

UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE

FACULTAD DE DERECHO

Con estudios incorporados a la Universidad Nacional
Autónoma de México.
Clave: 8793-09



879309
40
28

"AUTONOMIA DEL DERECHO FAMILIAR"

Tesis

Que para obtener el título de:
Licenciado en Derecho

PRESENTA:
FUENSANTA/MARTINEZ LERMA

FALLA DE ORIGEN

ASESOR:
LIC. JUAN JOSE MUÑOZ LEDO RABGO



Celaya, Gto.

Agosto de 1995.



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.

RECIBO
DE
PAGO
N.º 1234
A
LA
ORDEN
DE
SEÑOR
D. JUAN
DE
DIEGO
GARCIA
MARTINEZ
C/ ALFONSO
XIV, 123
28014 MADRID

A DIOS.

EL GRAN ARQUITECTO DEL UNIVERSO.
POR HABERME PERMITIDO FORMAR PARTE
DE EL.

A MIS PADRES.

POR HABERME LEGADO EN VIDA LA
MEJOR DE LAS HERENCIAS.... MI
CARRERA.

A MI PADRE. LIC. MARTE MARTINEZ
ALVAREZ.

PORQUE EN MOMENTOS IMPORTANTES
SUPISTE ORIENTARME EN LA ELECCION DE
LA VOCACION QUE SEGUIRIA DURANTE EL
RESTO DE MI VIDA.

A MI MADRE. SRA. ANGELICA LERMA
MACIAS.

DOS MIL GRACIAS NO SON
SUFICIENTES, PORQUE CON NADA PUEDO
PAGARTE EL QUE ME HAYAS REGALADO LA
VIDA Y EN ELLA EL AMOR, CARIÑO,
RESPECTO, COMPRENSION, DIGNIDAD,
PACIENCIA, APOYO, FE, VALOR Y
ORIENTACION NECESARIAS PARA SEGUIR
ADELANTE POR SIEMPRE.

A MIS HERMANOS.
MEXICO, MARTE, MARIA GUADALUPE Y
RAMIRO MARTINEZ LERMA.

CON INFINITO AMOR, CARIÑO Y
RESPETO, PRETENDIENDO QUE ESTA TESIS
SIRVA DE BASE Y ALICIENTE EN
USTEDES PARA LA CULMINACION DE SUS
METAS PERSONALES.

AL LIC. JORGE MUÑOZ GOMEZ.

PORQUE EN MI VIDA DE ESTUDIANTE
SERVISTE DE MODELO INALTERABLE Y
APOYO, REGALANDOME CON ELLO UN MUNDO
DE VALORACION.

A MI QUERIDA UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE, EN ESPECIAL A LA FACULTAD
DE DERECHO.

A TODOS MIS MAESTROS.

POR HABERME REGALADO PARTE DE SUS
CONOCIMIENTOS Y PACIENCIA,
CONTRIBUYENDO CON ELLO EN MAS DE LA
MITAD DE MI FORMACION PROFESIONAL
FUTURA.

AL LIC. RAMON CAMARENA GARCIA.

GRACIAS POR EL APOYO MORAL QUE
DESINTERESADAMENTE ME BRINDO EN MI
VIDA PERSONAL Y ESTUDIANTIL,
IMPULSANDOME CON ELLO A LOGRAR ESTA
META DESEADA.

AL LIC. JUAN JOSE MUÑOZ LEDO RABAGO.

GRACIAS POR LA CONFIANZA
DEPOSITADA Y EL APOYO RECIBIDO EN LA
ELABORACION DE ESTA TESIS.

A TODOS MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS.

SIN HACER MENCION A NIGUNO DE
ELLOS, PORQUE ALGUNAS MUCHAS PAGINAS
SERIAN INSUFICIENTES Y POR EL TEMOR
DE QUE POR UN ERROR DE MECANOGRAFIA
ALGUNO DE SUS NOMBRES PUDIERA NO
QUEDAR IMPRESO.

A EL.

PORQUE LLEGASTE A MI VIDA EN EL
MOMENTO PRECISO, ENSEÑANDOME A TU
LADO EL SIGNIFICADO DEL AMOR EN MI
MUNDO DE ESTUDIANTE.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO CONCEPTOS GENERALES

1.1	Concepto de Derecho	1
1.2	Concepto de Norma Jurídica	2
1.3	Características de la Norma Jurídica	2
1.3.1	Bilateralidad	3
1.3.2	Exterioridad	4
1.3.3	Coercibilidad.....	5
1.3.4	Heteronomía	6
1.4	Fuentes del Derecho	6
1.5	Conceptos Jurídicos Fundamentales	9
1.6	Clasificación del derecho.....	11

CAPITULO SEGUNDO.

ORIGEN Y EVOLUCION HISTORICA DE LA FAMILIA.

-		
2.1	Babilonia.....	17
2.2	Siria	18
2.3	Persia.....	19
2.4	China	20
2.5	Egipto	21
2.6	Grecia	22
2.7	Roma	26
2.8	Germanos	28
2.9	El cristianismo	30
2.10	Edad Media	32
2.11	Revolución Francesa	33
2.12	Nuevas Manifestaciones	35
2.13	México	36
2.13.1	Epoca Indígena	36
2.13.2	Epoca Colonial	38
2.13.3	México Independiente	39

CAPITULO TERCERO.
NOCIONES GENERALES.
DERECHO DE FAMILIA.

3.1	Objeto del derecho de familia.....	43
3.2	Concepto de Familia	44
3.3	Parentesco y Familia.....	46
3.4	Naturaleza Jurídica de la Familia.....	47
3.5	Naturaleza Jurídica del Derecho de Familia	49
3.6	El sistema General del Derecho de Familia	51
3.6.1	El Matrimonio	52
3.6.2	La Filiación	52
3.6.3	Concubinato	53
3.6.4	Divorcio	55
3.7	Fines de la Familia	57
3.8	Fines del Derecho Familiar	58
3.9	Derechos Subjetivos Familiares	59
3.9.1	Derechos Familiares Patrimoniales y no patrimoniales	59
3.9.2	Derechos Familiares Absolutos y Relativos	60
3.9.3	Derechos Familiares de Interés público y de interés privado	60
3.9.4	Derechos Familiares Transmisibles e Intransmisibles	61
3.9.5	Derechos Familiares Temporales y vitalicios	62
3.9.6	Derechos Familiares Renunciables e irrenunciables.	62
3.9.7	Derechos Familiares Transigibles e Intransigibles	63
3.9.8	Derechos Familiares Trasmisibles por herencia y Extinguibles por la muerte de su titular	64

**TEORIAS QUE APOYAN LA
AUTONOMIA DEL DERECHO
FAMILIAR.**

CAPITULO CUARTO.
TESIS DE ANTONIO CICU.

Tesis de Antonio Cicú	66
-----------------------------	----

FALLA DE ORIGEN

CAPITULO QUINTO.

TEORIA DE ROBERTO DE RUGGIERO.

Tesis de Roberto de Ruggiero 75

CAPITULO SEXTO.

TEORIA DE GUILLERMO CABANELLAS.

6.1 Criterio Legislativo 84
6.2 Criterio Científico..... 87
6.3 Criterio Didáctico 89
6.4 Criterio Jurisdiccional 92

CAPITULO SEPTIMO.

TESIS DE JOSE BARROSO.

7.1 Criterio Institucional 95
7.2 Criterio Procesal 99

CAPITULO OCTAVO.

TESIS DE JULIAN GUITRON FUENTEVILLA.

Tesis de Julián Güitrón Fuentevilla 101

CONCLUSIONES 108

BIBLIOGRAFIA 113

INTRODUCCION.

Un cúmulo de situaciones externas me llevaron a realizar el presente trabajo de investigación, entre ellas y la más importante fue la de obtener mi título de LICENCIADO EN DERECHO, cristalizando así mi sueño de estudiante.

El Tema de esta tesis es Autonomía del Derecho Familiar, en el campo Doctrinario este tema es un poco antiguo porque el primer Doctrinario que habla del desmembramiento del Derecho de Familia del Derecho Civil, lo hace en una primer teoría a principios del siglo, posteriormente se ve esta Teoría reforzada con las opiniones de otros doctrinarios civilistas, el Tema me pareció interesante porque en la Licenciatura de Derecho es un tema nuevo y de realidad social impactante.

Esta tesis está compuesta de ocho capítulos, en el primero de ellos, se encuentra contenidos los conceptos Generales del Derecho y termina con la clasificación del mismo, esto se hizo con la finalidad de llevarlos a Ustedes, paso a paso, hasta lograr ubicar el Derecho Civil y dentro de él al Derecho de Familia.

En el capítulo segundo existe una breve reseña histórica de la familia en los diferentes países a través de las diferentes épocas y ver cuan importante resulta para el

Derecho la misma y saber que no es posible apartarnos de ella, toda vez que constituye la base creadora de la sociedad.

El capítulo tercero lo titulé Nociones Generales del Derecho de Familia, e hice incapié en los objetos y fines de la familia y del Derecho Familiar así como las instituciones que intervienen en el campo del Derecho de Familia y los derechos subjetivos familiares.

Los capítulos posteriores contienen las teorías de los doctrinarios que pugnan por la Autonomía del Derecho de Familia, hice mención sólo a los puntos mas importantes de dichas teorías.

FALLA DE ORIGEN

CAPITULO PRIMERO

CONCEPTOS GENERALES.

CAPITULO PRIMERO.

CONCEPTOS GENERALES.

1.1 CONCEPTO DE DERECHO.

Etimológicamente la palabra Derecho proviene del vocablo latín, que significa lo que está conforme a la regla, a la ley, lo que es recto.

La palabra Derecho se usa en dos sentidos:

PRIMERO.- Una facultad reconocida al individuo por la ley para llevar a acabo determinados actos; aquí encontramos su significado fundamental, la ley protege y reconoce los derechos a quien es titular de ellos.

SEGUNDO: Normas jurídicas, aplicables a la conducta social de los individuos, es decir el conjunto de reglas o disposiciones que rigen la conducta de los hombres en sus relaciones sociales.

DERECHO POSITIVO.- "El Derecho positivos es un conjunto de normas que regulan la conducta social de los individuos, susceptibles de recibir una sanción política, y que, inspiradas en la idea de justicia, tienden a realizar el orden social." (1).

(1) *NOTO Salazar Efrain. Elementos de Derecho. Ed. Porrúa. Edi. 36. pág. 9*

DERECHO SUBJETIVO.- " Son facultades que el individuo tiene con relación a los miembros del grupo social al que pertenece y con relación también, al Estado de que forma parte". (2).

" El derecho subjetivo ha sido definido: como un interés jurídicamente protegido (Ihering); como la potestad o señorío de la voluntad conferido por el ordenamiento jurídico (Windscheid); es el derecho objetivo que, en determinadas condiciones, se pone a disposición de una persona, dados los supuestos establecidos en el mismo".(3)

1.2 CONCEPTO DE NORMA JURIDICA.

" Regla dictada por legítimo poder para determinar la conducta humana" (4).

1.3 CARACTERISTICAS DE LA NORMA JURIDICA.

La norma jurídica tiene cuatro características que son : la bilateralidad, la exterioridad, la coercibilidad y la heteronomía, ahora, debemos definir cada una de sus

(2) *Op. Cit.* Pág. 13.

(3) DE PINA Vara Rafael. *Diccionario de Derecho.* Ed. Porrúa. S.A. Edi. 17. pág. 24.

(4) *Op. Cit.* pág. 381.

características para poder tener una concepción más amplia de dicha norma y el saber que a parte de la norma jurídica existen otras, como son las normas de trato social, las morales y las religiosas, todas ellas tienen características comunes pero lo que diferencia a la norma jurídica, es que es la única que tiene la característica de la coercibilidad.

1.3.1 BILATERALIDAD.

Esto significa que impone deberes correlativos a las facultades que otorga. Frente a la persona que jurídicamente está obligada existe otra persona que es el titular del derecho reclamado, es decir, que hay alguien facultado para exigir el cumplimiento de lo prescrito o el derecho de reclamar el cumplimiento de la obligación.

Al existir esta característica encontramos que existen dos personas, uno que es el sujeto activo quien está facultado a exigir la prestación y un sujeto pasivo u obligado de la prestación reclamada.

El deber jurídico del obligado no puede ser considerado como una deuda, si correlativamente no existe un derecho de otra persona. La conducta de quien tiene la facultad de exigir un derecho tiene el atributo de licitud porque constituye precisamente un derecho que tiene conforme a la norma jurídica, es decir que se ha colocado en el

supuesto prescrito por la norma jurídica de donde deviene tal licitud y la facultad de exigir dicha prestación.

De lo anterior podemos deducir que la bilateralidad se basa en la existencia de un derecho de quien debe exigirlo (sujeto activo) y la obligación de cumplir con la prestación reclamada (sujeto pasivo).

