en las que simulaban una compra mediante la entrega de un precio"(20)

Espero de que consideraban al matrimonio como una institución monogámica, toleraban el adulterio en una -- cierta clase, es decir en la élite, dado que era para ellos un privilegio, dándose así entre ellos también, los matrimonios incestuosos con el objeto de mantener la pureza - de la sangre real, exceptuando únicamente a los que se -- dedicaban al sacerdocio.

"No se sabe a que edad los jóvenes alcanzaban la - mayoría de edad, pero es evidente que la patria potestad cesaba en un momento dado. A veces se daba preferencia en la herencia al primogénito, pero en otros casos, la herencia era dividida por partes iguales entre los hijos"(21)

En lo concerniente al divorcio, entre los egipcios - era muy poco común, y uno de sus factores determinantes lo fue el adulterio, donde la mujer si era repudiada por su marido por tal motivo, se le castigaba severamente, en cambio el hombre adúltero no recibía sanción alguna.

(20) "Enciclopedia Jurídica, Omeba". Loc. cit. p. 981. Tomo VII.

(21) De Ibarrola, Antonio. Loc. cit. p. 86

9.- Asiria.

Este pueblo se preocupó más por el aumento demográfico, por lo tanto sus leyes y costumbres se basaban al aumento de la natalidad, ya que conformaban un pueblo eminentemente guerrero.

Es así como sus leyes permitían y hasta obligaban a celebrar el matrimonio a muy temprana edad, celebrándolo ya fuese por contrato o bien por compra.

El carácter religioso en el matrimonio fue muy primordial para ellos, ya que si un ministro de culto se casaba con una mujer y procreaban hijos, consideraban que éstos serían grandes guerreros por el origen religioso de que gozaba el padre del menor.

Por lo dicho: "El aborto era considerado como crimen capital y a las mujeres que lo cometían se les empalaba"(22)

"La ley y las costumbres reducían a la mujer en una situación de inferioridad; debiendo obedecer ciegamente a su marido y serle estrictamente fiel, sin que é ta fuese reversible. Por el contrario, los hombres solían tener tantas concubinas como les permitían sus medios, sin recibir por ello ninguna sanción moral o legal".(23)

(22) "Enciclopedia Jurídica, Omeba". Loc. cit. p. 983. Tomo VII.

(23) Ibidem

10.- China.

"Fue el emperador Fouhi quien abolió la promiscuidad e instituyó el matrimonio. Era común que los esposos se conocieran en la noche de bodas, no tomándose en cuenta su libre elección. Como consecuencia se abrió el camino a la poligamia entre los chinos y se pusieron en vigor inclusive, leyes que protegían a las concubinas y a los hijos de éstas, quienes conforme a alguna de ellas, tuvieran los mismos derechos que los de la esposa. Era el concubinato un privilegio de la clase rica". (24)

"La mujer en la china era considerada inferior al hombre, hasta el grado que las cunas de las recién nacidas se colocaban en el suelo, en señal de inferioridad". (25)

A diferencia de los romanos en donde los menores o sui juris al casarse se emancipaban de la potestad de su padre, los chinos no aceptaban ningún tipo de liberación de la potestad paterna. Correspondiéndole al padre castigar a sus hijos, venderlos, hipotecarlos, y en algunos casos hasta matarlos.

Cesa la potestad del padre en el caso de que el hijo pase a ser funcionario público, entonces según la mentalidad china, el emperador tomaba el papel del padre, y cuando muriese el padre de éste, tenía que dejar la labor pública durante meses, cesando la potestad del emperador sobre éste, y tomándola en su lugar la madre de él; caso que no se daba en el derecho romano.

Se dice que los chinos y japoneses hacían muy poco uso de las facultades para castigar, dado a que la violencia en la educación era mal visto.

(24) De Ibarrola, Antonio. *loc. cit.* p. 84

(25) *Ibidem*

II.- Babilonia.

Es en esta cultura donde la mayoría de los autores coinciden que es la cuna del matrimonio por ensayo, es decir, es el antecedente más próximo a lo que actualmente conocemos como concubinato. Este matrimonio de caracteres especiales, podía ser disuelto tres días antes de que se cumpliesen siete años de comportamiento marital, ya fuese por repudio del hombre hacia la mujer, o bien, de ésta a aquel. Caso contrario si el matrimonio por ensayo pasaba el término de los siete años, en este caso, esa figura -- conformaba el matrimonio formal, el cual era más difícil de disolver, y en donde si sucedía tal desvinculación, la madre gozaba de quedarse con los menores.

Una de las peculiaridades del matrimonio solemne, era el hecho de que la mujer no debería llegar virgen a su matrimonio, además de que éste podía ser convenido por los padres de los futuros esposos.

"Ocasiones había en que el padre facultado por la ley, entregaba por dinero a su hija, e incluso en casos -- no matrimoniales, podía vender a su mujer e hijas". (26)

Aunque las bases del matrimonio descansaban en normas jurídicas y morales nacientes del código de Hamurabi, permitían el divorcio, siendo las principales causas: el adulterio, incompatibilidad de caracteres, mala administración del hogar; casos en los cuales si el hombre demostraba estas causales en su mujer, podía hacerla caer en la -- pena de la esclavitud.

(26) "Enciclopedia Jurídica, Omeba". Loc. cit. p. 962. Tomo VII.

12.- Roma.

A.) Generalidades.-Por ser del pueblo romano de donde emanó y empezó a evolucionar el derecho en general, a manera de bosquejo voy hacer referencia a su organización familiar de forma sucinta en las más importantes de sus instituciones familiares, casi como se hizo con el re relativo al derecho precolonial; el presente por ser la cultura romana quien nos legó una de las aportaciones más trascendentales de todos los tiempos, puesto que el derecho romano es la base primordial de las diversas ramas y disciplinas del derecho en todo el orbe jurídico.

B.) De las clases sociales en Roma.-Parecido a otros pueblos, los romanos dividieron a las personas en dos clases: los primeros se les conocía como los Alieni Juris y eran quienes se encontraban sometidos a cuatro tipos de autoridad:-La del señor sobre el esclavo.

-La patria potestas; y era la autoridad del pater familias.

-La manus; que era la autoridad del marido, y en su caso de un tercero sobre su mujer.

-La mancipium; la cual era la autoridad que -- ejercía una persona libre sobre otra libre.

La otra clase la componían los Sui Juris, quienes -- eran todas aquellas personas libres de autoridad, o sea, -- dependían única y exclusivamente de ellos mismos, además de ser ellos quienes ejercían los cuatro diversos tipos de autoridad mencionados.

Este hombre Sui Juris es a quien se le conocía -- por Pater Familias o jefe de la misma.

"La mujer sui juris es llamada también Mater Familias, esté o no casada, siempre que sea de costumbres muy honestas. Puede tener patrimonio y ejercer la autoridad -- de ama sobre los esclavos; pero la autoridad paternal, la manus y la mancipium sólo pertenece al hombre".(27)

C.) La familia Romana en sus dos sentidos. -- En el primer sentido tenemos que la familia romana era la reunión de personas colocadas bajo la autoridad o la manus de un pater familias. El régimen dominante de esta familia es -- el patriarcal, donde el jefe de familia extiende su poder tanto en las personas sometidas a su autoridad, como a -- los bienes de estos mismos, con excepción de los que conformaban el patrimonio más personalísimo. Es así como el pater desempeñaba el papel de padre, jefe de la gens, e -- incluso sacerdote privado de su domus, y como la relativa a administrar los bienes de toda su domus.

Y en un segundo sentido la otra expresión familiar romana, era aquélla en que todas las personas que se encontraban bajo la autoridad o manus del pater, se encontraban unidas por la figura del parentesco civil, es decir por la agnatio, siendo ésta la familia civil.

D.) Del parentesco. -- De los lazos de entronque que -- unían a la familia eran como se dijo en párrafos anteriores: la agnatio y cognatio.

(27) Petit, Eugene. "Tratado Elemental de Derecho Romano". Editorial Epoca. México 1980. p. 102

"La cognatio o parentesco natural; es aquel lazo o vínculo que une a las personas descendientes unas de -- otras, o descendiendo de un autor común, sin distinción -- de sexo. La agnatio o parentesco civil; son los descendientes por vía de varones, de un jefe de familia común, colocados bajo su autoridad o que le estuviesen sometidos -- si aún viviera, comprendiendo también a la mujer in manus"(28)

Cabe aclarar que la agnación sólo se transmitía vía paterna. Es así que los hijos de su hijo eran sus agnados, y los de su hija no lo eran, ya que los de ésta se -- encontraban bajo la autoridad de su marido que es el padre de sus hijos, pudiéndose ver que la agnación se limita o se interrumpe por la vía de las mujeres.

E.) De la potestad. -- Esta figura jurídica consistía -- en el conjunto de derechos, facultades y poderes que ejercía el pater familias sobre sus agnados. Es la institución que se llevaba a cabo por un ciudadano romano sobre un -- hijo también ciudadano. Tal facultad se encontraba determinada por tres reglas: -- Siempre la ejercía un hombre.

-- Sólo la ejercía una persona en --
la gens.

-- Se ejercía sin importar la edad
del Alieni Juris.

La potestad de que gozaba el jefe de la familia era tal, que por medio de una figura jurídica romana llamada mancipium castigaba a sus hijos, consistiendo el castigo en quedar el hijo para con otra persona como si fuese -- sometido a esclavitud, es decir, quedaba bajo la adquisición de un sujeto para que en el transcurso de un tiempo quedara al servicio de éste.

(28) Ibidem.

"La ley de las doce tablas decidió que el hijo que se emancipara por tres veces fuese liberado de la potestad paternal, y la jurisprudencia interpretando el texto de la ley, admite que para las hijas y los nietos, una sola mancipatio produzca el mismo efecto".(29)

Cuando el jefe de familia abandonaba a sus hijos, se daba la figura del noxal, en donde el hijo por tal abandono, quedaba libre de la autoridad de aquel.

F.) De la *justae nuptiae*.—El objeto principal del matrimonio era la procreación de la prole, y sólo era de tipo legal el matrimonio cuando los pretendientes llegaban a casarse conforme a las reglas del derecho civil.

Se conocían dos tipos de matrimonio:

F.1) *In manus*; es donde la mujer pasaba a conformar parte de la familia civil del marido, quedando en la posición de hija de su marido o del pater de éste en su caso, además de que los bienes de ella pasaban a la propiedad del que ejerciera dicha autoridad. A la mujer casada bajo esta formalidad se le nombraba "*Loco filiae*" es decir, hija simulada.

F.2) *Sine manus*.—En esta especie de matrimonio, la mujer conserva la condición y parentesco tanto de cognación como de agnación para con su familia originaria.

G.) De la disolución de la *justae nuptiae*.—El divorcio en esa cultura era muy mal visto, empero se daban las siguientes formas de disolución:

G.1) Por muerte; cuando el marido fuese el que envi-

(29) *Idem*.

dase, entonces podía casarse cuando así lo quisiera en el término que gustare, no siendo el mismo caso para la mujer, ya que ésta debería dejar pasar un término de diez meses para celebrar nuevo matrimonio, so pena severa para ella y su último marido.

G.2) Por esclavitud; si caía el marido en esclavitud, automáticamente se disolvía su matrimonio, teniendo como efecto principal el que sus hijos quedaban sui juris.

G.3) Por divorcio; éste se dividía en dos figuras, una en la que no se requería forma alguna y sólo se pedía -- el mutuo consentimiento, denominándose a ésta: "Bona gratia". La otra era la conocida por la "Repudiación", dabáse con causa y sin causa, en la primera cualquiera podía repudiar a excepto de la que se caso in manus; y en la segunda se exigía notificar a la otra parte la voluntad de divorciarse, siendo tal notificación ante siete testigos en forma oral o escrita.

H.) Del concubinato.- En un principio era considerado como una unión libre, donde un hombre se unía con una mujer, la cual se le consideraba como poco digna por haber sido liberta. No fue, sino hasta el fin de la república, cuando se reguló al concubinato de manera legal por medio de la ley "Julia de Adulteris" en el gobierno de el líder Augusto, esta ley permitía tal figura sólo en los que no fueran púberes, que no fuesen parientes en el grado prohibido para el matrimonio, permitiendo tener sólo una concubina, y que no tuviesen mujer legítima.

Vemos así que a diferencia del matrimonio, no se requería en el concubinato, consentimiento alguno del jefe de familia.

Los hijos nacidos en el concubinato son cognados - por la madre, y no quedaban sometidos a la autoridad del padre, por ende nacían sui juris.

I.) Matrimonio Sinne Connubio.-era aquel que se celebraba cuando uno o ambos de los contrayentes no gozaban de la ciudadanía romana.

Contubernio.-era la unión de un esclavo y una persona libre, o bien entre esclavos, en la que procreaban - la especie, haciendo de ésta, una relación más o menos -- duradera.

13.- Conclusiones.

De esta forma podemos concluir, en términos generales, que la organización familiar y el desarrollo de ésta, se produjo de manera muy similar en todos los pueblos señalados, pudiendo concluir que las características generales de esta organización fueron:

Primeramente, en la civilización existe el predominio del patriarcado. La filiación consecuentemente ya se produce no solamente vía materna, sino también vía padre, considerando entonces a la mujer inferior a él.

Por otra parte, se fomentó por la costumbre la celebración del matrimonio a muy temprana edad, a penas iniciada la pubertad, a efecto de incrementar su población, ya que en su mayoría, tratábanse de pueblos guerreros.

Así también, se pudo ver cómo el matrimonio era muy fácil de disolver, dadas las causales vistas.

Por último, se observa cómo el elemento consensual - toma diversas funciones, siendo diverso por ejemplo éste en el concubinato que en el matrimonio, y la suplencia -

del mismo, por la del padre, dado a que era muy natural - que el padre de cualquier futuro esposo diése su venia para la celebraci3n del mismo, sin importar en ocasiones la voluntad de los futuros consortes.

C A P I T U L O I I I

LA FAMILIA ESTUDIADA DESDE DIVERSAS POSICIONES MULTIDISCIPLINARIAS AFINES AL DERECHO

14.- Generalidades del capítulo.

El presente, tiene como fin estudiar a manera de bosquejo a la familia desde diversos puntos de vista, tales como lo son, el sociológico, ético-moral, y el económico, -- puesto que el derecho debe ser dinámico y regulador de diversas funciones y de intereses, característica que lo hace por ende multidisciplinario, y que por tanto para hacer derecho, necesario es ver lo relativo a la sociedad en sus valores morales, económicos y sociológicos. Es así como el legislador, más aún en materia de derecho familiar, debe observarla y estudiarla para así hacer de esa realidad social, una realidad jurídico-familiar más acorde a las necesidades que exige el estado actual de ese núcleo fundamental que es la familia.

15.- La familia desde el punto de vista sociológico.

A.) Naturaleza y cultura en la organización familiar;

Desde el punto de vista sociológico, la familia pues, surge como resultado del hecho social, es decir de la procreación de la especie, donde un progenitor común da vida a la familia.

Vemos así que sociológicamente no se requiere de algún acto jurídico para constituir familia, sino únicamente del hecho social de la procreación de la especie.

Empero de lo dicho, si bien es cierto que la familia tiene un origen natural, esto no significa que ésta sea determinante de la misma como mero producto de la natu--

raleza, ya que se desarrolla y configura por manifestaciones culturales tales como: religiosas, morales, jurídicas, sociológicas, económicas, etc....

Es así como en la mayor parte de las culturas y civilizaciones se consideró y se sigue afirmando que la sociedad, el Estado, el pueblo y nación serán como lo fuesen sus organizaciones familiares, siendo esta organización bien ordenada y regulada la base de la prosperidad, bienestar y grandeza social.

B.) La familia como institución organizativa y cultural; Es preciso definir lo que es una institución en un sentido general, aclarando que en un sentido estricto existen diversas acepciones de esta palabra, encontrándose entre tantas las familiares, educacionales, económicas, políticas, religiosas, recreativas, etc...

De acuerdo al diccionario de la lengua española de la real academia define a la palabra institución como: "El establecimiento o fundación de una cosa establecida o dada", clasificándola por ende, en institución cosa e institución persona.

Ahora bien, la familia como institución, es un fenómeno que estructura y organiza a la sociedad, debido a que habitualmente se dan varias figuras de conducta dentro de tal fundación, estando ligados estos comportamientos a papeles complementarios que desempeñan los miembros de la familia en tal institución, y que por lógica repercuten en la vida social.

En suma, como establece Recaséns Siches: "La familia es una institución - la primera de las instituciones - y el matrimonio es el acto de su fundación moral y jurídico". (30)

O bien, para dar una definición más amplia y acorde a la relación organizativa y cultural de la familia se puede dar el que nos legó el jurista Hauriou, la cual nos dice que: "Institución es el conjunto de normas jurídicas de interés público, debidamente estructuradas, entrelazadas, encaminadas todas a un mismo fin común". (31)

C.) Cualidades generales de la familia; A fin de dar una representación más entrelazada desde el punto de -- vista sociológico, daremos las siguientes características:

-Es la institución más universal; es decir, existe y ha -- existido en todas las sociedades, lugares y épocas de la humanidad.

-Constituye el más importante de los grupos primarios.

-Existe una relación sexual más o menos continuada.

-Puede derivar ésta de relaciones matrimoniales o extra-matrimoniales, estas últimas verbigracia: el concubinato, - reconocimiento de hijo, adopción, etc...

-Se dan disposiciones económicas entre los esposos, en - relación a las necesidades de manutención y educación de la prole.

-Generalmente hay un hogar.

-Constituye la institución social fundamental, ya que la socialización del hombre se desenvuelve bajo una estricta influencia familiar.

(30) Recaséns Siches, Luis. "Sociología". Editorial Porrúa. México 1962. p. 323.

(31) Ibidem.

Como apunta el maestro Toennies: "La familia constituye uno de los máximos ejemplos de comunidad total o supra funcional, con sociabilidad pasiva (participación en un patrimonio de creencias, valores, ideas, sentimientos, formas prácticas de conducta) y con sociabilidad activa (procesos de cooperación en vista a la realización de sus fines)". (32)

D.) Las funciones que ha ejercido la familia; Cabe aclarar que, de las funciones que ha ejercido la familia como: la docente o educativa, la protectora y la recreativa, han sido ampliadas y a su vez reguladas por el propio Estado, dado a que ha observado que las funciones que ejerce la familia son de índole primarias, objetivizando así en la ley dichas actividades para garantizar por medio de instituciones públicas o privadas la gran demanda de necesidades que la familia y por tanto la sociedad requiere y exige. Y además por el superior interés que guarda ésta.

Consideramos que de las funciones aludidas y mismas que el Estado ha ido regulando y fortaleciendo día a día, importantes son todas, sin embargo las que más trascendencia han tenido son la educativa docente y la protectora, debido a que el mismo Estado sabe la gran repercusión que tienen éstas, pero sobre todo la educativa, puesto que si bien es cierto que el objeto de tal educación es informativa, también lo es que es más formativa, tal y como lo establece nuestro artículo tercero Constitucional.

(32) Toennies, Principios de Sociología, traducción de V. Llorens, Fondo de Cultura Económica. México. p. 75

Ahora bien, en el caso de la función protectora se ha observado cómo el Estado se ha ido preocupando poco a poco por darle mayor apertura a organismos, asociaciones e instituciones como hospitales, Ministerio Público, seguro social, beneficencias públicas o privadas, asilos para ancianos, orfanatorios, etc...

Es así como el Estado ha visto como menester elevar la condición de existencia de la entidad familiar, para que así tenga ésta un mayor fortalecimiento. Al respecto dijo alguna vez en ese entonces presidente de la república Luis Echeverría Álvarez que: "La familia es reducto de valores y de actitudes que mantienen la cohesión social; en ella se forma el ciudadano del mañana y se prefigura el mundo por venir. Nada más natural que las ciencias -- sociales de nuestro tiempo hayan vuelto a ocuparse, con particular empeño, del microcosmos familiar. Nada más lógico que los poderes públicos se interesen en la elevación de las condiciones de existencia y en el fortalecimiento de la entidad familiar". (33) Desafortunadamente observamos con tristeza que en varios aspectos lo antes referido no ha sido más que simple retórica.

E.) De las funciones que sigue ejerciendo la familia;

Si bien es cierto que el Estado e instituciones han adoptado ciertas funciones como la socializadora y educativa, también lo es que esta función es más determinante en el núcleo familiar por ser ésta la célula primaria de toda sociedad.

(33) Consejo editorial del Comité Directivo de la Secretaría de capacitación política; "La familia" p. 36

En lo relativo al papel socializador que lleva a la tarea la familia, en efecto es que en esta institución -- es en donde más se moldea el carácter de los individuos en sus primeras etapas, transmitiéndose a su vez normas de comportamiento, actitudes, fines y valores; que en un -- gran sentido van formando la personalidad del individuo, misma que se manifiesta en la sociedad y que por ende, repercute en el Estado.

Muchos autores nos dicen que la piedra angular de la sociedad y de la familia lo es la reproducción, y que su consecuencia directa es la procreación de la especie, sin embargo y acertadamente como lo señala la Licenciada Sara Montero: "Más que una función propia de la familia, se convierte en este caso, en fuente de la misma". (34)

F.) Familia monógama extensa y restringida; Estas dos especies de familia son las que a partir de los israelitas y desarrollada por los romanos, han ido predominando en la mayoría de los pueblos, sobre todo en las culturas del occidente. Dándose en el orden de, primero la conyugal monógama y posteriormente la restringida. Compuesta la primera de ellas; de los abuelos, padres e hijos. Y la segunda por los padres o esposos y sus hijos de éstos.

Ahora bien, la familia extensa aún en nuestros días se sigue dando, pero sobre todo en zonas rurales, y la restringida en zonas de mayor urbe.

(34) Montero Duhalt, Sara. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa. México 1985. p.10

16.- La familia desde el punto de vista ético-moral.

Existen valores principalmente ético-morales que el legislador ha plasmado en la ley en el ámbito del derecho, pero más aún tratándose de la familia y por lo tanto del derecho familiar. En la realidad social y familiar el legislador bien ha observado que no se puede omitir y mucho menos separar preceptos morales de los jurídicos, es el caso de la ayuda mutua en el peso de la vida, de la fidelidad conyugal, etc... Siendo así por ende, el precepto moral en la mayor parte del derecho familiar la base fundamental para legislar sobre tal materia.