1.3.2 EXTERIORIDAD.

Esto significa que a la norma jurídica lo que le interesa regular es la conducta externa del sujeto.

Con respecto a la exterioridad, ésta tiene sus bases fundamentales en la teoría moral Kelseniana, donde explica la característica de interioridad de la norma moral y aplica la exterioridad a contrario sensu.

El pensador Prusiano explica que una conducta es buena cuando concuerda interior y exteriormente, que lo que le da valor al acto no es el hecho aparente que puede ser captado por los sentidos, sino la rectitud del propósito.

Posteriormente explica que cuando una persona realiza un acto conforme al deber, su comportamiento no merece el calificativo de virtuoso. De esto, podemos deducir nosotros que, si bien es cierto como lo afirma el Doctrinario

Kelsen, es verdad que el hecho de actuar apegado a la norma jurídica sin el ánimo de tal comportamiento no merece el calificativo de virtuoso y, sin embargo, para nuestra materia es lo importante, dado que vivimos en un estado de derecho y debemos apegarnos a la normatividad jurídica, porque de lo contrario vendría por ende la consecuencia de derecho traducido al cumplimiento de un deber coercitivo impuesto por la norma.

Por lo tanto, la exterioridad estriba en que a la norma jurídica le interesa exclusivamente la manifestación de la voluntad del individuo realizada conforme al deber ser y que dicha realización del hecho o acto sea exteriorizada.

1.3.3 COERCIBILIDAD.

Esto significa que la norma debe ser cumplida aún en contra de la voluntad del sujeto obligado, es decir de forma no espontánea.

De lo anterior partimos para deducir que alguien realice ciertos actos ordenados o prohibidos por una norma.

Esta característica de la norma jurídica es la que la diferencia de las demás, dado que, una norma moral es incoercible, al igual que una norma de trato social y una de

tipo religioso ya que no habrá ninguna autoridad que sancione su incumplimiento.

En la norma jurídica, el Derecho determina en innumerables ocasiones el uso de la fuerza pública para que la observancia de sus preceptos sean cumplidos, es una imposición del deber jurídico que normativamente se encuentra reconocido.

1.3.4 HETERONOMIA.

En términos generales significa que hay alguien que crea la norma, en nuestro derecho es el legislador, hablo de la sujeción del del sujeto a un querer ajeno, de que otro es quien crea la normatividad a la que estará sujeto.

Las normas del derechos son heterónomas dado que su origen se encuentra en la voluntad o albedrío de un sujeto diferente al particular que es, quien tiene la obligación de la observancia de la norma creada.

1.4. FUENTES DEL DERECHO.

Dentro del campo jurídico encontramos que se habla de fuentes formales, históricas y reales; hablar de fuentes es hablar del lugar donde se encuentra el origen del Derecho,

para Stlamer una fuente del derecho es una voluntad humana tendiente a dictar un nuevo derecho, esto sin lugar a dudas es cierto, dado que, el origen del Derecho es siempre un acto o un conjunto de actos del hombre.

FUENTE FORMALES.- Son procesos de creación de Normas jurídicas.

FUENTES REALES.- Son los factores y elementos que determinan el contenido de tales Normas.

FUENTES HISTORICAS.- Son los documentos que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes.

Ahora encontramos que dentro de las fuentes formales del Derecho se encuentran la legislación, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, aunque Eduardo García Maynez excluye a la Doctrina.

LA LEGISLACION.- " Proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general, a las que se les da el nombre específico de leyes".(5)

(5) GARCIA Maynez Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*. Ed. Porrúa. S.A. Edi. 42. pág. 52.

COSTUMBRE.- " Es un uso implantado en una colectividad considerado por ésta como jurídicamente obligatorio; es el Derecho nacido consuetudinariamente, el *jus moribus constitutum*".(6)

De la anterior definición podemos observar que un derecho derivado de la costumbre posee dos características:

1o. Que está integrado por normas sociales derivadas de un uso reiterado en un tiempo más o menos largo;

2o. Tales normas se transforman en derecho positivo cuando la colectividad que las prácticas las reconoce como obligatorias, como si se tratase de una ley.

JURISPRUDENCIA.- " Es la interpretación que de la ley hacen los tribunales, cuando la aplican a cinco casos concretos sometidos a ellos y la generalizan".(7)

Podemos observar en nuestro derecho que la jurisprudencia viene a aclarar las dudas que se presentan en la interpretación de la norma jurídica y, que a demás, en innumerables ocasiones viene a llenar las lagunas de la ley.

DOCTRINA.- Está integrada por el conjunto de

(6) *Op. Cit. pág. 61.*

(7) *Op. Cit. pág. 10.*

estudios y opiniones que los autores de Derecho realizan o emiten en sus obras.

1.5 CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES.

Los conceptos jurídicos fundamentales y su clasificación son importantes para poder tener una clara perspectiva jurídica y poder entender los problemas que se plantean en la ciencia del Derecho.

Primeramente daré una definición de lo que es el concepto jurídico fundamental y posteriormente pasará a hacer su clasificación y dar una definición de cada uno de ellos.

"Los conceptos jurídicos fundamentales son aquellos que intervienen como elementos constantes y necesarios en toda relación jurídica, es decir, en toda forma de conducta jurídica que se produce por la aplicación de la norma de Derecho a los casos concretos."

La norma jurídica se encuentra siempre en potencia y en ella van implícitos los conceptos jurídicos fundamentales, se actualiza cuando se realiza uno o varios de los supuestos del Derecho.

Rojina Villegas llega a la siguiente enumeración de los conceptos jurídicos fundamentales:

a) SUPUESTO JURIDICO.- Es la hipótesis normativa de cuya realización depende que se produzcan las consecuencias de Derecho.

Es una hipótesis normativa en virtud de que comprende en términos hipotéticos al enunciado que es donde se encuentra toda norma jurídica y de cuya realización dependerán las consecuencias jurídicas contenidas en la parte dispositiva de la misma.

b) CONSECUENCIAS DE DERECHO.- Son aquellas situaciones jurídicas concretas que se presentan cuando se realizan uno o varios de los supuestos de Derecho.

c) LA COPULA " DEBER SER ".- Es el nexo que une la hipótesis normativa con la disposición, es decir, constituye el vínculo normativo entre el supuesto jurídico y la consecuencia de Derecho.

d) SUJETOS DE DERECHO.- También son denominados personas jurídicas, son los entes que sirven de centros de imputación de derechos subjetivos, deberes jurídicos, sanciones, actos y normas de Derecho.

Es importante señalar que el derecho distingue a las personas físicas y a las personas morales.

El hombre constituye la persona física, también llamada persona jurídica individual.

Los entes creados por el Derecho son las personas morales o ideales, también llamadas personas jurídicas colectivas.

e) OBJETOS DE DERECHO.- Son aquellos que comprenden la conducta jurídica lícita: facultades, deberes, actos jurídicos, hechos lícitos, sanciones y la conducta jurídica ilícita.

f) LAS RELACIONES JURIDICAS.- Constituye elementos complejos de articulación de todos los elementos simples mencionados con antelación, se trata de un elemento ideal que resulta de la combinación de los diversos conceptos jurídicos fundamentales, conteniendo potencial en la norma y actualizando, por virtud de un supuesto jurídico, al vincular sujetos determinados y objetos o formas de conducta que también son regulados de manera precisa a fin de que se manifiesten como facultades, deberes o sanciones.

1.6 CLASIFICACION DEL DERECHO.

Ahora me es preciso hacer la clasificación del Derecho, dado que, resulta importante para la realización de la presente y el poder ubicarnos dentro del Derecho Privado,

dentro de éste el Derecho Civil en el cual encontramos el Derecho de Familia que es el tema fundamental de la presente.

El Derecho es un conjunto de normas que tienen como finalidad regir la conducta de los individuos para hacer posible la vida en comunidad.

El Derecho se divide en DERECHO SUBJETIVO Y DERECHO OBJETIVO.

DERECHO SUBJETIVO.- Son facultades que tiene el individuo con relación a los miembros del grupo social al que pertenece y con relación, también al Estado del que forma parte.

DERECHO OBJETIVO.- Se define como el conjunto de facultades reconocidas a los individuos por la ley, para realizar determinados actos en satisfacción de sus propios intereses.

Los derechos subjetivos se dividen en Derechos políticos, públicos y civiles.

DERECHOS SUBJETIVOS POLITICOS.- Son los que tienen los individuos cuando actúan en calidad de ciudadanos miembros de un Estado. Es necesario para poseerlos ser ciudadano y nacional de un Estado, lo que implica determinadas restricciones.

En nuestro país, sólo los ciudadanos mexicanos, mayores de edad gozan de los mencionados derechos subjetivos políticos.

DERECHOS SUBJETIVOS PUBLICOS.- Son los que tiene el hombre por el solo hecho de serlo, sin tomar en cuenta sexo, edad o nacionalidad.

Basta el sólo hecho de ser hombre para convertirse en titular de tales derechos y se encuentran consagrados en los primeros 28 artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

DERECHOS SUBJETIVOS CIVILES.- También se les llaman Derechos Civiles y son aquellos que tienen los individuos en sus relaciones de carácter privado.

Los Derechos subjetivos Civiles se dividen a su vez en Derechos Personales y Patrimoniales.

DERECHOS SUBJETIVOS CIVILES PERSONALES.- También se les denomina derechos personalísimos. Son los que se relacionan directamente con la persona misma y que le están íntimamente unidos.

Son inherentes al sujeto, o sea, que el sujeto no puede desprenderse de ellos, que por su naturaleza están unidos a él y que son intrasmisibles.

DERECHOS SUBJETIVOS CIVILES PATRIMONIALES.- Son aquellos que tienen un contenido de carácter económico, es decir, que son estimables en dinero. Estos por su naturaleza misma si pueden ser enajenables y transmisibles.

Los derechos subjetivos civiles patrimoniales a su vez se dividen en reales y de crédito.

DERECHOS SUBJETIVOS CIVILES PATRIMONIALES REALES.- Son los que tienen una o varias personas sobre un bien, y que traen, para quienes no son los titulares de dichos derechos, la obligación de abstenerse de perturbar al titular en el goce de los mismos.

Son aquellos que conceden a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa materia del Derecho, dicho poder se puede ejercer con exclusión de los demás individuos que nos son titulares del mismo.

DERECHOS SUBJETIVOS CIVILES PATRIMONIALES DE CREDITO.- Se definen como la facultad que tiene una persona denominada acreedor para exigirle a otra denominada deudor el pago de una prestación o la realización de un hecho positivo o negativo.

Antes de entrar en la clasificación del Derecho Objetivo, quiero dejar señalado que solamente definiré de éste, los que sean interesados con el tema; dada su basta

clasificación de la ramificación anterior, todas las definiciones mencionadas son necesarias en esta tesis, y serán utilizados con posterioridad; de las que faltan por mencionar sólo utilizaré y por consiguiente también sólo definiré a los Derechos Subjetivos Civiles y su clasificación.

El Derecho Objetivo se divide en INTERNO y EXTERNO.

El DERECHO OBJETIVO INTERNO a su vez se divide en PUBLICO Y PRIVADO.

Entre el Derecho Objetivo Interno Público se encuentran los siguientes Derechos: Administrativo, Constitucional, Penal, del Trabajo, Agrario y Procesal, y éste, a su vez se divide en Procesal Civil y Procesal Penal.

Para muchos autores, dentro del Derecho Positivo Interno se encuentran el Público, el Privado y el Social; desprendiendo así del Derecho Público el Derecho Agrario y el Derecho del Trabajo.

En el Derecho Positivo Interno Privado se encuentra el Mercantil, Canónico y el Civil, éste último, a su vez se divide en PERSONAS, CONTRATOS, OBLIGACIONES Y SUCESIONES.

El Derecho Objetivo Externo se divide a su vez en Privado y Público.

EL DERECHO OBJETIVO INTERNO PUBLICO.- Es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones del Estado, como ente soberano, con los ciudadanos o con otros Estados.

EL DERECHO OBJETIVO INTERNO PRIVADO.- Lo podemos definir como el conjunto de normas jurídicas que rigen las relaciones de los particulares entre sí.

EL DERECHO OBJETIVO INTERNO PRIVADO CIVIL.- Es el conjunto de disposiciones qes jurídicas que rigen las relaciones privadas de los particulares entre sí.

CAPITULO SEGUNDO

EVOLUCION HISTORICA DE LA
FAMILIA.

CAPITULO SEGUNDO.

ORIGEN Y EVOLUCION HISTORICA DE LA FAMILIA.

Antes de empezar a estudiar las Teorías que pugnan por la AUTONOMIA DEL DERECHO FAMILIAR, he creído conveniente entrar al estudio del origen y la evolución histórica de la familia, posteriormente, en el capítulo siguiente, hacer un análisis de los fines, objetos, sujetos de la familia, definiciones del Derecho Familiar y algunos otros conceptos fundamentales para tener un panorama más amplio de lo que es el Derecho Familiar.