Decir que la moral y el derecho son opuestos sería una aberración en todo sentido y más aún jurídicamente, ya que ambas se coadyuvan y se conllevan, puesto que es en el derecho familiar donde los sujetos o miembros de la misma quienes acatan las leyes familiares más por razones morales que jurídicas. Empero de su diversidad no son oponibles.

Vemos así por ejemplo que en la epístola de Melchor Ocampo, como en la carta de lo familiar regulada por el código de lo familiar del estado de Hidalgo vigente -- desde 1983, reformado en 1986, expresan, en el primero de ellos que el matrimonio es el único medio moral de formar familia, mientras que en el segundo de ellos, señala -- que es uno de los medios morales creados y reconocidos -- por el derecho para fundar la familia; estando obligados los cónyuges a cohabitar, guardarse fidelidad, asistencia y comunidad de vida.

Podemos observar cómo el derecho a través de la ley plasma todos esos principios en las instituciones jurídicas familiares, tal es el caso por ejemplo del matrimonio, el cual es uno de los pocos actos solemnes que regula la ley debido esto a la gran influencia religiosa que ha tenido el mismo y por el gran sentimiento que el hombre, a través de la solemnidad le dá la categoría de supremo.

Vemos también, cómo el derecho familiar sanciona al adulterio de los cónyuges como causa de divorcio, dándole así supremacía fundamental a otro principio moral como lo es la fidelidad, dentro de una estructura legal de matrimonio monogámico.

Para dar otros ejemplos de la relación tan estrecha que se dan entre los principios morales con los del derecho, y sobre todo con el derecho familiar, coincidimos con el criterio del maestro Manuel P. Chavez Asencio cuando dice: "En la filiación legítima se encuentra el principio de moralidad al refutar hijos de matrimonio aquéllos que nacieren de dos personas que vivieron públicamente como marido y mujer y ambos hubieren fallecido, o si por ausencia fuere imposible manifestar el lugar donde se casaron". (35)

"El artículo 326 del código civil contiene un principio moral en relación al marido, en el sentido de que no podrá desconocer a los hijos alegando adulterio de la mujer, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tenga acceso carnal con su esposo" (36)

(35) Chavez Asencio, Manuel. Loc. cit. págs. 98 y 99

(36) Ibidem

Creemos muy importante que en nuestra materia familiar se consideren los valores morales familiares que se van suscitando en los diversos sectores o regiones de -- nuestro pueblo, ya que estos valores como el derecho, -- tienden a un bien, aún cuando posiciones diversas de los doctrinarios del derecho nos señalen algunas diferencias en cuanto al bien, ya que no puede existir un bien individual puro, ni una acción interna como se dice que se -- dan en la moral ya que ésta siempre se vera reflejada -- en la sociedad, y por tanto encausara la senda para un -- mejoramiento en el bien común, valor que el derecho día -- con día debe ir luchando por alcanzarlo.

De lo contrario como señala el maestro Bonnacase en su obra "La filosofía del Código Napoleón aplicada al -- derecho de familia": "El derecho es importante para rea-- lizar por si solo una obra verdaderamente eficaz en el -- terreno de la familia; aunque los textos de la ley sean -- conforme a derecho, valarán tanto como un cuerpo sin un -- alma, si desdeñan a la moral y al sentimiento humano".(37)

(37)Ibidem.

17.- La familia desde el punto de vista económico.

Como señalamos en el primer capítulo de este trabajo de tesis, consideramos que el elemento económico es un factor determinante en la familia, ya que en sus orígenes la familia se fue fusionando en pequeñas comunidades con el objeto de satisfacer sus necesidades; el hombre gracias al lenguaje articulado y al entendimiento lógico de que agrupado se le facilitaba más aún el obtenimiento de los satisfactores, crece poco a poco la división del trabajo, -siendo así en el matriarcado la mujer el pilar de la economía, después el hombre y posteriormente en una sociedad más avanzada: la comunidad familiar.

En el transcurso de la época moderna, la hoy contemporánea, la familia ha venido sufriendo cambios de índole económico que por su resultado, ha traído una mayor dispersión entre los miembros que la componen, esto porque -actualmente los integrantes de las familias se ven en la necesidad de adecuarse a los cambios que la economía ha sufrido, donde los hijos, la madre y el padre desarrollan actividades diversas en diferentes campos de producción.

Un elemento social que trae repercusiones serias en el campo de la economía familiar, lo es el del aumento de la natalidad, que por ende, en nuestros días es gente joven en su mayoría la que compone a nuestra nación, la que en su mayor parte no trabaja y por tanto no produce en favor de su familia, siendo así la población económicamente activa menor que la pasiva, lo que crea una disminución en el desarrollo familiar y por lo tanto Estatal.

Otro factor social y económico que repercute en el seno familiar es el relativo al que nos remite la Docta Maria Teresa Rodríguez y Rodríguez al referirse a "La -- escasez de vivienda dificulta el matrimonio y la vida familiar. Actualmente el concepto de familia desde el punto de vista social se ha restringido en virtud del problema habitacional que padecen las grandes urbes".(38)

Vemos cómo el elemento económico produce serios -- trastornos en el núcleo familiar y en su patrimonio. Por ultimo, hemos visto cómo la economía ha venido determinando al hombre en todos y cada uno de sus elementos, al grado de que si hay crisis económica habra crisis jurídica, y por tanto también familiar.

(38) Rodríguez y Rodríguez, Ma. Teresa. Loc. cit. p. 2113

18.- Conclusiones.

Observadas ya las diversas posiciones que cada una de las disciplinas tiene acerca de la familia, bueno es que se hagan algunas conclusiones relativas a la gran importancia que guardan estas ciencias con el derecho en general y con el derecho familiar:

- El derecho al igual que la moral regulan la conducta humana inspirándose ambos en valores éticos.

- El derecho al igual que la moral son creadores de un orden, aunque el de la moral se refiera a la conciencia y el jurídico a lo social, no por eso son opuestos, debido a que lo interno es lógico que se manifieste a lo externo y por ende a lo social.

- Normalmente es en el derecho de familia donde el precepto moral se acepta y se le convierte en jurídico.

- Toda obligación moral vemos que se manifiesta aún más en nuestro derecho familiar dada la éticidad intrínseca que ésta guarda, dado al interés que protege.

- Todo el derecho de familia disciplina estados y condiciones personales; los derechos y deberes del sujeto se determinan a la posición que guarde éste para con el grupo familiar o con alguno de sus miembros, debido a la importancia que metafóricamente tiene el interés de la familia.

- Las relaciones entre parientes se regulan más por el afecto, la éticidad o el impulso altruista familiar, antes que por el impulso individualista o patrimonial.

- La moral es el fundamento sobre el que descansa la validez del derecho familiar, dado que el hacer posible lo moral, constituye ésta una meta del orden jurídico.

- El derecho familiar retoma muchos principios de índole social, es decir, de la vida misma, para poder legislar y regular acerca de las relaciones, objetivos y repercusiones que tenga dicha institución, pues esa es su primordial función.

- La familia es una institución, la más antigua de las instituciones, que de manera mediate se ha basado en su forma más depurada, es decir, por el matrimonio.

- La familia es el núcleo y base de toda sociedad.

- Es en la familia donde se desarrollan los valores humanos que en lo futuro se transmutan a la sociedad.

- La familia se ha constituido y desarrollado tanto por formas naturales, éticas, políticas como jurídicas.

- Se ven cambios de conceptos, tal como el de autoridad, donde el autoritarismo del padre pasa a transformarse a una autoridad de servicio, mismo que el propio Estado lo retoma.

- De los estados familiares surgen relaciones de tipo económico, de las cuales, los derechos y deberes que estos puedan traer aparejados no son sino consecuencias de dichos estados, pues la relación económica que se dé, será entre los miembros del grupo familiar únicamente.

C A P I T U L O I V

NATURALEZA JURIDICA Y JURIDICIDAD DEL DERECHO FAMILIAR.

19.- Concepto de la acepción "Naturaleza Jurídica".

A.) Naturaleza.- De acuerdo al diccionario de la Real Academia, este término tiene una connotación de partida -- filosófica, la cual "Es la esencia de un género, es decir, el conjunto de propiedades que definen a ése mismo".(39)

A su vez, dicha Academia, nos define al género como: "El conjunto de objetos que poseen , todos ellos, caracteres -- comunes".(40)

Ahora bien, por ende se puede definir a la naturaleza jurídica de la siguiente manera: "Conjunto de propiedades - comunes que permiten definir, entre los objetos, un sector - que presenta características conjuntas(juridicidad), y al - cual llamamos jurídico".(41)

Sin embargo, para dar una definición aún más jurídico científico, existen dos escuelas en las que se basa nuestra materia para crear la terminología del derecho, siendo éstas las siguientes:

Por una parte, las que dan una definición que ellos le llaman científica, es decir, determinan el ámbito de aplicabilidad a los objetos o sujetos que se manifiestan en lo - jurídico.

Por otro lado, la otra escuela es aquella en que las - definiciones son de carácter Jus-Filosófico.

(39)Diccionario de la Real Academia Española, p.386.1975.Mex.

(40)Ibidem.

(41)Ibidem.

Por tanto se puede observar que la primera escuela es más real y la segunda de ellas más ideal, es decir, unas -- basen su tesis en situaciones más verdaderas y efectivas, siendo así más definible. A diferencia (más no opuesta) de la primera academia, la segunda de ellas es más conceptual, es -- decir, como la idea que se concibe como forma de entendi-- miento.

Como es menester en este trabajo de tesis saber cual es la naturaleza jurídica del derecho familiar, necesario -- es introducir en un mínimo este tema a un nivel ontológico jurídico. Para llevar a cabo esta tarea, de acuerdo a la -- ontología del derecho, se debe tener en consideración que -- hacia lo jurídico van colaterales a él tres tipos de conoci-- mientos, siendo éstos: el sociológico, el dogmático y el -- axiológico. Vemos que en el sociológico jurídico es el que se encarga de estudiar el hecho jurídico real que se ex-- tiende en el tiempo y en el espacio; por otra parte, la -- dogmática jurídica al igual que la sociológica estudia la conducta humana, pero no real, sino más volitiva, es decir -- la referida a lo ideal de la voluntad y que es aceptada -- como punto de partida, tales como son: la ley, la costumbre, y la jurisprudencia, por énde, es más normativa. Pudiendo ver que en los dos conocimientos vistos bien encuadra el dere-- cho familiar, ya que existen hechos jurídicos familiares, -- leyes familiares, costumbres familiares y jurisprudencia -- especialmente familiar. Por último y en lo tocante a la -- disciplina axiológica, ésta se encarga de considerar la -- conducta del ser, pero en un sentido estricto de los valores que éste pueda tener, valores que el derecho considere y -- resuelve plasmandolos en la ley, buscando siempre el inte-- rés en la comunidad, así lo axiológico asume el papel altruís

ta, papel que nuestra materia familiar, se encuentra consagrada de dichas normas ético-morales.