2.1 BABILONIA.-

" Eran perfectamente lícitas y bien vistas las uniones libres, semejantes en algunos aspectos, a los matrimonios de ensayos de ciertos países en nuestra época y los que podrían poner fin cualquiera de las partes. Para señalar su condición de concubina, la mujer debía de llevar como insignia un olivo de piedra o de arcilla".

" Los matrimonios se convenían entre los padres, e iban acompañados por un intercambio previo de regalos, que en algunos casos llegaba a convertirse en una compra lisa y llana. La patria potestad confería no sólo poderes absolutos, sino también derechos atroces. El padre podría entregar por

dinero a su hija, y en otros casos no matrimoniales por cierto, podía vender a su mujer y a sus hijos."

" A pesar de estas prácticas, el matrimonio era monógamo, por lo menos tanto como en cualquier país de nuestros días y los esposos solían conservarse fidelidad...."

" De acuerdo a los términos del Código de Hamurabi, la mujer adúltera y su cómplice deberían pagar el delito con su vida, a menos que el marido, mas benévolo prefiere arrojarlos desnudos a la calle. Pero esta disposición tan drástica, quedaba atenuada por otra que establecía que se juzgaría a los culpables de adulterio únicamente en el caso de que el marido no perdonase a su mujer, o el rey a su súbdito. Y dadas las costumbres imperantes, era muy fácil que uno de los dos perdonase." (1).

2.2 SIRIA.-

" En Siria la familia estaba organizada con un severo régimen patriarcal, y uno de sus objetivos mas importantes, dadas sus características del país esencialmente guerrero, eran la perpetuación y aumento de la especie. Las leyes y la moral influían para aumentar el número de nacimientos. El aborto era considerado como un crimen capital y las mujeres que lo cometían se les empalaba."

(1) Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XI. Sociedad Bibliográfica. pág. 982.

Los matrimonios se celebraban por contrato y algunas veces se limitaban a una compra pura y simple. Las leyes reducían a la mujer a una situación de inferioridad: "deberían ser veladas en público; obedecer ciegamente a su marido y serle estrictamente fiel. Por el contrario, los hombres solían tener tantas concubinas como permitieran sus medios económicos y sin recibir ninguna sanción moral o legal". (2)

2.3 PERSIA.-

La legislación familiar se encuentra contenida en un libro sagrado llamado el Zend-Avesta.

En este país debido a las necesidades bélicas, se consideraba como una necesidad aumentar continuamente la población y se protegían todas las situaciones tendientes a lograrla.

El incesto era considerado como un pecado, las uniones se realizaban siempre entre extraños. Los padres eran quienes celebraban los matrimonios de sus hijos cuando éstos llegaban a la pubertad.

El aborto se consideró como un delito grave, peor que el adulterio dado que éste se podía perdonar, pero aquél

(2) Op. Cit. pág. 982.

se castigaba con la pena de muerte. Los persas colocaron a la mujer en un lugar de inferioridad.

2.4 CHINA.-

La familia se perdía en el reino sin privilegios de castas y el individuo dentro de la familia se perdía, la casa era un pequeño Estado y el Estado una casa vastísima. La familia tenía un carácter esencialmente patriarcal, entre los ricos se permitía la poligamia, el matrimonio era arreglado por los padres de los contrayentes y eran quienes elegían a los cónyuges de sus hijos, éstos se conocían hasta el día de la boda, entre los contrayentes se establecían fuertes lazos de respeto y afecto.

" Algunos padres del novio, procuraban examinar a la joven para descubrir si tiene defectos y luego la compran a sus padres pagando la dote, a la que añaden regalos de mas o menos valor.

El día de la boda la conducen a casa del marido acompañamiento de los parientes, amigos y criados, con música, quirnaldas, perfumes y regalos. La esposa va en un hermoso palaquín, cerrado con llave que abre el marido cuando llega y entonces ve a aquélla con quien tiene que pasar la vida. Si no le gusta, la despide algunas veces; si le agrada, la introduce en la sala donde después de hacer algunas

reverencias a Tien y a los nuevos parientes, la deja con las señoras convidadas." (3)

La mujer aprendió a ser subordinada desde el día en que nació. La cuna de la recién nacida se colocaba en el suelo en señal de inferioridad. La mujer casada en la clase privilegiada debió obediencia a su señor. Nunca se dirigió a él por su nombre.

El divorcio podía ser arreglado sin la intervención del Estado.

La mujer repudiada podía quejarse ante la justicia y obtener licencia para volverse a casar.

2.5 EGIPTO.-

Se atribuyó a Mánés la institución del matrimonio, lo cual quiere decir que la colonia de que fue jefe comenzó la civilización del país, estableciendo la base de la sociedad en uniones legítimas. Se casaban con las primas y cuñadas que quedaban viudas y sin hijos, más tarde se introdujo la dinastía macedónica donde existían los matrimonios entre hermanos. Era tolerada la poligamia pero no entre los sacerdotes quienes conservaron sin duda por medio

(3) CANTU Cesar. *Historia Universal*. Tomo VI. pág. 187.

de la tradición ideas más justas acerca de este título.

Hombre y mujer gozaban de los mismos derechos ante la ley. Podía la mujer enajenar su propiedad, ser parte en los contratos, entablar procedimientos, otorgar testamentos y rendir testimonios sin estar asesorada de ninguna persona y tales derechos no estaban restringidos a las clases acomodadas. Los esclavos podían tener propiedad y disponer de ellas según sus deseos.

El matrimonio siempre fue monógamo, salvo excepciones en favor del rey y de los príncipes durante las épocas feudales. El contrato matrimonial fue sumamente estricto, existió la propiedad conyugal en la que el hombre gozaba de las dos terceras partes y la mujer del resto; el hombre administró la propiedad y vigiló que las adquisiciones fueran distribuídas en propiedad prescrita, cada parte podía tener propiedad exclusiva.

2.6 GRECIA.

En la época heroica, la sociedad se asentaba sobre un despotismo patriarcal, mitigado por la belleza y los enojos femenino y un amor paternal impregnado de primitiva ternura. En teoría ejerce el padre el supremo poder, puede tener cuantas concubinas quiera y ofrecerlas a sus huéspedes y también puede exponer a sus hijos en las cimas de las

montañas para que mueran o sacrificarlos en los templos de dioses sedientos de sangre. Esa omnipotencia paternal significa no el que se viviese en un Estado brutal, sino que la organización del Estado era un harto rudimentario para poder garantizar el orden social, por lo que la familia, para poder asentar ese orden social, precisaba gozar de aquellos poderes de los que más tarde habría de apropiarse el Estado gracias a la nacionalización del Derecho de matar. A medida de que progresa la organización social, la autonomía paterna y la unidad familiar disminuyen crece la libertad y el individualismo.

El matrimonio tenía lugar por compra, pagando el novio al padre de la novia el precio correspondiente en bueyes o su equivalente. Pero la compra suele ser recíproca, pues de ordinario el padre entrega a la novia una importante dote. La ceremonia tiene a la vez carácter familiar y religioso y va acompañada de grandes banquetes, danzas y alegría.

La familia homérica aparece como una institución vigorosa y amable en la que abundan las esposas ejemplares y los hijos fieles. Las mujeres no cumplían solo su función de madre, sino que realizaban además, diversos quehaceres, como por ejemplo, moliendo grano, hilando, tejiendo, cargando la lana, bordando etc., la mujer además de dedicarse a la crianza de los hijos curaba la heridas, enseñaba los usos y la moral y las tradiciones de la tribu.

Posteriormente se dictaron leyes y entre ellas hubo algunas que limitaron las dotes buscando de esta forma que los matrimonios se realizaran por motivos de afecto entre los cónyuges y para la educación de los hijos, así mismo se dispuso que la mujer no tuviera en su guardarropa más de tres trajes.

En la Atenas clásica se permiten las relaciones extramatrimoniales, las mujeres respetables deberían ir castas al matrimonio, entre los varones solteros, una vez pasada la edad de la adolescencia, eran pocas las trabas morales que oponían a sus deseos. Los grandes festivales religiosos venían a ser un freno a los apetitos carnales algo así como válvulas de seguridad entre las personas. La licencia sexual que tales ocasiones imperaba se aceptaba que podía observarse más fielmente la monogamia en el resto del año.

Los griegos conocieron el amor romántico, pero muy raramente en cuanto a la causa del matrimonio. Por su parte los poetas líricos hablan del amor abundantemente.

El matrimonio se negociaba por medio de parientes o por casamenteros profesionales que miraban no al amor sino a la dote. El padre entregaba a la hija, como aporte al matrimonio una suma de dinero, ropa, joyas y esclavos. Estos bienes continuaban siendo bienes de la propiedad de la esposa lo cual se llevaba en caso de separación o divorcio.

Hecha la elección y aceptada la dote, tiene lugar en el domicilio del padre de la novia la celebración de solemnes esponsales en los que deben intervenir testigos, no siendo en cambio, necesaria la prescencia de la esposada. Sin estos desponsorios formales no había unión valedera para el Derecho Ateniese, y ellos venían a ser como el primer acto del complejo rito matrimonial. El segundo acto, que tenían lugar pocos días después, consistía en un fiesta en casa de la novia. Los novios debían purificarse previamente en sus hogares mediante un baño ritual. Concurrían a la fiesta los miembros de las dos familias; a un lado de la habitación se sentaban los hombres y al otro las mujeres, comiendose entre todos una torta nupcial y bebiendose mucho vino.

El marido podía tomar, amén de su esposa una concubina. Nosotros tenemos cortesanas para el deleite -dice Demóstenes- concubinas para la diaria salud de nuestro cuerpo y esposa para darnos legítima descendencia y para que sean fieles custodios de nuestros hogares; en cuya tremenda frase aparece condensado el punto de vista sobre la mujer de los griegos de la época clásica. Las leyes de Dracón autorizaban el concubinato y, después de la expedición de Sicilia del año 415, habiendo disminuído el número de ciudadanos a causa de la guerra, por lo que muchas jóvenes no podían encontrar marido, las leyes permitieron expresamente los matrimonios dobles. La esposa solía aceptar a la concubina con resignación oriental, segura de que cuando los encantos se marchitasen se convertiría en una esclava doméstica. El

Derecho castigaba a la adúltera y al adúltero con la pena de muerte.

Para el hombre el divorcio era cosa sencilla pudiendo repudiar a la mujer en cualquier momento sin necesidad de declarar el motivo. La esterilidad era razón suficiente para el divorcio puesto que el objeto del matrimonio era tener hijos.

2.7 ROMA.-

La familia era un grupo sometido a la política, el matrimonio debía de ser considerado como el sacrificio de un deber particular a un deber público.

La familia en Roma se entendía en dos sentidos:

1) La reunión de personas colocadas bajo el poder o la manus del jefe único (Paterfamilias), los descendientes están sometidos al poder de la autoridad paternal y la mujer in manu que está en condición análoga de una hija.

La caracterización de la familia así entendida está caracterizada por el rasgo dominante del régimen patriarcal: la soberanía del padre o del abuelo paternos, quienes serán dueños absolutos de las personas colocadas bajo su autoridad. Su poder se extiende hasta las cosas. Todas sus adquisiciones

y las de los miembros de su familia se concentran en un patrimonio único sobre el cual ejerce sólo él durante toda su vida los derechos de propietario. También el paterfamilias cumple como sacerdote de dioses domésticos, las sacras privata, las ceremonias del culto privado que tienen por objeto asegurar a la familia la protección de los ascendientes difuntos.

Esta organización que tiene por base la preeminencia del padre y donde la mujer no jugó ningún papel, es del tiempo del origen de Roma, habiendo quedado intacta durante varios siglos. Se modificó muy lentamente sobre todo bajo el imperio donde la autoridad del jefe llegó a ser menos escueta.

2) El otro sentido es el que las personas colocadas bajo la autoridad paternal, están unidas entre ellos por el parentesco civil llamado AGNATIO. Todas las personas descendientes se consideran como pertenecientes a una misma familia civil. Este conjunto de familias comprende a los agnados, es decir, al conjunto de personas unidas entre ellas por un parentesco civil.

El matrimonio romano se hallaba integrado por dos hechos esenciales:

a) Uno físico, la conjunción del hombre con la mujer, la cual se manifestaba exteriormente con la deductio de la

esposa de la esposa in domum mariti (entendida como la unión o unidad de vida).

b) Otro elemento intencional o psíquico, vivifica el material o corporal, del mismo modo de la posesión a la cual compran las fuentes romanas con preferencia. El elemento espiritual es el affectio maritalis, es decir, el afecto de quererse por marido y mujer, de crear y mantener vida en común, de perseguir la consecución de los fines de la sociedad conyugal; la voluntad que no consiste en el consentimiento inicial, sino que debe de prolongarse en el tiempo, renovándose de momento a momento porque sin ella la convivencia física pierde su valor, y el matrimonio deja de existir.