Visto que estos tres conocimientos encajan en el derecho familiar de manera independiente y correlacionada también, es de gran importancia pasar el estudio de las diversas posiciones, doctrinas y escuelas en que se base el derecho en lo relativo a los diferentes géneros que se aceptan en nuestra ciencia jurídica.

20.- Teoría de la naturaleza en relación.

Este postura que corresponde al formalismo de las disciplinas que se nombraron teoría general del derecho y teoría general del Estado, posturas que olvidaron el fundamento, contenido y fines del derecho, para buscar una diferencia meramente formal de nuestra disciplina, fue adoptada por su más grande expositor Jorge Jellinek, el cual decía que la diferencia de derecho público y privado estriba en la naturaleza de las relaciones de las normas.

Este autor nos afirma que: "Una relación es de coordinación cuando los sujetos que en ella figuran encuéntrase colocados en un plano de igualdad, como ocurre, vertigralis, si dos particulares celebran un contrato de compra-venta. Los de subordinación se dan, cuando, por el contrario, las personas a quienes se les aplica no están consideradas como jurídicamente iguales".(42)

21.- Teoría kelsiana.

Esta postura nos indica que "Todas las normas encuentran su fundamento en la constitución y parten de ella, afirmando que cualquier diferencia sustantiva es imposible-

(42) Eduardo García Maynes, "Introducción al estudio del Derecho", Ed. Porrúa, 1964. p. 134.

e infundamentada".(43)

Agrega Kelsen que "si cabe una distinción entre el derecho público y el privado, ésta sólo se advierte en el hecho de que en el derecho público(que organiza al Estado, le atribuye poderes y competencia), el titular de la potestad, el poder público, puede por si mismo, ir cumpliendo ciertos requisitos, ejercer coacción para hacer cumplir por el obligado, la norma violada; en tanto que en el derecho privado los particulares no pueden hacerse justicia por sí, pues la reparación del daño o norma violada debe llevarse a cabo con intervención de un organismo judicial".(44)

Estimamos que la postura Kelsiana peca de exagerada, puesto que en un mismo sentido al señalado por este tratadista, y a manera de réplica, se puede sostener que si bien es cierto el derecho público absorbe más campo en ramas o disciplinas jurídicas o bien en funciones, no quiere decir que éste comprenda al derecho privado, pues el derecho en general nace como necesidad del hombre y como producto del mismo, y desde un punto de vista histórico aparece primero de hecho y de derecho el género privado en la gens o en el clan primitivo con el jefe de grupo, teniendo éste, el ejercicio de la potestad que le era reconocida, creando así un derecho privado interno en su grupo, que posteriormente se transformó en función a la realidad y necesidad humana, -- dándole vida el hombre al derecho público como consecuencia y producto del Estado como ente necesario para hacer la vida más gregaria y común.

(43) De la Cueva, Mario. "Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo". Editorial Porrúa. México 1952. p.387

(44) Ibidem.

Se dice que para conocer una ciencia, necesario es -- saber un mínimo de su historia, pues bien, recordemos que el derecho público representa en siglos una de las estructuras normativas que permitieron a un sujeto o ente, llámesse Rey, Estado, Emperador, etc.. (que siempre se reputó como superior) para imponer su voluntad a todos los hombres que se encontraban dentro de su sistema político.

Por otra parte, el derecho privado empieza a tomar -- fuerza con las ideas de Locke, Voltaire, Rousseau, etc., resultando así la antítesis de un momento histórico en el que el derecho público había sido utilizado por un sector político.

En síntesis, a lo que queremos llegar es a que histórica, social, económica y jurídicamente (aún las diversas teorías), el derecho público y privado son y han sido una realidad social, debido a que han estado en la misma historia y evolución del hombre, y por ende, negar la dicotomía es negar al propio derecho.

22.- Teoría Romana.

Uno de los autores que más se han dedicado al estudio histórico del derecho público y el privado (en la Roma), es sin duda el jurista D'Ors.

El mismo dice: "La distinción *ius publicum* y *ius privatum* procede de la contraposición entre el derecho creado -- por el *populus* y el creado por los particulares, por la autonomía privada". (45)

(45) José Beltrán de Heredia, "La doctrina de Cicerón sobre la Posición Sistemática del Derecho de Familia", Revista de Derecho privado, España. p.72

Este tratadista parte de la contraposición romana - entre lex que era la norma jurídica emanada de la civitas y el ius que emanaba en cambio, de las entidades infraestatales. Siendo así el derecho privado el que se refería a los organismos inferiores, que para unos serían la gens y la familia; y para otros, simplemente los particulares. En cambio el derecho público vendría a comprender todo aquello que, jurídicamente es común a la sociedad y como tal, esta sustraído del libre juego de la voluntad particular.

Dulckeit y D'Ors hablan de una interpretación única - de la distinción a que hace referencia Ulpiano en cuanto al derecho público y privado; lo que contempla el mundo jurídico como sistema de situaciones, corresponde al derecho público, "situación supone ubicación dentro de la hipótesis prevista por el ordenamiento jurídico, es decir, por la norma".(46)

Dice D'Ors "La que contempla como sistema de relaciones corresponde al derecho privado, relación-añada-, quiere decir nexo trabado por la actividad de la autonomía de la voluntad privada".(47)

Concluye su postura este autor señalando: "Las normas que spectan a la cosa pública son ius publicum, mientras que las que pertenecen o están a disposición de la utilitar -- singolorum son de ius privatum. Entendiendo como discreción la autonomía privada y no como se ha interpretado que, en cuanto al interés público o privado, como si pudiesen haber-

(46)Ibidem

(47)Ibidem

cosas que sólo interesen a la comunidad y otras sólo a los particulares".(43)

Consideramos que la concepción Romanista en cuanto a la división del derecho, se basó en un enfoque más político, puesto que dividían a su pueblo en sólo dos entidades, es decir, la del Estado y la del Individuo como tal, vemos cómo, independientemente de que se hayan tomado en cuenta éstas dos entidades, no quiso decirse que el derecho en Roma viera ya la función social que le es atribuido hoy día, sino que al nacer esa división tajante, creemos que se tenía una postura objetivamente individualista. Tal posición la basamos en que como se ha visto, y en la evolución que va teniendo el derecho, a diferencia de esos derechos públicos y privados que se daban como sistemas particulares, subjetivos e inmutables, hoy día el derecho no sólo contempla las dos posturas aludidas, sino que es ya aceptada la postura del derecho de clases, es decir, el Social.

Consideramos que para una debida clasificación del derecho, necesario es tener en cuenta cuatro entidades, éstas son: Familia, Sociedad, Estado e Individuo. Por lo tanto, no sólo los tres géneros que tenemos comunmente aceptados son los únicos que existen, sino que poco a poco ha venido a reafirmarse un nuevo género jurídico que había sido dejado al olvido, debido esto por las diversas ideas más proximas del sentir individualista, refiriéndonos en sí al Derecho Familiar como un nuevo género jurídico. Porque, para nosotros el derecho familiar conforma un nuevo género diverso a los demás ya consagrados, tal y como lo demostraremos en el transcurso de nuestra investigación.

23.- Consideraciones, principios y posturas relativas a la autonomía y naturaleza jurídica del derecho familiar.

A.) La teoría de Antonio Cicú y algunos principios jurídicos que podemos desprender de la misma.

El maestro Antonio Cicú en su obra titulada "El derecho de Familia" en el año de 1914, nos dice, que la familia ha sido originada por el hecho biológico, acompañado de elementos de hecho económico-social y que al concurrir éste, se presenta como objeto de la disciplina jurídica.

Sin embargo recalca la importancia del hecho político que ha estado presente con los cambios y evolución que ha sufrido la familia; señala como ejemplo la posición que guardaba la familia en el derecho Romano, donde ésta, aparecía como sujeto de derecho privado, e interiormente constituido de un carácter eminentemente político, puesto que el pater familias como padre, jefe y sacerdote de la gens, tenía poder suficiente como para privar de la vida a alguno de sus integrantes, rentarlos, o bien esclavizarlos.

En nuestros días observamos que, la familia ha venido estando regulada más poco a poco por el propio Estado, esto claro, a la gran importancia que merece ésta de ser tutelada.

Es así como el derecho privado se ha visto cada día más restringido y limitado en su proyección jurídica, puesto que los tratadistas, estudiosos, doctrinarios y los más grandes representantes de lo jurídico, han vislumbrado que la familia hoy en día no puede regularse todavía por valores eminentemente egoísticos o de naturaleza patrimonial.

Este mismo autor en el capítulo segundo de la obra ya citada, al hacer referencia a la familia como hecho social nos dice que: "antes que el Estado y más que el Estado, la familia se presenta como agregado de formación natural y necesaria. Los elementos constitutivos del hecho jurídico-social de la familia no se agotan únicamente en la necesidad de lo sexual y en la necesidad de la crianza de la prole. Si hoy en la necesidad de la defensa a la familia se ha sustituido el Estado, y en las necesidades económicas a la familia se ha sustituido el individuo, no por eso puede decirse que su carácter constitutivo sea solamente la necesidad sexual y la conservación de la especie". (49)

Podemos observar como este tratadista al referirse a la familia en su cometido nos establece que no sólo se debe limitar al hecho social jurídicamente hablando, sino que ha de llevar una función más preventiva, educativa y formativa; dado a que las necesidades familiares no se agotan en un sólo momento, sino que al agotarse una, nace otra por ser producto ella misma parte de la naturaleza y por tener en sí inherente, un carácter de éticidad.

Ahora bien, en un sentido comparativo entre los derechos individuales con los familiares, nótese que sobre las semejanzas que existan entre ambas, resaltan más sus diferencias, debido a que en la familia no existe en un sentido estricto - como lo es en el derecho privado - la autonomía de la voluntad, ya que en la misma, tiene una función específica y diversa a la que tiene aquella para con la sociedad, además de tener objetos e intereses diversos.

(49) Jicó, Antonio. "El Derecho de Familia". Editorial Eñiar.

Hace alusión Cicú que, "la distinción entre derecho -- público y derecho privado resulta, por tanto de una diversa posición que el individuo reconoce al Estado: posición de -- dependencia respecto al fin en el derecho público, posición de libertad en el derecho privado".(50)

Es sabido que el principio de la voluntad de las --- partes constituye ley suprema en la rama privada, origen que rige a esa disciplina, y que en nuestra materia familiar por sí sólo es estéril para establecer un acto jurídico, es por eso que el artículo 940 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal Vigente determina que: "Todos los -- problemas inherentes a la familia se consideran de orden -- público por constituir ésta la base de la integración de la sociedad". Lo anterior se basa en que el derecho familiar no puede regirse por principios egoístas, dado a que, en él se -- tutelan intereses superiores, mismos que no son ni siquiera análogos con los de los particulares.

A su vez el principio de la libertad y autonomía del -- individuo, entendido como libertad de plantear y perseguir -- los fines privados y de elegir los medios más a propósito -- para alcanzarlos, no estén determinados ni subordinados al interés, es decir que, el derecho subjetivo que se da es poder de voluntad, donde ésta domina sobre el interés; no siendo el caso del derecho familiar, ya que la voluntad se encuentra -- dominada por el interés.