También en Roma se obliga a los jóvenes a casarse.

2.8 GERMANOS.

En este Derecho, al igual que en el Derecho Romano, pueden distinguirse dos círculos familiares:

1) El círculo estricto la casa, que es una comunidad erigida sobre la potestad del señor de la casa y que abarca, además de él mismo, la mujer, los hijos, los siervos, los extraños acogidos a la hospitalidad de la casa.

2) La esfera amplia es la Sippe, comunidad representada por los agnados no sujetos a la ajena patria potestad, y cuyos vínculos, no sólo de hecho sino también de derecho, se manifiestan en servicio de las armas y la guerra, en la colonización y en el culto y por el juramento que posteriormente es el título de la potestad sobre los miembros de la Sippe, huérfanos y necesitados de la tutela y fuente de todo derecho sucesorio.

La evolución posterior marca también fases muy parecidas a la del Derecho Romano. La Sippé se descompone y los vínculos agnáticos hubieron de ceder el puesto a la familia cognaticia.

El matrimonio se basa en el acuerdo de voluntades que una vez concluido no puede disolverse. Este acuerdo de voluntades se materializa en un contrato que primitivamente sería la compra de la esposa y, luego, más espiritualizado, de adquisición de poder sobre ella.

Este matrimonio se celebra en el matrimonio legítimo, entre el varón y el tutor de la mujer; a su lado surge el frieledelehe o matrimonio libre, contrato que tiene lugar directamente entre los esposos. Además del matrimonio legítimo se distingue desde época temprana dos partes, a modo de la bipartición que en la adquisición de la propiedad opera la teoría del título y modo: un contrato de esponsales el cual originariamente no se contaba con la voluntad de la

mujer, y un acto de entrega formal de la novia al novio, en presencia de los parientes y con ofrecimiento de determinados símbolos.

2.9 EL CRISTIANISMO.

El cristianismo tuvo una gran importancia en la transformación de la familia y el Derecho en el campo ético. Elevó el matrimonio a la dignidad de sacramento; proclamó los principios de igualdad, dignidad de los esposos y la indisolubilidad del vínculo; contribuyó a mitigar la antigua rudeza de la patria potestad.

De hecho, la familia y en general el matrimonio han sido regidos durante muchos siglos por el Derecho Canónico, sobre la base del matrimonio entre los cristianos es un sacramento, y, en consecuencia, debe de estar sujeto totalmente a la legislación y jurisdicción eclesiástica, salvo las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

En las legislaciones paganas el matrimonio era una relación de propiedad en que no había dos personas que se enlazaban, sino una que adquiría el dominio y poder y otra que, en concepto de cosa, se entregaba y se sometía.

El cristianismo fundó el matrimonio sobre la base de igualdad; hizo de él una sociedad, una sola persona, una

asociación de tan estrechos lazos que los cónyuges funden sus vidas en una unidad superior.

El matrimonio cristiano queda fundado indisolublemente en por la recíproca prestación del consentimiento de cada uno de los esposos. El signo sacramental es la unión de los consentimientos y de los cuerpos, realizan la unión indisoluble de los esposos.

El sacramento referido al matrimonio es el signo de la misma realización contenido en un sí de los esposos, en la unión de los consentimientos y los cuerpos, promesa mutua y en la vida conforme a esa promesa, esa sí es la voluntad de pertenecerse mutuamente en el amor, en la fidelidad, libremente consentida hasta la muerte; este signo produce lo que significa, el amor y la unión indisoluble de los esposos.

El matrimonio es de este modo una imagen del matrimonio de Dios con la humanidad, o Cristo con la Iglesia, por último he de decir, que es un signo productor de gracia de estado que capacita a los esposos para que vivan de tal forma se unión sacramental que efectivamente realicen la semejanza del misterio Cristo-Iglesia.

2.10 EDAD MEDIA.

En la Edad Media, la familia fué un organismo económico que tenía como fin primordial bastarse a sí misma; sembraba y cosechaba sus propios alimentos, hilaba sus telas en el desarrollo de la industria doméstica.

"Producto de la influencia canónica sobre el primitivo fondo germánico o autóctono y el Derecho Romano mas o menos recibido, la familia medieval aparece a la vez como un organismo de ética muy elevada y como uno de los núcleos sociales fuertemente constituídos." (4).

En esta época, era socialmente necesario el matrimonio por la necesidad de aumentar la población, lo cual hizo que se consedieran privilegios a los casados, estableciendose a la vez penas contra los solteros.

La baja Edad Media marca la iniciación de un doble proceso hasta hoy continuado, el de la reducción de la familia a los parientes mas próximos y el desarraigo de ésta al crecer el número de familias ciudadanas en relación con las familias campesinas.

(4) GUITRON Fuentevilla Julián. *Derecho de Familia*. pág. 52.

2.11 REVOLUCION FRANCESA.

El pensamiento cristiano dejó huellas profundas, pero con la Revolución francesa se dio un gran paso atrás en materia familiar, al quitarle al matrimonio su carácter de religioso y conceptuarlo como un contrato, el cual se consideraba como la simple manifestación del consentimiento, y se mina la principal fuente de la familia. Mazeaud afirma " cuando se ha concluido un contrato se es libre para ponerle término por medio de un nuevo acuerdo, así cabe disolver el matrimonio por voluntad común. El Derecho Revolucionario admite, pues el divorcio por mutuo consentimiento." (5)

Producto de la Revolución Francesa fué el Código de Napoleón, que fue una combinación del Derecho antiguo y el Revolucionario. Separándose la opinión de Planiol, Bonecase afirma que el código Napoleónico no tuvo nada de espíritu de moderación y cordura en el Derecho de familia y la obra de la revolución francesa no es precisamente de aquellas que la honran. Puede resumirse en una frase. La revolución no reconocía a la familia como una unidad orgánica.

El cambio de ideas y estructuras continua paulatinamente y se acelera en el siglo XVII con el

(5) DE LA CRUZ Berdejo José Luis. *Derecho de Familia. Tomo 1. pág. 16.*

movimiento filosófico de la ilustración. Los filósofos ilustrados concretan la composición del grupo familiar a los padres y los hijos los mantienen en la independencia; defienden la licitud y conveniencia del divorcio.

Por esta época la reforma venía afirmando la autoridad del poder civil en tema del matrimonio, y esta postura, junto con la de los países católicos de no reconocer otra forma matrimonial que la canónica, creó un problema en toda Europa: si se consiedraba la unidad de forma matrimonial ni los protestantes podían contraer matrimonio en país católico, ni los católicos en país protestante.

El remedio a esta problemática fue el matrimonio civil subsidiario, que, facilitaba una forma matrimonial a los disidentes del culto oficial.

A la vez, la tendencia a la secularización fue introduciendo el matrimonio civil en países no católico, y luego reconocido por el código Napoleón como única forma posible: dicho texto legal establece, incluso su procedencia es obligatoria, prohibiendo a los ministros de cualquier culto llenar anteriormente la forma religiosa.

El matrimonio civil se generalizó en el siglo XIX, bien en forma única, bien como electivo.

2.12 NUEVAS MANIFESTACIONES.

Sobre lo que acontece en los últimos siglos, el Derecho de Familia se ha producido aparentemente en forma paradójica, en un sentido casi contrario.

La emancipación de la burguesía no fue la emancipación de un individuo, sino de una clase social, por otro lado la familia quedó limitada al campo de su función primordial que es la economía. Junto a esto viene una corriente contraria a los ideales liberales, en donde en lugar de libertad vemos la subordinación del individuo a las instituciones familiares, en vez de igualdad encontramos una estructura jerárquica muy acusada, que va desde el padre de familia hasta el hijo; vemos en diversas materias del Derecho de Familia una evolución en favor de la emancipación del individuo en sus relaciones personales, mayor igualdad y mayor libertad.

En este siglo, podemos observar dos concepciones acerca de la relación familia con el Derecho, unos defienden el principio de la autarquía familiar y consideran que debe de huirse de toda intromisión del Estado en la vida familiar robusteciendo los vínculos que de ella nacen y ampliar la esfera de sus atribuciones, y por otro lado los que creen que cada día deben de ampliarse más la esfera de acción del Estado y que éste ha de venir a realizar muchas de las funciones antes encomendadas a la familia, y, sobre todo, la

misión mas alta, la del cuidado de los hijos no puede dejarse encomendada a la actuación familiar, pues el Estado tiene interés decisivo en que los ciudadanos futuros sean para él hombres útiles, y no tienen garantía suficiente de que por la sola situación de sus familias, puedan llegar a serlo.

Tambien observamos que durante el último siglo se han presentado manifestaciones interesantes en el orden de la regulación legal de la familia; las Constituciones Políticas de los Estados se preocupan cada vez más por incorporar dentro de sus normas lo relativo a la familia. Existe tambien la corriente de Derecho Civil con la Autonomía de las normas del Derecho de Familia.

Casi todos los países Socialistas han pugnado por la promulgación de una legislación especial de lo familiar.

2.13 MEXICO.

2.13.1 EPOCA INDIGENA.

Por lo que respecta a las costumbres familiares, había una gran variedad en lo referente a los principios básicos del matrimonio así como en lo que respecta a las costumbres e influencia social de la familia.

La poligamia constituyó una especie de privilegio entre los pudientes, siendo una de las causas que mas

dificultaron la evangelización, ya que por una parte los principales no querían dejar esas costumbres y por otro los misioneros no sabían como resolver el problema moral para resolver lo de la monogamia excluyendo a las diversas esposas, después de varios intentos, llegaron a la conclusión de que la primera mujer era la que debería prevalecer, que era la única legítima.

El divorcio existía entre los indígenas, y cuando se ofrecía algún pleito de divorcio, que era pocas veces, procuraban los jueces que los conformaran y pusieran en paz, y reñían ásperamente al que era culpado, y les decían que mirasen con cuanto acuerdo se habían casado y que que no hechasen en vergüenza y deshonra a sus padres y parientes que habían entendido en los casar, y que serían muy notados del pueblo.

El adulterio se consideraba como un grave delito y por lo general se castigaba con pena de muerte a los adúlteros ejecutando el marido ofendido la sentencia. En el matrimonio intervenían los padres, quienes buscaban la novia previa conformidad del interesado; se reunían los padres y parientes en consejo de familia para escoger a la novia.

Había ceremonias previas en la casa del novio y de la novia en las que se les preparaba a ambos para su vida de matrimonio; la edad para ello fluctuaba entre los veinte años; las fiestas de matrimonio duraban cuatro días, durante

ellas, todos los parientes vivían en la casa de los novios para acostumbrarse a tratarse como familiares.

2.13.2 EPOCA COLONIAL.

El matrimonio, a más de las disposiciones generales en el derecho canónico y en la legislación de Castilla, había motivado disposiciones particulares en las Indias por las condiciones particulares que ahí se prestaban.

Las reglas del Derecho Civil con lo que respecta al matrimonio se encuentran contenidas en Indias, en donde aquí como en España, los menores de 25 años para contraer matrimonio necesitaban previa autorización del padre, en su defecto de la madre, de los abuelos o de los parientes más cercanos.

El matrimonio contraído sin licencia no producía efectos civiles ni con relación a los cónyuges, ni en lo tocante a los hijos, así que ellos no tenían derechos de familia.

Con el objeto de evitar que se originaran los matrimonios por la coacción que ejercían las autoridades coloniales sobre las personas de los lugares y de los padres sobre los hijos, así como para obtener un matrimonio político y económicamente ventajoso, y principalmente para evita

vínculos de familia entre los funcionarios públicos naturales de los lugares, se dispuso que prohibía y se defendería los que realizaran estos tipos de actos sin licencia y se les impondría una pena.

2.13.3 MEXICO INDEPENDIENTE.

En el México Independiente el matrimonio hasta antes de las leyes de Reforma fue con dependencia exclusiva de la iglesia.

En la ley del matrimonio Civil del 23 de Julio de 1859 se excluye a la iglesia de la competencia del matrimonio al establecer el artículo primero que decía que el matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil.

En esta misma ley se establecieron las edades mínimas que deberán tener el varón y la mujer para contraer matrimonio; un artículo expresaba que se les debería de leer la epístola de Melchor Ocampo una vez que el consentimiento hubiera sido manifestado y el propio artículo 15 establece dicha epístola.

En esta ley el divorcio era algo especial ya que era temporal y no dejaba a las personas en posibilidades de volver a contraer otro matrimonio mientras viviera uno de los

divorciados. También hubo una ley orgánica del Registro Civil.

El Código Civil de 1870 deroga la legislación anterior y se publica un nuevo código por decreto No. 6855. Este Código sigue las ideas de Napoleón y define al matrimonio en el artículo 159 de la siguiente manera " es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer , que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". Se establece un capítulo de hechos y de Derechos que nacen del matrimonio.