(50) Cicú, Antonio. "La Filiación". Trad. Faustino Jimenez y -- José Santa Cruz T. Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1930. p.11

La doctora en derecho Maria Teresa Rodríguez al referirse al derecho de familia, nos dice que, "Siempre existirá subordinación a un interés general, por ejemplo en la adopción no puede dejarse al arbitrio de las partes los efectos jurídicos que produzca, como si fuera un contrato meramente civil. En los contratos civiles las consecuencias que, produzcan pueden ser establecidas por las partes; pero cuando una persona adopta a un menor de edad o a un incapacitado, vemos cómo en nuestro derecho Mexicano, se tiene la obligación irrenunciable de dar alimentos. Por lo tanto existe en este acto (al igual que en la mayoría de los que se refieren a la familia) un fin superior que no puede ser dejado a la simple voluntad de las partes". (51)

Otro principio que es característico entre ambos, es el relativo a que la disciplina jurídico familiar es un derecho fundamentado en la ética. Principio que hace que los fines a perseguir deban ser necesariamente tutelados por el derecho a través de su organismo superior que es el Estado.

Este elemento ético hace que las relaciones entre sus integrantes sean como son, es decir, antes que jurídicas, sean más deberes fundados en lo moral, o bien en el hecho moral que siempre ha prevalecido en la familia, hecho que no -- elimina al derecho pero que si lo limita en cuanto a su naturaleza coactiva, donde se considera a la familia como un agregado natural y necesario que colabora con el Estado en la obtención de los fines colectivos superiores a los meramente individuales.

(51) Rodríguez y Rodríguez, Ma. Teresa. Loc. cit. p. 2126. Tesis de Doctorado. U.N.A.M.

No obstante la gran diversidad de principios que rigen al derecho familiar y al privado, hay quienes sostienen aún el carácter privatista del derecho de familia, empero, entre la mayoría de los tratadistas del derecho privado han -- afirmado que: "Los derechos de familia en el estado actual de su evolución no son ya, como en otros tiempos, simples atributos individuales, cuyo objeto se confundía con el interés de su titular, sino que cada vez se presentan como verdaderas -- funciones sociales del derecho privado". (52)

B.) Teoría de la Autonomía de la Voluntad en el Derecho Familiar como Función Social según Barrasi.

Uno de los más destacados privatistas que se adhieren a la postura aludida, es sin duda el tratadista Italiano Barrasi quien defendiendo el principio de la voluntad de las partes -- dice que: "En la familia la autonomía está configurada por el deber de obrar con discrecionalidad, es una función: la propiedad, en cambio, es un derecho, no una función; en ambas la -- iniciativa se mueve dentro de los límites puestos por la ley, los cuales con respecto del matrimonio y demás instituciones familiares, están determinados específicamente, mientras que -- en la propiedad se alude a ellos nada más. Sirviendo así, la intervención Estatal y sus límites, sólo para delinear la -- función social de carácter privado". (53) .

(52) Cita de G. Ripert tomada de la Revista de "Derecho -- Privado". Venezuela, titulada "La Doctrina de Cicú sobre la posición sistemática del Derecho de Familia". 1978. p. 64.

(53) Ibidem

Se observa cómo este autor hace referencia al término propiedad, haciendo él mismo tácitamente una diferencia entre derecho Familiar y Civil, ya que el primero se refiere aún más a derechos personales y el otro a patrimoniales.

Continuando con dicha posición, nos dice que mientras la propiedad es un derecho la familia es en sí una función social: el primero como simple límite, el cual no altera la esencia de la institución de que se trate y continuará siendo por tanto un verdadero derecho subjetivo; estos límites en aras de la función social que se restringen. La autonomía en la propiedad por ejemplo, no la destruyen ni cambian su estructura y por ende, el titular seguirá siendo quien goce de un verdadero derecho; la segunda de ellas significa que se da una estructuración diversa a la institución observada que obtendrá la configuración del deber, dejando por tanto en sentido estricto ser un auténtico derecho, siendo ésta una función que sirve como instrumento.

El hecho que la función social del derecho de familia sea el de instrumento, la cual hace que cambie ésta de estructura, produce que la norma sea determinada más por la ética.

En base a lo dicho, vemos cómo por ejemplo en los requisitos para contraer matrimonio o cualquier otra institución familiar, se nota que además de limitar la libre voluntad del sujeto, restringe el ejercicio de su derecho, esto por supuesto, hace sabernos que la función familiar determinan tanto internamente como estructuralmente al acto, por obedecer al interés de ella.

Consideremos que si los estudiosos del derecho se -- siguen estancando en teorías y doctrinas ya superadas, más no aceptadas por la tradición, nunca habrá una solución que esté acorde a las exigencias morales y materiales de la -- familia, y por ende, de la misma sociedad; adhiriéndonos así -- a una nota de Posar quién dijo que: "El problema del 'derecho Familiar, consiste en ubicarlo como norma, como hecho social, y como juicio de valor, para que así el derecho de familia -- pueda regir -- acorde a la evolución social -- las conductas y pueda adaptarse mejor aún a las ciencias sociales, teniendo como deber el jurista de ir más allá del conocimiento de la norma positiva o del derecho positivo, para así resolver el problema de este derecho, los cuales tiendan a proteger al -- medio". (54)

En alcance a lo visto, se observa que en el orbe del derecho en general, se transmuta de estático en dinámico, es decir, cambia constantemente de regulador del orden social ya existente a un factor activo que actúa sobre la realidad -- social, modificándola. De lo referido resulta que el derecho -- familiar no puede considerar al individuo como tal, puesto que cada integrante de una familia se encuentra altamente unido al hecho social mismo, por consecuencia, el derecho familiar no contempla al sujeto que pertenece a una familia de manera aislada o individualista, sino por el contrario, lo observa en concreto, debido a esa realidad social y familiar que la rige natural y necesariamente, otorgándole y manteniendo una tutela definida en torno a ese núcleo tan importante que es en sí -- la base de la humanidad: la familia.

C.) Postura de Díaz de Guíjarro en relación a la ubicación del Derecho Familiar dentro del Privado.

Uno de los doctrinarios más destacados en la ciencia del derecho, lo es sin duda Díaz de Guíjarro, quién critica la postura de Cicú en cuanto a la autonomía de la voluntad como elemento distintivo del derecho privado con el público, o bien con el social, establece lo siguiente: "Estamos de acuerdo en cuanto a que las obligaciones y derechos emergentes del estado familiar se ejercen automáticamente y en cuanto a la ineptitud del arbitrio individual para modificar una y otra, sin embargo, la voluntad siempre actúa en forma decisiva, tanto en lo relativo al surgimiento de la relación jurídica familiar como en los efectos de la misma. Es inaceptable el deshumanizar la voluntad humana para mecanizarla". (55)

Al parecer, los autores de derecho privado siempre tratan de ver a este derecho y a sus principios como algo que es inmutable, que no cambia, o bien un algo que siempre se adecua; empero, consideramos que este autor de manera expresa le da la importancia que merece la autonomía de la voluntad como principio determinante del derecho privado, estableciendo que la mencionada, siempre es decisiva tanto en el surgimiento de la relación jurídica como en sus efectos, más el hecho de surja tal relación ¿no acaso por ejemplo el matrimonio -- obedece más a intereses superiores que a lo simple volitivo para regular tanto su nacimiento como sus efectos?

(55) Díaz de Guíjarro. "El Derecho de Familia como parte integrante del derecho Civil". Rev. sta de Derecho. a. o XVI, 1952. Lima Perú. p. 157

O bien, ¿podríamos pactar sobre los intereses familiares, derechos, deberes, obligaciones, etc., cuando éstos obedecen siempre a un interés superior mismo que al del propio Estado? si dijésemos que sí, sería caer en una aberración jurídica.

Para el caso mencionaremos el siguiente ejemplo de la Doctora María Teresa Rodríguez: "Si en un contrato de compra venta que exceda de quinientos pesos sobre un bien inmueble no se celebra ante notario público, las partes podrán pedir al juez de lo civil el otorgamiento de forma y tendrán los medios para probar dicha celebración. Sin embargo, si el matrimonio no se celebra ante el órgano encargado, los contrayentes no podrán probar por otros medios que celebraron el matrimonio y éste no existirá". (56)

Se nota cómo el interés familiar es determinante para la validez del acto familiar, puesto que el objetivo que esta disciplina encierra es un fin moral, ético y trascendental a lo patrimonial, lo cual hace que los fines sí son diversos, por lógica es que los resultados también lo sean, no pudiendo ser comparables entre ambos.

Podemos concluir en este sentido que, el interés familiar y el interés público son limitantes de la autonomía de la voluntad, es decir, éste se subordina al fin buscado por el derecho familiar, por tanto, cuando esté en juego los intereses superiores no hay apertura para que la autonomía de la voluntad determine a éste.

(56) Rodríguez y Rodríguez, Ma. Teresa. Loc. cit. p.404

Para este autor no tiene la debida importancia que -- merece el hecho de que la mayor parte de las normas del -- derecho familiar sean de orden público, o bien, si interviene o no el Estado en las relaciones de las mismas, ya que para él es un problema de intensidad y no de naturaleza, pero como se dijo en el principio de este capítulo, que para determinar si un conocimiento jurídico es de una u otra naturaleza, es decir, como género o especie, es menester considerar los rasgos esenciales de lo sociológico, ontológico y lo -- axiológico, mismos que configuran la naturaleza de lo que -- conocemos por jurídico.

Ahora, es claro que esos caracteres configurativos no son en ningún sentido comparables en cuanto a semejanzas -- entre las normas que encierra el derecho de familia con las que guarda el derecho privado, ya que regulan situaciones -- y estados diferentes.

A manera de objeción a las posturas privatistas ¿ a -- caso tendrán la misma repercusión lo patrimonial con lo -- personal y lo familiar?, amén de la relación de que entre -- ellas guarden, no hay que olvidar que lo patrimonial en el derecho de familia es resultado de una relación que mira -- los intereses a proteger de este núcleo.

Consideramos pertinente que antes de adentrarnos más acerca de otros criterios que nos hablan al respecto de la naturaleza jurídica del derecho familiar, necesario es ver algunas particularidades que tienen las normas del derecho público, privado y familiar, a efecto de ir llevando un paralelismo del tema que hoy tratamos.

D.) Consideraciones características del Derecho Público, Privado y Familiar.

Con el objeto de darle la respectiva ubicación que guarda el derecho familiar en el campo jurídico, damos las siguientes calidades de estos tres géneros del derecho:

- En el derecho privado generalmente se estima el fin particular, es decir, el propio del individuo; de manera diferente, el derecho público considera la totalidad de los individuos reunidos bajo la idea del derecho en el Estado; por su parte, el derecho familiar medita en un organismo fundamental como base primaria de toda sociedad para así valorar tanto en su estructura orgánica como en el interés que ésta persigue.

- Mientras que el derecho privado se preocupa más por las aspiraciones de los individuos, en el derecho público - al igual que el familiar cuidan los intereses superiores - de grupos, tales como los del Estado y la Familia.

- Se observa que en el derecho privado la voluntad de las partes es determinante para la creación de relaciones o actos jurídicos; en el derecho público y familiar, la misma, se restringe dada la importancia del fin superior a seguir, sometándose así la voluntad a un deber jurídico.