En relación al divorcio se establecía que no disolvía el vínculo del matrimonio, sino que solamente suspendía algunos de sus derechos. En lo que respecta a la patria potestad solo estaba conferida al padre y a falta de él a la madre. La edad mínima para contraer matrimonio era de doce años en la mujer y catorce en el hombre. Reglamentaba la sociedad legal como una de las formas de lograr el régimen matrimonial de sociedad conyugal.

Hubo algunas reformas sin mayor trascendencia en esta legislación y posteriormente viene la Constitución de 1917 y en su artículo 130 se incorpora en uno de los párrafos lo relativo al matrimonio.

En su artículo 4 la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, previene que " el varón y la mujer

son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamento de sus hijos". " Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas".

Actualmente por reforma constitucional, se encuentra consagrada como garantía individual el derecho a la vivienda digna y decorosa. "Toda Familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo".

En cuanto a la protección y el debido proceso legal, el artículo 16 previene que " nadie puede ser molestado en supersona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento".

El día 9 de Abril de 1917 expide Venustiano Carranza la Ley sobre Relaciones Familiares la cual se consideró como un vicio de origen por haber sido expedida y

promulgada cuando ya existía un congreso al que le correspondía darle vida.

Habla del matrimonio como un Contrato Civil, señala que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los conyuges en aptitud de contraer otro, establece derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, obliga entre otras cosas a los cónyuges a guardarse fidelidad, a socorrerse mutuamente, de la licencia que necesita la mujer del marido para obligarse, borra la distinción entre los diferentes tipos de hijos, estableció el régimen de separación de bienes, introduce la figura de la adopción.

Ahora hemos llegado al Código civil de 1928 que es el Código vigente y que contiene dentro de su primer libro lo referente a las normas que regulan a las personas y a la familia, este Código deja sin vigor a la ley sobre Relaciones familiares anterior, ha sufrido algunas variaciones de su vigencia a la fecha, por ejemplo al año de 1938 ya había sido modificado 26 veces.

CAPITULO TERCERO

NOCIONES GENERALES

DERECHO DE FAMILIA.

FALLA DE ORIGEN

CAPITULO TERCERO.
NOCIONES GENERALES.
DERECHO DE FAMILIA.

3.1 OBJETO DEL DERECHO DE FAMILIA.

Podemos decir que dentro del Derecho de Familia encontramos distintas formas de conducta que se pueden caracterizar como objetos directos de regulación jurídica. Los Derechos Subjetivos familiares que principalmente se manifiestan en el matrimonio, entre los consortes; en las relaciones de parentesco, entre los parientes por consanguinidad, por afinidad y adopción; en las relaciones específicas de la patria potestad entre padres e hijos, abuelos y nietos; así como en todas las consecuencias generales de la filiación legítima y natural. También encontramos Derechos subjetivos familiares en el régimen de la tutela como una institución que puede ser auxiliar de la patria potestad e independientemente de la misma.

Las sanciones propias del Derecho Familiar, como otras formas de conducta que constituyen objetos directos del mismo, generalmente consisten para los actos jurídicos, en la inexistencia y nulidad, en la revocación y en la rescisión. Por ejemplo, el Divorcio viene a constituir un tipo de rescisión especial del Derecho de Familia, dado que, su fin

último es la disolución del vínculo del matrimonio o vínculo conyugal.

En el Derecho de Familia encontramos la clásica distinción de actos ilícitos que están sancionados con nulidad absoluta o nulidad relativa, según lo prevenga la ley, y actos ilícitos que no tienen sanción de nulidad, produciéndose sólo consecuencias que pueden ser penales o afectar al funcionario público que intervenga en los mismos.

Si decimos que el Derecho de familia tiene por objeto a la familia, decimos todo y nada, ya que queda por definir que es familia.

3.2 CONCEPTO DE FAMILIA.

Ante la palabra familia, cada uno de nosotros piensa en un grupo de personas, que tienen en común, llamándose marido, mujer, padre, madre -progenitores-, hijos hermanos y hermanas. Esta concepción del sentido común social, está perfectamente a tono con el concepto jurídico, si se limita su aceptación al ámbito específico técnico del Derecho de Familia, y no pretendo abarcar en una noción única todas las acepciones en que el término familia se toman, dado que me es imposible; además de que existen diversas finalidades, así por ejemplo, podemos hablar de familia

agrícola, familia de colonato, familia como unidad de trabajo denominandola como "pequeña empresa", etc.

De ante mano sabemos que en nuestro Derecho no encontramos un concepto de Familia, pero si lo encontramos desde el punto de vista sociológico, religioso, económico etc.

Desde el punto de vista doctrinario podemos entender el concepto de familia en dos sentidos:

1) En sentido amplio, que podria considerarse familia-parentesco, se integra por el conjunto de personas con los cuales existe un vínculo de orden familiar. Bajo este significado lato comprende la familia tres órdenes de relaciones:

- a) las conyugales,
- b) las paterno-filiales, y
- c) las que genéricamente se llaman parentales.

2) La familia en sentido restringido actualmente se le considera al grupo formado por los cónyuges y los hijos de éstos, con exclusión de los demás parientes, o al menos de los colaterales. En este sentido la familia se integra por relaciones conyugales y paterno-filiales.

Bonecase define a la familia como un organismo social de orden natural, basada en la diferencia de sexos y en la diferenciación correlativa de las funciones, cuya misión consiste en asegurar no solamente la perpetuidad de la especie humana, sino también el único modo de existencia que conviene a sus aspiraciones y a sus caracteres específicos.

3.3 FAMILIA Y PARENTESCO.

Está, y así circunscrita, la familia del Derecho de Familia. No tiene nada que ver con el linaje, llamado también familia en la jerga común, poco con la consanguinidad, y nada con la afinidad, aunque sea el origen de estas calificaciones.

Con la consanguinidad, la familia coincide limitadamente a las relaciones entre progenitores e hijos y entre distintos hermanos.

Más allá de este límite, la consanguinidad aunque reelevante a otros efectos, queda fuera de la familia, y queda fuera de ella, sin límites, la afinidad, aunque nietos y abuelos, así como también yernos y suegros, deban considerarse antes que los mismos hermanos como sujetos del deber de la prestación de los alimentos.

Para explicar la inclusión de ciertos sujetos dentro del orden de las obligaciones a la prestación de los alimentos, haya que extender la familia más allá del compacto núcleo en el cual se funda, sustancia y espíritu, el Derecho de Familia, pues entonces tendríamos que extenderla hasta incluir en ella, al margen de todo vínculo de consanguinidad o de afinidad, la figura del donatario, que en virtud del artículo 437 está sujeto a la obligación de alimentar antes que a ningún otro donante. Lo cual bastaría para probar como el instituto de los alimentos no ofrece la medida ni la comprensividad de la familia, sino que por el contrario se extiende el más allá que la familia, comprendiendo también a sujetos extraños al grupo familiar.

3.4 NATURALEZA JURIDICA DE LA FAMILIA.

Sobre la naturaleza jurídica de la familia, los autores han tratado lo relativo a la personalidad jurídica de la familia, la familia como organismo jurídico y la familia como institución. Los autores se refieren a la familia que pudieramos llamar tradicional; que se origina del matrimonio.

Con todo lo cual, y pese a lo compacto, fisiológico y moral de este grupo de personas, la familia no es un sujeto por sí de Derecho, una persona jurídica, sino que representa, y expresa incluso jurídicamente, una pluralidad de personas como lo es en efecto.

Es, indudablemente un organismo social, cuyo valor no es puramente social, sino también jurídico, no significa, sin embargo sociedad persona jurídica, y se manifiesta y despliega sus efectos eminentemente dentro del ámbito de las relaciones personales entre cónyuges.

No tienen de suyo relevancia ni despliega efecto alguno dentro del campo de las relaciones patrimoniales, donde, en nuestro sistema, a menos que haya pactado el régimen de comunidad (entre cónyuges), o que por otras circunstancias, expresas (sociedad entre determinados miembros) o tácitas (Comunidad familiar tácita) esta vigente el régimen de separación de los bienes en virtud del cual cada uno de los miembros singulares tienen su propio patrimonio, que no es familiar, sino que les es propio: un patrimonio familiar solo puede existir en una forma tácita que veremos, pero no es necesario, ni es un patrimonio de la familia, sino que es destinado a la familia.

Un patrimonio de la familia como sociedad y en comunidad entre sus distintos miembros, salvo el caso de comunidades tácitas o expresas, no existe en ningún sentido.

En otras palabras, no basta la composición del núcleo familiar para atribuir a la familia una relevancia jurídica como sociedad de carácter jurídico patrimonial; la sociedad, en este sentido sólo podrá nacer en virtud de la

constitución del núcleo familiar. Y, en conclusión, el concepto de la familia como sociedad tiene un valor ético-social, mas que económico-jurídico.

3.5 NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE FAMILIA.

El derecho de familia, no es mas ni en forma distinta que cualquier otra rama del Derecho, y que el Derecho ni otro mismo, tiene por finalidad la disciplina de la colaboración humana y de la convivencia que aqui es la formación, la conservación y el desarrollo de la familia como célula elemental del consorcio humano.

Por consiguiente tiene una función ultra-individual, ultra egoista y eminentemente social, en el cual el dato mismo egoístico es asumido y tutelado, no por sí, sino por estar elevado a instrumento de utilidad y bienestar para todos.

Este fin remoto de todo el Derecho, del derecho en sí y por sí, encuentra, sin embargo, manifestaciones más inmediatas y otras no tan inmediatas en los distintos sectores de la actividad de disciplina. En algunos campos, principalmente en el de las obligaciones patrimoniales (relaciones de crédito), el sector mas señalado por la impronta egoística, diríase que aquella finalidad se aceptúa asegurada con solo y por solo que se remita y garantice a la

libre disponibilidad del individuo la obtención de una satisfacción debida (libre disponibilidad egoística del propio crédito). Pero, pasando al campo de las relaciones de trabajo y de los derechos reales, al lado de la tutela de la iniciativa privada, se advierte ya una mas fuerte preocupación porque esa iniciativa se despliegue de modo que corresponda a aquella finalidad, y de ahí una mas atenta vigilancia del poder público sobre la iniciativa privada y al acentuarse, juntamente con la función social del Derecho Subjetivo, de la vocación de él para el instrumento del bien social.

En el Derecho de Familia se da un paso adelante, dado lo siguiente:

a) El individuo es libre de formar o no una familia, pero si decide formarla, tiene que seguir un camino rigurosamente señalado, que sustente casi totalmente a su iniciativa la libre disponibilidad del modo de ejercicio de su poder.

b) Por otra parte, formada la familia, dentro de ésta son abundantes los deberes, se acentúa la figura del oficio, en virtud del cual, los poderes mismos (potestad, tutela, curatela, etc) van conexos al ejercicio de una función en el interés de la familia, mas que al ejercicio de un derecho de quien cubre el oficio.

3.6 SISTEMA GENERAL DEL DERECHO DE FAMILIA.

Ahora, creo que es conveniente hacer un somero análisis de los institutos, su colaboración y su disolución panorámica dentro del sistema entero del Derecho de Familia.

3.6.1 EL MATRIMONIO.

Se le considera como un hecho y como una relación jurídica desde el punto de vista individual y patrimonial:

- Desde el punto de vista personal como hecho, se disciplina su preparación, celebración y validez.

- Desde el punto de vista personal como relación jurídica, se disciplina la convivencia de los cónyuges en relación de sus deberes y derechos personales, la disolución del matrimonio y la separación personal.

- Desde el punto de vista patrimonial como hecho, se disciplina la estipulación de las convenciones matrimoniales (el llamado contrato matrimonial de matrimonio).

- Desde el punto de vista patrimonial como relación jurídica se dicta la disciplina de las distintas formas típicas de régimen patrimonial de las familias (patrimonio

familiar), dote, comunidad de los bienes entre cónyuges, y régimen de separación de los bienes.

3.6.2 LA FILIACION.

En nuestro Código Civil no existe una definición de filiación, pero por deducción podemos definirla como el vínculo parental que existe entre padres e hijos.

También a ésta se le considera en sustancia, bajo nombres diferentes, como hecho y como relación.

- Como hecho, el nombre de filiación corresponde solamente a la generación natural que puede ser, según que se presuponga o no el matrimonio, legítima o ilegítima; por imitación se le asocia la adopción (adoptio imitatur natura), que produce efectos análogos a los de la filiación legítima. La filiación ilegítima puede ser, a su vez, reconocible o no reconocible, y correspondiente, la primera hasta legítimable (legitimación de los hijos naturales) la segunda no legítimable (prohibición de la legitimación). El reconocimiento o a su vez la declaración judicial de la filiación, concurre entonces como hecho a crear la relación jurídica de filiación natural.

Agregándose entonces que la legitimación también es un hecho jurídico, se llega a la relación de filiación legitimada, que se equipara a la legítima.