- En el derecho privado no cabe la figura de autoridad en la relación, mientras que en el derecho público ésta es menester, claro que, en un plano de jerarquías; por su parte - el derecho familiar se nota una autoridad, por ejemplo la de la tutela o patria potestad, empero, es una autoridad que se basa en lo ético, en la que no hay planos de jerarquía - sino que se da en planos de igualdad.

E.) Tesis de Chavez Asencio acerca de la naturaleza jurídica del Derecho Familiar.

Este profesor se inclina por la postura de que el derecho familiar no puede catalogarse dentro del derecho público o privado. Además establece un principio unitarista, dado a que se refiere a lo siguiente: "No se puede dividir o seccionar al derecho en disciplinas autónomas, como no se puede a su vez, seccionar al ser humano. En materia familiar debemos aceptar que siendo diferentes sus instituciones, no son autónomas". (57)

Estimamos que la división del derecho en géneros o bien en ramas jurídicas, encuentra su razón de ser por dos motivos principales a saber: el primero de éstos tiene su base en lo docente, es decir, la mente humana para alcanzar un conocimiento claro y diverso al objeto, debe proceder aprendiendo las diversas porciones de ese objeto, o sea, estudiarlo por etapas.

El segundo argumento lo basamos a que, si bien es cierto el derecho en general es un todo, también lo es que ese todo regula diversas entidades, funciones e intereses jurídicos, por tanto, éstas guardan diversa estructura jurídica a ver.

Si el derecho regula al hombre en sus diversas formas, natural es que lo estudie como ente individual, social, como parte de un Estado y como miembro de una familia. Ahora, si las funciones, relaciones, y sobre todo los fines a seguir de cada una de éstas son comunes por devenir de un todo, no se quiere decir que el derecho sea unitario, sino que esos elementos son los que determinaran la naturaleza jurídica de ellos, puesto que son disímiles.

F.) Posición de Sara Montero Duhalt en relación con la ubicación del Derecho Familiar en el campo Jurídico.

A nuestro parecer esta tratadista nos ofrece una actitud poco convincente, ya que ella misma maneja una base que es ambivalente, puesto que por una parte nos dice: "La inclusión del derecho de familia dentro del derecho privado es lo debido, pese a que en este derecho no vemos funcionar a la autonomía de la voluntad como pilar de sus principios. Pero es derecho privado por que rige relaciones de los particulares entre sí, como simples particulares".(56)

Posteriormente la tratadista de referencia al hablar de la autonomía de una ciencia jurídica, nos dice que debe reunir determinadas características, remitiéndonos a su vez a las particularidades y criterios que maneja el autor -- Guillermo Cabanellas, siendo para el caso esas posturas las siguientes: - Criterio legislativo
- Criterio científico
- Criterio didáctico
- Criterio jurisdiccional

Decimos que es una postura escéptica por la razón de que después de referirse a esos cuatro criterios y encuadrarlos en el derecho familiar, no concluye en forma científica, sino que se retrotrae a la posición de que pertenece al derecho privado nuestra disciplina, esto - dice - porque rige relaciones entre particulares.

(56) Montero Duhalt, Sara. Loc. cit. p. 28.

G.) Afirmación del maestro Trueba Urbina de que el Derecho Familiar pertenece al Derecho Social.

Este autor al referirse a la ubicación respectiva del derecho familiar en alguno de los géneros jurídicos aprobados por la mayoría de los doctrinarios del derecho, nos da un argumento meramente histórico y la adecua al derecho de familia para darle así una connotación de rama del derecho social, él mismo nos establece que: "El derecho de familia a lo largo de su existir, siempre se ha considerado como parte o rama del derecho civil o privado, sin embargo, a partir del año de 1856, el ilustre jurista Ignacio Ramírez, "El Nigromante", lo conceptuó como derecho social incluyendo en éste: menores, hijos abandonados, huérfanos, mujeres, niños, jornaleros...". (59)

A decir verdad, la postura del autor de referencia, nos parece un dato histórico importante, pero no por esto va a constituir nuestra materia una rama del derecho social, sino es sólo una fuente histórica cultural que nos ilustra. En su misma obra, al referirse a la autonomía del derecho social, nos conduce a los criterios legislativo, didáctico, jurisdiccional y científico. Por ende, vemos como él mismo reitera y reafirma la autonomía del derecho familiar como un nuevo género jurídico, dado a que justificar la autonomía del derecho social, alude a los criterios referidos, sin embargo, y a pesar de que el derecho familiar bien encuadra en la tesis del Doctor Cabanellas, el maestro Alberto Trueba Urbina lo sigue considerando como parte del derecho social.

Consideramos que tal postura carece de bases científicas para tener el mérito necesario, puesto que no podemos guiarnos por ella tan sólo porque única y exclusivamente -

(59) Trueba Urbina, Alberto. "Derecho Social Mexicano". Editorial Porrúa, México 1978. p.467

el dicho "Nigromante" se refirió a las mujeres, niños, - huérfanos, etc... en su derecho social, consideramos que - tal, peca de relativismo puro.

H.) Clasificación del Derecho según Briseño Sierra y algunas consideraciones en relación con el Derecho de Familia.

Esta teoría parte de la necesaria clasificación del derecho, esto - dice - en base a los diversos objetos de -- conocimientos, señalando que: "Esto conduce a una determinación de carácter distintivo de cada norma o conjunto de -- ellos, por tanto, más que derecho público y privado, ha de -- hablarse caracteres públicos o privados de las reglas del derecho". (60)

Consideramos que el derecho no únicamente contempla - caracteres públicos y privados, sino también sociales y los familiares, dado a que nuestra ciencia les ha dado a estos dos últimos una especial regulación, puesto que ambos no - se pueden encuadrar en los dos primeros aludidos. Por ende, el derecho objetivo y subjetivo establecen estrechamente - normas individuales, generales, sociales y familiares, y es - por esto que existen cuatro géneros jurídicos. Lo dicho se basa e. que el hombre es el portador de la norma, sujeto de derecho que juega diversos papeles, es decir, como individuo, como un agregado del Estado, como parte de la sociedad y - como miembro de una familia.

(60) Briseño Sierra, Humberto. "Derecho Procesal". Edit. y -- Distribuidor México. Edición Cárdenas. México 1969 p.23

Continuando con la misma posición, nos señala el autor lo siguiente: "Habiendo, entonces norma pública, cuando de forma heterónomamente, se impone sobre el obligado. Existirá luego, norma privada cuando el imperativo sea constituido por la autónoma voluntad de los sujetos destinatarios". (61)

Como podemos observar, nuestra materia familiar no cabe dentro del derecho privado, esto claro, por carecer de autonomía para crear, modificar, extinguir o pactar sobre las normas que lo rigen, debido a que las mismas se encuentran muy sujetas a un interés superior al cual se deben subordinar. Además tampoco puede clasificarse dentro del derecho público, ya que la familia guarda un interés superior a la del Estado, dado que es ésta la base de aquella y por tener fines diversos; aunque en ambos la norma que los rige se impera heterónomamente. En algún momento de la historia bien podría haberselo encuadrado dentro del derecho privado o en el público, lo anterior, por obedecer la familia a las condiciones de su momento, pero actualmente la familia ha evolucionado y por consecuencia el derecho familiar también; puesto que si se encuadrará en alguna de esas dos posturas, sería no una evolución, sino un retroceso jurídico.

Si bien es cierto, el artículo 940 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal Vigente nos establece que: "Las controversias del orden familiar son de orden público.....", pero no porque el derecho familiar sea derecho público, sino más bien porque el Estado no ha encontrado un lugar más elevado que el público para que proteja al núcleo familiar; lo anterior quedaría claro, si el legislador reconociera el concepto de "interés superior familiar" para distinguirlo del público, propio del Estado.

(61) Ibidem.

I.) Tesis de la Doctora María Teresa Rodríguez en -
cuento a la ubicación del Derecho Familiar como
rama del Derecho Social.

Esta parte de que, la división del derecho en público y privado perduró hasta la edad media, donde dice: "La iglesia que por encima del Estado y de sus fines afirmaba propósitos espirituales y ultraterrenales, trajeron una 'anarquía Estatal, la cual es tendencia incompatible con la libertad y las aspiraciones del hombre". (62)

Continuando con tal postura, la autora nos hace una -- breve historia del derecho social, estableciendo que éste, -- tiene sus orígenes en el siglo XIX con Otto Van Gierke, quien en el siglo pasado expresó: "El curso de la historia ha ido cambiando, por un lado existen las relaciones entre parientes y personas determinadas, existe también un derecho social, el que es creado por las corporaciones, cuyos caracteres eran -- su autonomía y la circunstancia de que consideraban a el -- propio hombre no como persona plenamente individual, sino en sus relaciones como cuerpo social". (63)

Resalta la autora de que, debido a los cambios históricos el derecho común se había roto y por ende, se creó el -- derecho de clases.

(62) Rodríguez y Rodríguez, Ma. Teresa. Loc. cit. p. 484

(63) Loc. cit. p. 487

A su vez, nos remite a la postura de Gustavo Radbruch, quien dijo que: "Existe un derecho social y éste es un derecho del trabajo, derecho que no se puede equiparar al derecho público ni al privado, éste no puede ubicarse en los dos -- órdenes susodichos, sino que representa un nuevo derecho, un tercer tipo: el derecho social del porvenir", (64)

Se observa cómo en su mayoría, los autores que tratan el tema del derecho público, privado, social o familiar, hacen alusión al elemento histórico como factor determinante, es decir, el derecho debe ir adecuándose a la realidad del mismo hombre, debiendo dejar atrás principios que de hecho ya han sido superados y rebasados por la propia realidad, siendo por ende, menester adecuar esa realidad y verdad al momento actual que demanda la familia y su derecho familiar.

Más adelante, la Doctora nos da diversas definiciones del derecho social, y paralelamente da las características del mismo, siendo éstas las siguientes:

- Tiene un carácter protector de las personas que están consideradas en grupos.
- Son de índole materialmente económicas.
- Controla la contradicción de intereses de las clases sociales.

Destaca además que al individuo no se le reglamenta en este derecho en un plano de igualdad, es decir, en un plan de coordinación o supraordinación, sino que se le va reglamentando con respecto a que forma parte de un grupo - que está organizado dentro de la sociedad.

Concluye su tesis la autora diciendo que: "No podemos decir que el derecho de familia forme parte del derecho público, no existe una relación de jerarquías entre los miembros de la familia y el Estado. No puede formar parte del derecho privado, éste estudia al individuo en un plano de coordinación, pero considerando al individuo aisladamente. En el derecho de familia no se pueden considerar a los integrantes de ésta de manera aislada, sino como componentes de un grupo social. Es necesario clasificar al derecho familiar dentro del derecho social, considerando al derecho social como una rama intermedia del derecho público y del privado". (65)

A decir verdad, la postura de la Doctora es de las pocas posiciones que dan una aportación científica, dado a que en su mayoría de éstas, los autores dan razones subjetivas o bien fundadas en la teoría pura del derecho, la cual para el tema a tratar, es una doctrina fuera de realidad.

A pesar de que ésta es una de las tesis más objetivas, negamos la ubicación que se le dá al derecho familiar como rama del derecho social, ya que éste último es un derecho de clases, postura que resulta inaplicable en nuestra materia, además de ser un derecho donde sus normas tratan un papel económico, cuestión diversa al derecho familiar, donde el aspecto económico se dá pero es secundario, ya que la familia se fundamenta aún más en lazos éticos que económicos.

El hecho de que el derecho de familia no participe como rama de estos tres géneros, no quiere decir que no guarden ciertas categorías de los señalados, sino que objetivamente no participa de la misma naturaleza jurídica.

J.) Teoría de Roberto de Ruggiero en relación a la autonomía del Derecho Familiar.

Este Docto en la materia, ofrece respecto de la autonomía del derecho familiar un plano histórico, teórico y el práctico, destacando él mismo, que desde sus orígenes del derecho familiar se denotaba la carencia de poder ubicar a este derecho dentro de los géneros clásicos, lo anterior obedecía a que la familia sufrió diversas regulaciones en cada período.

Al respecto nos dice el autor que: "La familia del derecho Justiniano no es ya la del derecho clásico, es la negación de ésta. Fundada la familia antigua en el vínculo de la agnación, regida por un jefe dotado de poderes soberanos y despóticos, compuesta de miembros unidos entre sí por la sumisión al jefe, forjada unitariamente, ejerce funciones políticas y públicas y constituye la base de la organización de la ciudad; la familia Justiniana se basa en el lazo cognático que une a los parientes de sangre, sin cabeza omnipotente, es más humana pero menos sólida". (66)

Puede verse cómo aún en la época Romana el derecho de familia no guardó simetría con la bipartición del derecho; actualmente con mayor razón, dado a los cambios que la misma ha sufrido, no cabe seguir encuadrándola dentro del derecho privado, puesto que no tiene los mismos principios, sujetos y mucho menos, los mismos intereses, es decir, el derecho de familia ha pasado a ser un derecho con valores extraordinarios como bien jurídico supremo.

(66) De Ruggiero, Roberto "Instituciones del Derecho Civil".
Editorial Reus. Madrid España. 1988. p. 647

El mismo nos habla a su vez, de diferentes aspectos -- distintivos que se dan entre el derecho privado con los -- del derecho familiar. Al caso nos dice: "Antes que jurídico la familia es un organismo ético; de la ética en efecto, proceden los preceptos más esenciales que la ley presupone y a las cuales hace constante referencia apropiándose los en ocasiones y transformándolos de este modo en preceptos sin sanción o con sanción atenuada, dado a que cree el derecho más conveniente confiar su observancia al sentimiento -- ético, a la costumbre, es decir, a las fuerzas que actúan en el ambiente social". (67)

Continúa diciendo: "Además de este aspecto, todo el derecho de familia es disciplina de estados y condiciones de índole personal, los derechos y deberes del individuo vienen determinados por el estado que al individuo se asigna en el grupo familiar. De estos estados y condiciones personales -- pueden y hacen surgir, en efecto, relaciones económicas; pero en realidad, estos derechos y deberes no son otra cosa que las consecuencias de esos estados y condiciones". (68)

La mayoría de los autores privatistas clásicos, argumentan que en el derecho familiar al igual que en el privado -- son dables las relaciones patrimoniales, pero a más de que -- esta hipótesis trate de absorber al derecho familiar dentro del derecho privado, creemos que no han considerado mas alla --

(67) Loc.cit.p;7

(68) Loc.cit.p.9

del origen patrimonial, es decir, el surgimiento de las relaciones patrimoniales en ambos derechos es diversa, puesto que los del derecho privado nacen en su esencia, de una relación eminentemente patrimonial en base a la solvencia de las personas, no siendo éste el caso del derecho familiar, ya que esas relaciones patrimoniales que surgen en ella, se originan en base a estados personales, o bien más humanas y por ende, más éticas que económicas.

A lo dicho, nos sigue diciendo que: "Mientras en las demás ramas del derecho privado el ordenamiento lo que mira es el interés del particular, en las relaciones familiares, por el contrario, el interés individual es sustituido por un interés superior, que es el de la familia, porque a las necesidades de ésta y no a las del individuo subviene la tutela jurídica. Y a través del interés familiar, exige y recibe protección un interés más alto: el del Estado, cuya fuerza de vitalidad y desenvolvimiento dependen de la solidez del núcleo familiar".(69)

J.1) Principios Jurídicos del Derecho Privado no aplicables al Derecho Familiar.

Los principios a seguir son los que establece este autor en la obra de referencia, siendo éstos los siguientes:

- No es aplicable el principio de la representación; sin embargo, en nuestro derecho Mexicano podemos observar, como por ejemplo, en la celebración del matrimonio sí puede llevarse al cabo por medio de mandatario, así lo establece verbigracia el artículo 44 del Código Civil para el Distrito Federal en vigor, el cual nos señala que, es necesario para -

(69) De Ruggiero, Roberto. Loc.cit. págs. 10 y 11.

que la voluntad tenga efectos jurídicos, que ésta se ratifique por escrito ante Notario público o el juez de lo familiar; ya que obedece tal institución jurídico familiar a un interés que es incluso superior al del propio Estado.

- No se permite limitar mediante términos y condiciones los efectos jurídicos de la declaración; así por ejemplo se observa que no se puede celebrar matrimonio bajo condición suspensiva o resolutoria, o sujetarla a término inicial o a término final; claro que esto, por ser actos que obedecen al interés superior familiar, interés que no tolera limitaciones que provengan de los particulares. Esto es, las cuestiones familiares no pueden estar sujetas a las modalidades del acto jurídico.

- La renuncia y transmisión que en los demás derechos vienen a ser un modo natural de ejercicio, no se admiten en las de carácter familiar. Es decir, no se pueden enajenar o transferir las potestades familiares.

- No es aplicable la autonomía de la voluntad, en consecuencia, no es posible la no intervención Estatal.

Se deduce que tales principios son estrictamente inoperantes en el campo del derecho familiar, porque es en éste donde el Estado guarda su estabilidad, además que los objetos a tratar son diversos, es decir, mientras que en el derecho privado se tratan las relaciones privadas o bien personales - patrimoniales, en el derecho familiar se busca proteger ese interés superior que es la base del propio Estado, el interés familiar.

El caso de que el derecho familiar se trate de afirmar cómo un nuevo género jurídico, no quiere decirse que se pretenda desunificar al derecho, sino por el contrario, que se unifique aún más, porque el derecho como tal es un todo-

universal, y por tanto, trata de vincular al Estado, al individuo, a las clases sociales y a la propia familia. Para que se lleve esa tarea, es objeto primordial, ver las relaciones que cada uno de estos entes llevan a cabo, y que como tales deben ser diversas sus relaciones, funciones e intereses a seguir, más no contrarios, para el caso, todos estos entes -- son elementos necesarios del propio derecho que caminan -- paralelamente a él mismo como un todo universal; sin embargo, la naturaleza jurídica que el mismo derecho les otorga es -- por lógica diversa.

K.) Teoría de Guillermo Cabanellas como postura determinante acerca de la autonomía del Derecho Social y su aplicación en el Derecho Familiar.

Por último, el Doctor Cabanellas al tratar el tema de la naturaleza jurídica del derecho social como un nuevo -- género jurídico independiente del público y del privado, nos remite a diferentes criterios que la doctrina pugna para que una disciplina jurídica pueda decirse autónoma, misma que podemos trasladar al derecho familiar, siendo para el caso los siguientes:

K.1) Criterio Legislativo.

Al igual que en el derecho laboral, el derecho familiar tiene autonomía legislativa, independencia que emanó de la -- ley de Relaciones Familiares expedida por Don Venustiano -- Carranza en el año de 1917; ahora bien, actualmente nos remitimos a uno de los Códigos más avanzados del mundo, es el -- caso de la Legislación Familiar del Estado de Hidalgo vi-- gente desde el año de 1983; también por lo que toca al Esta-- do de Zacatecas, éste desde 1987 cuenta con dicha autonomía;

empero, aún falta camino por andar a efecto de legislar que este criterio se cumpla en las demás Entidades Federativas, y en el Distrito Federal afortunadamente ya se presentó un nuevo proyecto de Código Familiar que esperamos se logre.

K.2) Criterio Didáctico.

Este criterio se refiere a la enseñanza del contenido del derecho familiar en su instrucción universitaria; claro que, independiente a la del derecho privado en general y a la del derecho civil en particular.

En algunas facultades de derecho se incluye el estudio del derecho familiar de manera autónoma a la del derecho civil o privado, tal es el caso como en los países de Puerto Rico, Venezuela, y en su mayoría, en los países socialistas - también hay una instrucción universitaria especializada - sobre el derecho familiar.

En la Universidad Autónoma de México, desde 1975 se modificó el plan de estudios, impartándose el derecho de familia lejos del derecho civil, sin embargo a la materia se le denomina indebidamente con el rubro de "Derecho Civil - IV"; por otro lado, en nuestra Universidad del Valle de México, el nuevo sistema de enseñanza ya dicho, denomina a esta materia como: "Derecho de Familia y Sucesiones". A su vez la división de estudios superiores de la facultad de derecho de la U.N.A.M., ya incluye en sus programas de estudio de doctorado el curso bien llamado "Derecho Familiar", con lo cual es un hecho también dicha autonomía. Empero, independientemente de la denominación de la materia, el contenido de ésta es exclusivamente de las instituciones del derecho familiar.

K.3) Criterio Científico.

Se refiere éste, al número de obras aportadas a la --

ciencia del derecho familiar para su estudio; este criterio esta debidamente dado en todo el mundo, basta tan sólo con ver o consultar la bibliografía de este trabajo de tesis.

K.4) Criterio Jurisdiccional.

Este se refiere a la existencia de tribunales propios para la resolución de las controversias familiares.

En nuestro país a partir del 24 de Marzo de 1971, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, la creación de los juzgados de lo familiar; por ende, también este criterio cumple con tal función, resultando absurdo que exista en toda la República Mexicana jueces familiares y éstos no -- tengan sus respectivos Códigos sustantivo y adjetivo de -- la materia para resolver las controversias familiares.

El maestro Barroso Figueroa al hablar de la autonomía del derecho familiar como rama del derecho social, hace --- alusión a los criterios mencionados, además de agregar dos más, siendo éstos: el institucional y el procesal.

Para el caso que nos señala el maestro Barroso, es -- también claro que, nuestra disciplina familiar cumple con dichos criterios, en síntesis, el derecho familiar tiene: --- principios propios, espíritu común y definido, al igual que un objeto de conocimiento definido, lo cual conforma que -- sea ésta, en todo orbe un nuevo género jurídico.

24.- Propuestas y Conclusiones Generales de
Nuestro Estudio.

Creemos factible que dada la importancia que guarda - el derecho familiar en el campo jurídico, entre tantas, las que más mérito pueden tener por el tema tratado en este - trabajo de tesis, son las consideraciones siguientes:

- Visto que el derecho es una ciencia que día a día - debe irse adecuando a la realidad del mismo hombre, es de - gran importancia que en las Universidades dentro de sus - aulas de derecho, se vaya promoviendo que dicha materia se exponga como un nuevo género jurídico, puesto que doctrinal y prácticamente lo es. En razón a que desafortunadamente se enseña este conocimiento como rama del derecho privado, lo cual, no es real tal y cómo se vió en el transcurso del -- presente.