- Como relación jurídica viene bajo el nombre de patria potestad, instituto en el cual se comprendían las relaciones, tanto personales como patrimoniales, entre progenitores e hijos, precisamente en dependencia del hecho de la filiación. Pero, puesto que la patria potestad puede a veces faltar (muerte de los progenitores) y a veces, por otras causas, puede no ser ejercida (por ejemplo ambos progenitores hayan sido declarados en interdicción), mientras en otros casos, toda vía, puede no ser necesaria es decir, que puede bastar un poder menor, he aquí que se enfrentan funcionalmente conexos a la patria potestad, otros dos institutos: LA TUTELA Y LA CURATELA. LA TUTELA en esta conexión con la patria potestad, la sustituye cuando falta o no puede ser ejercida (tutela de los menores), la CURATELA representa su atenuación, cuando no es ella necesaria ni es necesaria siquiera la tutela (curatela de los emancipados).

3.6.3 CONCUBINATO.

En el código Francés de 1804 y en nuestros códigos civiles de 1870 y 1884, no se encuentra disposición alguna sobre el concubinato.

El Derecho Romano reglamenta el concubinato y reconoce la producción de ciertos efectos, a la unión entre un varón y una mujer, que sin haber contraído justiae nuptiae, llevaban vida en común.

EFFECTOS JURIDICOS DEL CONCUBINATO.

El código civil de 1928 y en la reforma de 1974, por primera vez en nuestro medio reconoce este tipo de uniones libres, la posibilidad de producir algunos efectos jurídicos, en favor de los concubinos y en favor de los hijos de éstos, a saber: el derecho de la concubina o del concubinario a participar en la sucesión hereditaria del concubinario o de la concubina, la posibilidad de investigar la paternidad de los hijos habidos entre los concubinarios y el derecho de percibir alimentos en favor de los hijos habidos durante el concubinato. Establecida la paternidad de los hijos de la concubina, nace el derecho de éstos a ser llamados a la herencia del padre.

Para que el concubinato surta sus efectos se requiere:

a) Que los concubinos, permanezcan libres de matrimonio durante todo el tiempo que dure el concubinato.

b) El concubino y la concubina, tienen derecho a recibir alimentos, en la sucesión testamentaria de la persona con quien el testador vivió en los últimos cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos si el acreedor alimentario está impedido para trabajar y no tiene bienes suficientes y no contraiga nupcias.

c) En la ley Federal del Trabajo (art. 501) establece que a falta de cónyuge superviviente, la indemnización de la muerte de un trabajador debida a riesgo profesional, corresponderá a las personas que dependan económicamente parcial o totalmente del trabajador fallecido. Entre dichas personas se encuentra la concubina y el concubinario.

d) La Ley del Seguro Social, (arts. 72 y 73) a falta de esposa, le da derecho a la concubina a recibir la pensión que establece la ley en los casos de muerte del asegurado por riesgo profesional, si vivió con el trabajador fallecido durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte y si ambos permanecieron libres de matrimonio durante el concubinato.

3.6.4 DIVORCIO.

El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por la autoridad competente

y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas por la ley.

Desde el punto de vista jurídico el divorcio significa la disolución del vínculo matrimonial y sólo tiene lugar por la declaración de autoridad judicial.

ESPECIES DE DIVORCIO.

A) DIVORCIO VINCULAR.- Es aquel que al disolver el vínculo matrimonial, produce el efecto de que la reciprocidad de todos los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges, deja de existir y cada uno de ellos recobra su capacidad para contraer un nuevo matrimonio.

B) DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO VOLUNTARIO.- Es aquel que puede ser solicitado por el acuerdo de ambos cónyuges.

C) DIVORCIO NECESARIO.- Es aquel en el que uno de los cónyuges demanda la disolución a su consorte del vínculo matrimonial existiendo una situación litigiosa fundando su petición en hechos que impiden la subsistencia de las relaciones conyugales, fundando su acción en una de las causales establecidas por el código civil.

D) DIVORCIO ADMINISTRATIVO.- Es el que tramitan los cónyuges ante el oficial del registro civil, este divorcio

requiere de ciertos requisitos como por ejemplo el que hayan estado casados por menos de un año, que no tengan hijos y que hayan disuelto la sociedad conyugal si es que se casaron bajo ese regimen.

3.7 FINES DE LA FAMILIA.

Como en toda definición debe de buscarse el fin. En la familia encontramos intereses particulares de sus miembros y tambien fines propios de la familia, a los cuales se subordinan y para su logro todos deben de colaborar. La familia tiene una misión lo que se desprende de los llamados documentos de MEDELLIN, que estudian a la familia latinoamericana y sintetizan claramente su misión.

Podemos decir que su fin es triple. Formarse los miembros entre si, humanamente, y, educarse en la fe porque partimos de la base de que la religión es algo innato en el ser humano, y una de las obligaciones de la familia es formar en la fe a sus hijos. Esta formación humana y educación en la fe son necesarios para la proyección social de la familia como grupo y através de sus miembros en la sociedad, para participar conciente y libremente en ella, trasformándola en lo necesario y contribuyendo a su pleno desarrollo.

3.8 FINES DEL DERECHO FAMILIAR.

El Derecho de Familia debe de tener un fin. El Derecho Civil Patrimonial debe tener un fin relacionado a lo económico, comprendido dentro de todos los contratos patrimoniales, en el Derecho de Familia el interés se concentra en la familia, su constitución, una vida, su desarrollo para que este núcleo social pueda cumplir su fin.

La idea central en el Derecho de Familia está en cumplir los deberes mas que exigir derechos, porque el Derecho de Familia tiene interes superior a todos los demas consistentes en la protección familiar.

El Derecho de Familia busca realizar la solidaridad domestica, con armonia, se debe comprender dentro de sus normas, las que promueven valores conyugales y familiares y determinar formas y maneras de lograrlas a través de los propios sujetos del Derecho Familiar y órganos Estatales. El Derecho de Familia no solo se debe de concretar a la fijación, en la norma, de los fines del matrimonio y lo relativo a la vida conyugal, a la responsabilidad de los padres o tutores en relación a sus hijos o sus bienes, sino que, siendo el matrimonio y la familia fundamentales para la sociedad y decisivos para la vida de la nación, debe procurarse que las normas sean promotoras, sean guía que

ayude a los sujetos de la relación jurídica familiar a cumplir con sus deberes, derechos y obligaciones respectivas en armonía.

3.9 DERECHOS SUBJETIVOS FAMILIARES.

Antes de dar por finalizado este capítulo, he creído conveniente analizar los Derechos Subjetivos Familiares, dado que éstos son importantes en el tema fundamental de esta tesis AUTONOMIA DEL DERECHO FAMILIAR, ya que son los que constituyen las distintas facultades jurídicas que se originan de los vínculos familiares y los cuales el sujeto está autorizado por la norma para inferir lícitamente.

Rojina Villegas en su libro Derecho Civil Mexicano Tomo Segundo, clasifica los Derechos Subjetivos Familiares desde ocho puntos de vista.

3.9.1 DERECHOS FAMILIARES PATRIMONIALES Y NO PATRIMONIALES.

Para no ser redundante ya que el fin de esta tesis es la objetividad práctica, estos han quedado plasmados en este capítulo cuando hablé de la Naturaleza Jurídica de la Familia en el punto 3.4.

3.9.2 DERECHOS FAMILIARES ABSOLUTOS Y RELATIVOS.-

Generalmente los autores consideran que los Derechos Subjetivos familiares tienen las mismas características que los derechos Absolutos, que pueden ser oponibles a todo el mundo, valederos Erga Omnes. Se fundan, para tal aseveración, en que tales facultades jurídicas se presentan como manifestaciones del Estado Civil de las Personas, participando de la naturaleza del mismo.

Para caracterizar los derechos relativos, es necesario analizar exclusivamente el contenido propio de dichas facultades jurídicas, que es el único que debe de ser oponible a un sujeto pasivo determinado. A su vez, para caracterizar los Derechos Absolutos debemos de tomar en cuenta el contenido específico de los mismo que debe ser objetivo y oponible a todo el mundo, valedero erga omnes, sin distinción. Es decir, en los Derechos absolutos no deben existir facultades que solo sean oponibles a sujetos determinados y facultades que solo puedan ser oponibles a los sujetos terceros determinados.

3.9.3 DERECHOS FAMILIARES DE INTERES PUBLICO Y DE INTERES PRIVADO.

Los Derechos Familiares de interes público son los que principalmente organiza el Derecho Objetivo de Familiaia,

tanto en las relaciones conyugales como en las que nacen del parentesco, la patria potestad o la tutela.

Los derechos familiares no patrimoniales como los que sean susceptibles de valorizarse en dinero, principalmente el Derecho de Alimentos se constituye y se ejercitan tomando en cuenta un interes familiar y no un interés particular.

Excepcionalmente encontramos ciertos derechos que se confieren en un interés privado, como ocurre en los sponsales en la sociedad conyugal en cuanto a los bienes, en el sistema de separación de los mismos, en las donaciones antenuptiales y entre consortes y en la remuneración que se otorga a los tutores o curadores.

3.9.4 DERECHOS FAMILIARES TRANSMISIBLES E INTRANSMISIBLES.

Todos los Derechos Familiares que no tienen carácter patrimonial son intrasmisibles en virtud de que se confieren en consideración a la persona del titular o a la especial relación jurídica que se constituye.

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

mismos, exepctuandose solo el derecho de heredar en la sucesión legítima. En materia de Alimentos confirmamos su carácter intrasmisible, pues dependen exclusivamente de la relación de parentesco o es consecuencia del vínculo conyugal.

3.9.5 DERECHOS FAMILIARES TEMPORALES Y VITALICIOS.

Los Derechos inherentes a la patria potestad y a la tutela se caracterizan como temporales debido a que se confieren a la menor edad de los incapaces o durante el tiempo que dure la interdicción de mayores sujetos a tutela.

En el matrimonio y en el parentesco, los Derechos Familiares tienen el carácter de vitalicios, pues se conceden durante la vida del cónyuge o del pariente respectivo. En los sistemas que admiten el divorcio, los Derechos Familiares pueden tener las características de temporales.

3.9.6 DERECHOS FAMILIARES RENUNCIABLES E IRRENUNCIABLES.

Los derechos familiares extrapatrimoniales se caracterizan como irrenunciables, pero pueden hacer excusa para desempeñar respectivamente la patria potestad, la tutela o la curatela. En las relaciones conyugales, no cabe la

renuncia de ninguna de las facultades que origina el matrimonio; de tal manera que cualquier estipulación en ese sentido carecerá de efectos jurídicos, así mismo la facultad de exigir derechos de alimentos se consideran irrenunciables, pero entendida como derecho a los alimentos en el futuro no a las pensiones.

En lo que respecta a los derechos renunciabile solamente los encontramos en el sucesorio dado que aquí no hay herederos forzosos.

3.9.7 DERECHOS FAMILIARES TRANSIGIBLES E INTRANSIGIBLES.

El artículo 2948 del Código Civil Vigente estatuye que "no se puede transigir sobre el Estado Civil de las personas, ni sobre la validez del matrimonio". La razón es la siguiente, la transacción es un contrato por el cual las partes hacen recíprocas concesiones con una doble finalidad:

a) Terminar una controversia presente o prevenir una futura.

b) Establecer la certidumbre jurídica en cuanto al alcance de sus derechos y obligaciones.

Tratándose de Derechos Familiares, no cabe en primer lugar que se hagan recíprocas concesiones, pues los

mismos no dependen de la voluntad de los particulares sino de que imperativamente se encuentran establecidos en la ley.

Por lo que se refiere a los Derechos Familiares de carácter patrimonial si cabe la transacción pues el artículo 2949 establece que " Es válida la transacción sobre los derechos pecuniarios que de la declaración de estado civil pudieran deducirse a favor de una persona , pero la transacción, en tal caso, no importa la adquisición del estado ". De aquí podemos desprender que puede haber transacción en cuanto a los derechos de usufructo, en lo relativo a sucesiones, a los derechos pecuniarios que les correspondan a los tutores o curadores, etc.

3.9.8 DERECHOS FAMILIARES TRASMISIBLES POR HERENCIA Y EXTINGUIBLES POR LA MUERTE DE SU TITULAR.

Los derechos derivados del parentesco se extinguen necesariamente con la muerte del titular, así por ejemplo no es posible que los alimentos se transmitan hereditariamente porque este derecho se concede solo a la persona del titular y en razón de sus necesidades.

Todos los derechos conyugales terminan con la muerte de los cónyuges, pero en cuanto a la facultad para heredar en la sucesión legítima como cónyuge superviviente, la

ley reconoce expresamente esta posibilidad, lo mismo sucede cuando concurren hijos adoptivos del de cujus.

TEORIAS QUE APOYAN LA

AUTONOMIA DEL DERECHO FAMILIAR

CAPITULO CUARTO

TESIS DE ANTONIO CICU.

CAPITULO CUARTO.

TESIS DE ANTONIO CICU.