- Aunado al punto anterior, la mala ubicación que se - le dá al derecho familiar, y por ende, la no adecuada instrucción, traen aparejadas la consecuencia de que nosotros los universitarios estudiantes de la carrera de leyes, incluso - también los jueces familiares nombrados por el proceso de cooptación, tengámos una negativa y desviada perspectiva de la materia familiar. Por tanto, reiteramos la importancia que debe darséle al plano docente, así como al especial cuidado que debe otorgarse al nombramiento de jueces familiares, los que deberían ser especialistas en la disciplina familiar.

Por otra parte, es de vital importancia contemplar ya legislaciones familiares que sean más explícitas para la - sociedad, dado a que cercas de orientar confluenden aún más a la sociedad, por tal motivo, exhortamos a los legisladores a que sean más definibles y menos conceptualistas en las - instituciones que objetivizan en las leyes familiares; basta

como un buen ejemplo a seguir el Código Familiar del Estado de Hidalgo, mismo que nos define jurídicamente y de manera precisa las instituciones familiares; sin ser ésta, por otro lado, una legislación perfecta, pero sí perfectible. ¿Cuestionamos simplemente si el actual artículo 148 del Código Civil para el Distrito Federal ayuda o perjudica a la familia en nuestro país?

Otra propuesta sería la consistente en que, se elabore un código familiar tipo, para que así cada Estado con las facultades que les otorga nuestra Carta Magna, legislen al respecto, considerando sus condiciones culturales, siempre con el objeto de salvaguardar el interés superior de la familia.

Sabemos que dicha labor a la que nos referimos en el párrafo anterior, requiere de un esfuerzo y participación de los estudiosos del derecho y de la ciudadanía en general, a quienes se les puede hacer un llamado por medio de convocatorias, para que elaboren trabajos al respecto, mismos que se pudiésemos debatir en mesas de trabajo; todo con el afán de ir depurando al derecho familiar y por ende a la familia misma.

De entre las conclusiones de este trabajo, para el caso, y en forma breve, señalamos las siguientes:

- La familia lejos de ser estática siempre ha sido -- dinámica y progresiva, es decir, ha venido transformándose de una forma inferior a una superior, lo cual debe tener como resultado que los sistemas jurídicos, políticos, económicos y sociales evolucionen al margen de que lo hace la familia.

- Al respecto, vimos cómo el matrimonio fue poco a poco depurándose hasta llegar a conformar el matrimonio monogámico.

- El hombre como es natural, debe ir satisfaciendo sus necesidades, y en un principio se pudo ver que tales, las logra de forma individual, empero nos pudimos percatar que dichos -

menesteres los obtiene más fácil de manera colectiva; esto sucede en el primer estadio del salvajismo.

Pasando al sedentarismo, de lo más importante que la familia logró, fue lo respectivo a que la educación que era individual, pasa a ser integral, pues, la familia misma en su totalidad asume tal papel.

De manera natural y lógica el hombre sedentario, en su estadio superior vislumbra que la organización familiar le facilita toda actividad, así, ésta es ya el núcleo de producción primario, amén de ser el punto religioso, social y político, sin embargo, lo que en un principio unificó al hombre para satisfacer sus necesidades, es decir el elemento económico, pasa a ser un medio más ya no un fin, puesto que el hombre se encuentra en un estadio superior, donde ese evolucionismo lo hace ser más racional, considerando él mismo de mayor importancia, el carácter ético, el cual hasta nuestros días enviste a la familia.

- A su vez, nos percatamos que la familia en diversas culturas guarda simetría análoga con todas éstas, aún de que, si bien es cierto los pueblos tienen entre sí diferente ideosincrasia, también lo es que gozan de una similitud de valores, mismos que nacen de cada una de las familias de éstas, lo cual hace que exista una comunidad de valores.

- Pudimos reflexionar acerca de la gran importancia que juega el derecho en general y en especial el derecho familiar con distintas disciplinas, donde por mencionar algunas de tantas relaciones, señalamos las siguientes:

- El derecho al igual que la moral regulan la conducta del hombre, por ende, ambas son creadoras de un orden.

- En el derecho familiar más que en otra rama del derecho, es donde el precepto moral se transmuta en jurídico, ya que esta institución se conforma y se sucede de caracteres éticos.

- La familia es una institución, la más antigua de todas ellas, que de forma mediata se ha basado en la mayoría de los pueblos por el matrimonio.

- La familia es el núcleo y base de toda sociedad.

Ya en el capítulo tocante a la naturaleza jurídica y juricidad del derecho familiar, tema toral del presente, vimos las teorías más destacadas de la dicotomía del derecho, esto, con el propósito de distinguir las diversas clases de normas jurídicas, a fin de saber si el derecho familiar es derecho público o privado, o bien, en su caso forma un nuevo género jurídico.

De manera continua, se anotaron las disímiles posturas de la ubicación del derecho familiar en el campo jurídico, las cuales, en su mayoría, discrepan en mucho con la autonomía del derecho familiar como un nuevo género jurídico, ya que casi todas de éstas consideran a nuestra disciplina familiar como parte del derecho privado, o bien, del derecho civil.

A pesar de lo dicho por los autores que contrarían la autonomía del derecho familiar, el hecho de que nuestra materia goce de autonomía didáctica, jurisdiccional, científica, procesal, legislativa e institucional, dice ya mucho para conformar un nuevo género jurídico; además, el derecho familiar desde un punto de vista comparativo, participa en muy no similar estructura de los principios egoístas del derecho privado, puesto que si en origen, principios e interés son en bastante nada similares con los del derecho privado, por

tanto, debe estimarse al derecho familiar cómo un nuevo género jurídico en el orbe del derecho.

Para concluir, consideramos no menos importante el caso de que algunos autores basándose en la autonomía del derecho social, ubíquen al derecho familiar cómo una rama de aquel, pero a pesar de tal afirmación, contraríamos con ella; en primer lugar porque el derecho social se dirige a una determinada parte de la sociedad; y en segundo término, por contemplar éste un carácter eminentemente económico, lo que en la familia no cabe el caso.

Es así cómo el derecho de familia no encuadra dentro de los géneros hasta hoy reconocidos por el derecho, por lo tanto, no puede decirse rama del derecho, sino género jurídico, el cual sí cumple y contempla en estricto sentido con todo requerimiento para serlo.

Reiteramos que nos es preocupante el hecho de que, en su mayoría, los autores privatistas den al respecto del tema tratado, posturas acientíficas y simplistas, ya que no hacen del mismo críticas objetivas, sino nada más comentarios vagos en sus respectivas obras, lo que nos hace presumir que éstos, sólo los hacen con el afán de hacer más voluminosos sus libros.

Finalmente creemos importante dar dos definiciones que se vinculan en el tema tratado en el presente, tales como el de "Interés Familiar" y el de "Derecho Familiar".

Interés Familiar.- Es aquel valor superior que enviste al núcleo base fundamental de la sociedad: La familia; y por el cual, el propio Estado, dada la importancia que guarda, tutela y protege este interés metajurídico, puesto que es el medio más eficaz para hacer posible la realización de los valores fundamentales y consecutivos del derecho, ya que al hacer posibles la justicia, la seguridad jurídica, el bien común; así -

como la libertad, la igualdad y la paz social, da cumplimiento a el objeto y razón de ser del derecho en general!"

Derecho Familiar.- "Conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto regular tanto el estado familiar de las personas como el interés superior que enviste a aquella, estado e interés, derivado de las relaciones matrimoniales y extramatrimoniales, así como el de tutelar y proteger sus efectos personales y patrimoniales de la propia familia".

B I B L I O G R A F I A

- 1.- Avelar Acevedo, Carlos. "Manual de Historia de la Cultura". Editorial Jus, segunda edición - México 1980.
- 2.- Beltran de Hereida, José. "La Doctrina de Cicú sobre la Posición Sistemática del Derecho de Familia". Revista de Derecho Privado. Madrid, España 1965.
- 3.- Bonnacase, Julien. "La Filosofía del Código Napoleón Aplicada al Derecho de Familia". Editorial Planet, tercera edición. Buenos Aires Argentina 1947.
- 4.- Cicú, Antonio. "El Derecho de Familia". Editorial Ediar, primera edición. Buenos Aires, Argentina 1947.
- 5.- Chavez Asencio, Manuel. "La Familia en el Derecho". Editorial Porrúa, primera edición. México, 1982.
- 6.- De la Cueva, Mario. "Nuevo Derecho Mexicano Del - Trabajo". Editorial Porrúa, novena edición. México 1982.
- 7.- De Ibarrola, Antonio. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa, tercera edición. México 1981.
- 8.- De Ruggiero, Roberto. "Instituciones del Derecho - Civil". Editorial Reus, segunda edición. T. número I. Traducción de Ramón Serrano... , Madrid, España 1978.
- 9.- Díaz de Guijarro, Enrique. "El Derecho de Familia como parte integrante del Derecho Civil - ante las tendencias de unificación del - Derecho". Revista de Derecho. Año XVI, números, I, II, III y IV. Lima, Perú 1952

- 10.- "Enciclopedia Jurídica, Omeba". Editorial bibliográfica, segunda edición. Buenos Aires, Argentina 1957.
- 11.- Engels, Federico. "El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado". Editorial Progreso, quinta edición. Moscú, Rusia 1979.
- 12.- García Maynes, Eduardo. "Introducción al Estudio Del Derecho". Editorial Porrúa, cuarta edición. - México 1984.
- 13.- Mendieta y Nuñez, Lucio. "El Derecho Precolonial". Editorial Porrúa, segunda edición, México 1976.
- 14.- Montero Duhalt, Sara. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa, segunda edición, México 1985.
- 15.- Petit, Eugene. "Tratado Elemental de Derecho Romano". Editorial Epoca, cuarta edición. México 1980.
- 16.- Recaséns Siches, Luis. "Sociología". Editorial Porrúa, tercera edición. México 1982.
- 17.- Revista del Consejo Editorial del Comité Directivo de la Secretaría de Capacitación Política - del P. R. I. "La Familia".
- 18.- Revista de la Facultad de Derecho. "Familia y Sociedad, su Transformación Social". Tomo XXIII, - número 109. Enero - Abril, México 1979.
- 19.- Rodríguez y Rodríguez, María Teresa. "El Derecho de Familia en México". Tesis de Doctorado de la Facultad de Derecho. U. N. A. M. 1982.
- 20.- Toennis, F. "Principios de Sociología". Editorial -- Fondo de Cultura Económica, segunda edición. México 1982.

- 21.- Trueba Urbina, Alberto. "Derecho Social Mexicano".
Editorial Porrúa, sexta edición. México 1982.

L E G I S L A C I O N
C O N S U L T A D A

- 22.- Código Civil para el Distrito Federal, 12 de Abril
de 1928.
- 23.- Legislación Familiar del Estado de Hidalgo, 20 de
Noviembre de 1983.
- 24.- Código de Procedimientos Civiles Para el Distrito
Federal. Comentado y concordado por el Lic.
Jorge Obregón Heredia. Editorial Porrúa, ter-
cera edición. México 1987.