De tiempos atrás se ha planteado el problema relativo a los cambios del derecho familiar, pero la cuestión de su adecuada ubicación y posible independencia del Derecho Civil, cobra especial relieve a partir de las ideas de Antonio Cicu, expuestas principalmente en sus obras: "EL DERECHO DE FAMILIA" Y "LA FILIACION".

Expresa el profesor de la Universidad de Bolonia su disenso con la tradicional postura de incluir al Derecho de familia como parte del Derecho Privado, pues a aquel derecho ya no pueden aplicarse los principios y conceptos jus-privatistas.

Parte, de la determinación de la posición que tiene el individuo frente al Estado, afirmando que esta es siempre de dependencia, pues si el derecho se produce y actúa por el Estado, el individuo que estuviera fuera del Estado estaría fuera del derecho; alcaza que no debe confundirse este aspecto enteramente jurídico, con el político en que se desenvuelven dos teorías opuestas y extremas:

1) La que afirma la autonomía del individuo frente al Estado y;

2) La que estima aquel enteramente absorbido por éste; sino que, considera al hombre en parte autónomo y en parte sujeto al Estado. Así pues, jurídicamente el hombre está siempre dentro del Estado.

Es así como al citar Manuel Chávez Ascencio en su libro la Familia en el Derecho dice que Cicú afirma " Sobre la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, emerge la distinción neta entre la posición jurídica del individuo como ente por sí y la posición misma como miembro de un todo. Característica de la primera es la libertad; de la segunda la subordinación a un fin; fuerza operante en la primera, la voluntad libre; en la segunda, la voluntad vinculada. A esta diversa posición corresponde una diversa estructura formal de la relación jurídica; ésta es siempre la relación entre sujetos de Derecho; pero en ella los sujetos pueden figurar o como plenamente independientes autónomos o bien como llamados a la realización de una función, subordinada a un fin superior.

En un caso la relación jurídica gravita sobre la afirmación de un derecho; en el otro sobre la afirmación de un deber. Esta última que hemos demostrado es la característica de la relación de Derecho Público, se presente con mayor relieve en el derecho familiar".

Rojina Villegas en su libro Derecho Civil Mexicano Tomo II Derecho de Familia, que en las relaciones de familia,

opina Cicú que no se tutelán intereses individuales sino intereses superiores, es decir supraindividuales. Existe la subordinación de las voluntades de los particulares a un interés unitario, a un fin superior al de los sujetos relacionados. En la relación entre cónyuges, no existe libertad para que determinen sus derechos y obligaciones, sino por el contrario, tomando en cuenta los intereses de la sociedad, la ley impone con carácter de inmodificable un estado que determina imperativamente tales derechos y obligaciones. Además, debe intervenir un funcionario del Estado para que el acto matrimonial se celebre con todos los requisitos necesarios para su validez. En las relaciones paterno-filiales es también evidente que existe un interés superior con arreglo al cual deben determinarse los derechos y obligaciones que nacen de la patria potestad. Fundamentalmente se atiende a un interés de los hijos en su condición jurídica de incapaces. A diferencia del Derecho romano, ya no se otorga la patria potestad en interés de quien la ejerce, sino como una verdadera función social para emplear los términos de León Duguit.

" Por tanto, también en el Derecho de familia la relación jurídica tienen los caracteres de la de derecho público; interés superior, unitario y voluntades convergente a su satisfacción. Es pues, una relación orgánica. La familia, es cierto, no se nos presenta igual al Estado, en cuanto que no hay en ella (sino esporádica y embrionariamente) una organización de sus miembros; pero de

que las funciones de ella confiadas suelen ser temporales y hasta, a veces, accidentales; que son, sobre todo, designadas a priori las personas a las cuales se encomiendan tales funciones".(1)

Considera a demás el Autor citado que tomando en cuenta la estructura esencialmente distinta de las relaciones del derecho de familia en comparación con las del Derecho Privado, debe abandonarse el criterio tradicional de inclusión del Derecho Familiar en el privado, para considerarlo como un sistema de derecho público. Sin embargo, Cicu en su conclusión nos dice:

" Con todo esto no queremos afirmar que el Derecho de Familia deba incluirse en el Derecho Público. Si derecho público es el del Estado y de los demás entes públicos, el derecho de familia no es derecho público.

La familia no es ente público, no porque no esté sujeta, como los entes públicos, a la vigilancia y a la tutela del Estado, (no se ha garantizado todavía a la familia frente al Estado, una libertad y una autonomía de la misma naturaleza que la privada), sino porque los intereses que debe cuidar no son, como en los entes públicos, intereses de generalidad, por lo cual no está organizada como éstos.

(1) CICU Antonio. *La Filiación. Revista de Derecho Privado.* pág. 55

Por lo tanto el derecho de familia se le podría asignar un lugar independiente en la distinción entre derecho público y derecho privado; es decir, que la bipartición podría ser sustituida por una tripartición que respondiera a las características particulares que socialmente asume el arreglado familiar frente al agregado político."

Además de las ideas expuestas, Cicú ha tratado extensamente este problema en su obra: EL DERECHO DE FAMILIA, (Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1947). Dedicó la primera parte a la comparación entre derecho familiar y el derecho público, estudiando en el primer capítulo el derecho público y el derecho privado y en el segundo el derecho familiar. En la segunda parte trata el derecho de familia y el derecho privado, dedicándose los siguientes capítulos: I. El derecho de familia y las normas de orden público. II. El derecho de familia y la teoría del negocio jurídico y III. Adquisición y pérdida de los derechos de familia.

Al estudiar las relaciones y derechos públicos y familiares, estima que en las relaciones públicas la obligación es el centro de la gravedad, es decir, fundamentalmente por virtud de un deber jurídico se consagra un derecho en la medida necesaria para cumplir con ese deber. Por lo tanto, el prius lógico, está constituido por la obligación, tal cosa ocurre principalmente en las obligaciones que el Estado asume, ya que su estudio es un

derivado lógico de sus deberes. En los órganos estatales, particularmente en su función administrativa, tal punto de vista se confirma plenamente.

Apoiado el autor en todas las consideraciones que anteceden, pasa al estudio del Derecho Familiar, considerando que la familia es un hecho social indiscutible, en donde el dato psíquico constituye la fuerza cohesiva de la misma, ya que la unión sexual que ha elevado en el matrimonio a una unión espiritual, brotando del instituto de conservación de la especie una inagotable fuente de afectos, de virtudes y de solidaridad humana.

Acepta Cicú que la familia no es persona jurídica, pero que indudablemente constituye un organismo jurídico. " No entendería la esencia de la regulación jurídica de la familia quien desconociese en ella una organización y la existencia de una voluntad familiar". " En la familia puesto que falta una organización permanente y unitaria de voluntad, falta también una organización de poder único, que se presente con claridad la figura de una relación de subordinación de los miembros singulares a un poder superior. Sin embargo, es verdadera y propia organización de poder aquella que encontramos más acusadamente en la patria potestad y la tutela".

Niega Cicú que exista dentro de la familia el concepto de Derecho adquirido, como una garantía de

situaciones jurídicas preexistentes, pues los derechos familiares están subordinados a un fin superior que constituye el interés familiar.

Cree que el concepto de obligación viene a ser sustituido, en el derecho de familia, por el de status, pues el deber jurídico está íntimamente ligado con la idea de libertad. En la familia no se puede partir de una libre regulación de las obligaciones, sino verdaderos estados jurídicos de las personas que imperativamente determinan, su respectiva situación en el grupo familiar.

Al referirse Cicú al derecho de familia en su relación con normas del orden público, plantea el problema de la siguiente manera:

" La inclusión tradicional del derecho de familia en el derecho privado se encuentra en general atenuada por la afirmación de que el mismo está constituido predominantemente de normas de orden público. Decimos atenuada, porque se suele con ella dar razón de la tendencia a considerar el derecho de familia como teniendo en sí algo de derecho público, y constituyendo un quid intermediario entre derecho público y privado."

Reconoce que en el derecho de familia existe un número reducido de normas de derecho dispositivo (es decir,

de normas supletorias de la voluntad de los particulares, que admiten pacto en contrario).

Como conclusión de este estudio, formula Cicú la siguiente:

" Erróneo y peligroso es, por tanto, servirse de la valoración de las normas de derecho familiar del concepto de normas de orden público como ha venido elaborándose en las en la ciencia del derecho privado. Puesto que éste tiene su razón de ser en un interés superior y general que viene a limitar (y no a excluir a priori) la libertad individual; así para decidir si cada norma del derecho de familia es o no de orden público, podría ser necesario indagar caso por caso si ocurre un interés general. Para nosotros el interés no general sino superior, existe siempre; el mismo excluye y no limita, la libertad individual de establecer y perseguir fines individuales. Si de *jus cogens* se quiere hablar, el mismo es tal por la misma razón por la cual se considera el derecho público.

Concordamos, por consiguiente, sustancialmente con Endemann cuando dice que el carácter del *jus cogens* de las normas familiares se funda: a) sobre el interés público; b) sobre la intrínseca naturaleza de los hechos del derecho de familia: en otras palabras, decimos nosotros, el mismo se funda en la ingerencia que en el derecho de familia tiene el

Estado y sobre la estructura análoga a la relación de derecho público que tiene la relación de derecho de familia." (2).

" En vista de sus expresas funciones, peculiares a los institutos familiares, y de los caracteres técnico-jurídicos que, de reflejos, se manifiesta en ellos, donde los derechos, son absolutos, indisponibles, irrenunciables, imprescriptibles, inexpropiables y no suceptibles de estimación pecuniaria; donde la eficacia de la voluntad privada queda atenuada; donde campea el momento jurídico del deber, que domina, con frecuencia, al derecho subjetivo y el deber subsiste, aun cuando no correspondan a él derechos subjetivos; donde son frecuentes las figuras de status y del poder (el denominado poder familiar regulado en la disciplina familiar interna); incluso, del poder-deber o función (el denominado poder familiar considerado en las relaciones externas, o sea, en cuanto se afirma frente a los terceros o se niegue por un tercero, es un derecho común derecho subjetivo y como tal está titulado); donde, en suma, se destaca el carácter orgánico de los diversos institutos y, ante todo, el de la familia considerada en sí como conjunto; en vista, decimos, de todo esto, que quien contempla en el derecho familiar, una marcada impronta publicista (particularmente evidente en algunos institutos, como, por ejemplo, la patria potestad, la tutela, la curatela)." (3)

(2) *Op. Cit* págs. 299 y 300.

(3) *NESSINEO Francesco. Manual del Derecho Civil y Comercial. Tomo III. pág. 30.*

CAPITULO QUINTO

TEORIA DE ROBERTO DE RUGGIERO.

CAPITULO QUINTO. TEORIA DE ROBERTO DE RUGGIERO.

Como órgano social fundado en la naturaleza de las necesidades colectivas, explica Roberto de Ruggiero, la familia está regida antes por la ética que por el derecho (de aquí que haya preceptos sin sanción); el Estado tiene una intervención importante en la regulación de la familia, pero la ley no constituye la única forma reguladora. En otro aspecto, las relaciones patrimoniales están subordinadas a las personales. Todo el derecho de familia es disciplina de estado y condiciones personales; los derechos y deberes del individuo vienen determinados por el estado que al individuo se asigna en el grupo familiar o fuera de éste y frente a la comunidad social. Al fijar los supuestos y las condiciones que se requieren para que el vínculo social surja, subsista o se extinga, v.g.r., la ley consagra los estados personales, eficaces dentro y fuera del grupo que exige el respeto de todos.

Perteneciendo el derecho de familia a la gran rama del derecho privado o también llamado derecho civil, conviene precisar si existe un parentesco entre el derecho civil patrimonial y el derecho de familia; o bien, si es posible determinar la autonomía de este último, de esta forma, Roberto de Ruggiero, en su obra "Instituciones de Derecho Civil", establece que " De las distintas partes en que según

la tradición escolástica que arranca de la doctrina romana, se subdivide el Derecho privado, la del derecho de familia es la que ofrece un carácter más singular.

Todo concurre a imprimirle esta especialidad; tanto que parece que el derecho de familia se destaca y separa de las demás ramas del derecho privado; su historia, el fundamento racional y social de sus instituciones, el marcado carácter ético de sus normas, sus relaciones con el derecho público, la estructura interna de sus relaciones... le dan autonomía ".(1)

Atendiendo a las características del Derecho de familia, tanto por lo que se refiere a su aspecto no patrimonial, tanto por lo que atañe a su carácter de estatuto imperativo, irrenunciable, fuera del campo de la autonomía de la voluntad, e integrado por normas de indiscutible interés público y superior, consideramos que debe separarse del derecho civil para integrar una rama autónoma dentro del derecho.

" Esta última observación nos lleva a hablar de lo que constituye la nota diferencial y más saliente del derecho de familia. Mientras en las demás ramas del derecho privado el ordenamiento lo que mira es el interés particular a un fin

(1) DE RUGGIERO Roberto. *Instituciones de Derecho Civil Vol. II págs. 657 y 658.*

individual de la persona, y el derecho subjetivo se atribuye en ellas y se reconoce en función de la necesidad que debe de ser satisfecha... en las relaciones familiares, por el contrario, el interés individual es sustituido por el interés superior que es el de la familia, porque a las necesidades de éstas y no a las del individuo subviene la tutela jurídica. Y a través del interés familiar, exige y recibe protección un interés mas alto, el del Estado, cuya fuerza de desenvolvimiento y vitalidad depende de la solidez del núcleo familiar.

De esta limitación al principio de la autonomía de la voluntad, deriva el que muchas de las reglas comunes a los negocios jurídicos no son aplicables cuando se trata de derechos de familia:

a) No es aplicable el principio de la representación por cuya virtud en los demás campos del derecho privado el interesado puede remitir a la voluntad ajena la determinación y declaración productiva de efectos jurídicos;

b) No se permite tampoco limitar mediante términos y condiciones los efectos jurídicos de la declaración..... mientras en los demás negocios jurídicos es excepcional el prohibir tales modalidades, en los negocios familiares, dicha prohibición es norma general, por ejemplo, No puede

contraerse el matrimonio bajo condición suspensiva o resolutoria o sujetándolo a término inicial o final; tampoco puede ser reconocido de este modo el hijo natural, ni efectuar en tal forma la adopción, la emancipación, etc.;

c) También respecto a la posición del derecho subjetivo, que el particular deriva de la relación familiar, existen diferencias.

La renuncia y la transmisión, que en los demás derechos viene a ser un modo natural de ejercicio, no se admiten en los de carácter familiar..... es decir, no es aplicable al derecho familiar la irrenunciabilidad y no enajenación de los derechos subjetivos familiares, v.g.r. no pueden transmitirse a otros la potestad paterna, la marital, la tutelar, no es apenas admisible la transmisión a otros del ejercicio de alguno de sus atributos (por ejemplo, función educativa encomendada a un receptor); no son transmisibles tampoco los estados personales no los derechos patrimoniales conexos a dichos estados; el derecho y el deber de administrar la dote o los bienes pupilares en el marido o tutor, el usufructo legal del padre, el derecho de alimentos no se trasfiere de una persona a otra; aunque a veces parezca operarse esta transmisión, no se opera en realidad; así por ejemplo, cuando el padre muere y ejerce la patria potestad en la obligación alimentaria que cesa o se extingue si el

pariente mas próximo muere o es pobre, surgiendo el cambio en el pariente mas remoto.

Lo mismo puede decirse de la renuncia; no son renunciables los poderes familiares ni tampoco las atribuciones inherentes a éstos, porque tales poderes son creados por la ley y subsisten independientemente de la voluntad del investido con ellos, ya que no se crean para servicio o utilidad de éste, sino para un fin superior, el padre, el marido, el tutor, no puede despejarse de los poderes que le corresponden, porque le son atribuidos para servir un interés que trasciende al suyo particular. Y si en alguno de los casos se autoriza la renuncia, como por ejemplo ocurre en el desconocimiento de la paternidad, impugnación del matrimonio, acción de separación personal de los cónyuges, es porque el interés familiar resulta protegido merced a la renuncia; por esto, dicho interés viene a ser mejor protegido, porque con ellos se mantiene firme aquel vínculo, aquella relación que, de otro modo (de no mediar la renuncia), se hubiera disuelto. Con mas extensión se permite la renuncia de los derechos de contenido patrimonial, ello es comprensible y no ataca el principio sentado;

d) Pero lo mas saliente en el Derecho familiar es la amplia intervención de la autoridad pública y la especial energía desplegada en la formación de la relación.... en algunos casos la voluntad del particular es un mero supuesto de hecho en cuanto vale como iniciativa o como imitación a la

autoridad, de modo que el acto es creador, la voluntad se constituye por voluntad de esta última.

Esta autoridad es la judicial en la adopción o en la separación conyugal, el poder real en la legitimación de los hijos por decreto o un órgano administrativo especial, como el funcionario del estado civil llamado a intervenir en el matrimonio. Esto demuestra que la voluntad privada es por sí sola impotente para crear la relación, y ello constituye la prueba más palmaria de que la relación familiar es distinta de las demás relaciones." (2)

Hace un encuadramiento de la naturaleza jurídica del derecho familiar y opina que... " todo el derecho familiar reposa en esta idea; que los vínculos que establecen y los poderes que otorgan no tanto por crear derechos como por imponer deberes. Lo cual se manifiesta elocuentemente en el hecho de que no solamente la violación del deber, sino el abuso y hasta el mal uso de las facultades correlativas determinan la privación de ellas, así que los poderes se pierden si se ejercitan mal y, en cambio, no se extinguen por prescripción ni por renuncia voluntaria.

Es siempre el aspecto de obligación o del deber el que predomina en toda relación, precisamente porque se trata de un interés superior, que es evidencia especialmente

(2) *Op. Cit.* págs. 9, 10, 13, 661, 664, 665.

cuando nos referimos al reducido círculo de la familia estricta y a personas incapaces, a cuya protección responden muchas instituciones familiares. Todas estas especialidades nos llevan a la conclusión de que en el derecho de familia destacan de las demás partes del derecho privado y se aproxima al público. No se puede decir, sin embargo, que sea verdadero derecho público, pero sí que se separa del resto del derecho privado y que constituye una rama autónoma. (3).

En párrafos anteriores ya habíamos hablado de que De Ruggiero fundamentalmente expresa que el derecho familiar se funda más en cumplir deberes que en exigir derechos.

"Todo derecho familiar se desenvuelve por manifestaciones de poderes cuya organización es indispensable. Estos poderes son las potestades típicas tradicionales (patria potestad, poder marital, tutela), ni encuadran únicamente en los representantes legales de los incapaces; el concepto de poder tiene aquí un sentido amplísimo, comprendiendo, además de las instituciones que tienen por objeto la representación y asistencia de los incapaces (éstas son, ciertamente, las más importantes), aquellas otras que, sin suponer una incapacidad, tienden a realizar un interés familiar, cuyo cuidado y vigilancia se encomiendan a otras". (4).

(3) *Op. Cit.* págs. 14 y 15

(4) *Op. Cit.* pág. 17.

Con lo que respecta a los derechos patrimonial familiar, el tratadista Italiano opina que... " estos derechos, que reproducen a veces figuras de derecho patrimonial común, a veces son tipos especiales y específicos del derecho familiar; constituyen siempre algo distinto con peculiaridades y características privativas, de modo que sería inútil para fijar su noción, recurrir a los principios que preciden a las demás ramas del Derecho Privado. Se reproduce aquí lo dicho respecto al fin superior para cuya consecución se organiza la familia y al aspecto de deber que tiene todo derecho subjetivo familiar". (5)

" El derecho familiar no se agota con las potestades y relaciones personales, o mejor dicho, estas potestades no se reducen a meros poderes sobre las personas, a relaciones entre los miembros del consorcio familiar; asociados y mezclados a estos y hoy también relaciones patrimoniales, derechos de contenido económico, que constituyen otras tantas instituciones especiales del derecho de familia. Estos derechos que reproducen a veces figuras de derecho patrimonial común, a veces son tipos especiales y específicos del derecho familiar, constituyen siempre algo distinto con peculiaridades y características privativas, de modo que sería inútil para fijar su noción, recurrir a los principios que preciden a las demás ramas del derecho privado." (6).

(5) *Op. Cit.* págs. 36 y 37.

(6) *Op. Cit.* pág. 689.

Dentro del derecho patrimonial vamos a determinar que es lo que regula el derecho de familia y al respecto Roberto De Ruggiero nos dice

" Dentro de las instituciones fundamentales en esta rama son, pues:

a) en el matrimonio y en las relaciones conyugales la dote y la comunidad conyugal de bienes que con el régimen de éstos constituyen los tres sistemas patrimoniales por los que pueden optar los cónyuges; correlativos a estos regímenes figura el parafernial, el de las donaciones y lucros nupciales y en general cualquier otro que pueda ser objeto de intervención por los cónyuges; b) asociado a la patria potestad y a las relaciones paterno filiales, el usufructo legal; c) asociada a la patria potestad, tutela y en general a todo otro poder sobre incapaces , a la administración de los bienes de la persona protegida, con las consiguientes obligaciones y responsabilidades; d) al parentesco y al estado conyugal va asociado el derecho de sucesión legítima, la institución de reserva, la división de interliberos, la de colación, etc.; e) el parentesco y el estado conyugal va asociada la obligación alimenticia." (7).

(7) *Op. Cit.* págs. 693 y 694.

CAPITULO SEXTO

TESIS DE GUILLERMO CABANELLAS

CAPITULO SEXTO

TESIS DE GUILLERMO CABANELLAS.

El Dr. Julian Güitron Fuentevilla en su obra Derecho Familiar. en sus págs. 164 y siguientes, expresa que, según "Guillermo Cabanellas, para considerar a una disciplina jurídica como autónoma, es necesario satisfacer cuatro criterios: legislativo, científico, didáctico y jurisdiccional."

6.1 CRITERIO LEGISLATIVO.

"El criterio o autonomía legislativa se da cuando la rama del derecho tienen sus propias leyes y códigos, que su legislación, aun cuando haya formado parte de otra, sea en un momento dado independiente y autónoma, con principios básico propios y exposición de motivos; entendemos que en algunas épocas y países la autonomía legislativa varía, pues con la evolución de la humanidad se va haciendo necesario un estudio especializado de cada una de las diferentes disciplinas rectoras, así sucede en el campo del derecho, por lo que los juristas no debemos asombrarnos y por el contrario enfrentar mejor esa realidad, para mejor resolver los problemas planteados por ese avance de la humanidad, así en el campo del derecho civil, que desde su primera codificación moderna, el Código de Napoleón o Código Civil Frances de 21 de Marzo de 1804, dejó de legislar en materia familiar,

excepción hecha con algunos aspectos del matrimonio, etc., nos permiten ver como el legislador francés no se preocupó por la familia, ni en su regulación jurídica ni social. Sin embargo, posteriormente, se promulgó una ley llamada Código de familia, surgiendo en el siglo XX la ley francesa del 29 de Julio de 1939, la cual reguló aspectos familiares, matrimoniales y de natalidad en Francia."

"En síntesis, el criterio legislativo de una rama se da cuando tiene sus propias leyes y códigos, decretos, etc."

"México es el primer país en el mundo que contó con una legislación autónoma sobre la familia. Fue la ley sobre relaciones familiares, promulgada por Don Venustiano Carranza en Veracruz, el día 9 de abril de 1917, y su autonomía del código civil se funda en el artículo 9 transitorio de la misma ley."

El criterio legislativo del derecho familiar está completo respecto a algunos países que actualmente cuentan con leyes, códigos y algunas otras disposiciones legales sobre el derecho familiar.

En algunos lugares la autonomía legislativa del derecho familiar aun no ha llegado a su completa madurez, sin embargo, y es la tendencia actual, en un futuro no lejano se

dará una legislación autónoma reguladora de la institución familiar.

En opinión de Díaz de Guijarro, dos manifestaciones han aparecido durante el corriente siglo, en orden a la regulación legal de la familia; la inclusión de normas sobre la familia en Constituciones Políticas de los Estados; y el sistema del derecho civil, con la autonomía sobre las reglas sobre la familia. En efecto, numerosas constituciones modernas suelen incluir en mayor o menor medida, disposiciones reguladoras del cuerpo familiar, como ejemplo de ellas pueden citarse la Argentina (artículo 37 parte segunda), la de la República Federal Alemana (artículo 3 y 6), la Boliviana (artículos 1, 41, 131, 132, 133 y 134), la Brasileña (artículos 163 y 164), etc.

Por otra parte, algunos países han reconocido plena independencia al derecho de familia en el campo legislativo, creándose códigos de la familia, tal como ocurre en Yugoslavia, Bulgaria (ley sobre personas y familia de 1949), Checoslovaquia en 1950 y Polonia en 1966, debo mencionar también la ley Francesa de 29 de Julio de 1939 (relativa a la familia y la natalidad), que en la opinión de los exégetas no merece el calificativo de Código de la Familia, pues no es suficientemente amplia.

Otras Naciones, sin elaborar códigos de la familia, han dictado medidas legislativas tendientes a tutelar la

relación de los sexos y proteger a los infantes del desamparo, todo ello con un claro espíritu moderno y humanitario. Así por ejemplo, el congreso peruano aprobó en Enero de 1962 la ley del número 13706 cuyo artículo 2 sanciona a cualquier hombre que abandone a una mujer soltera que ha concebido, penalidad que se agrava si la mujer aborta, comete infanticidio o se suicida.

6.2 CRITERIO CIENTIFICO.

"La autonomía científica de una disciplina jurídica consiste en la producción literaria y bibliográfica especializada y dada con independencia de cualquier otro género del derecho. La elaboración de libros, ensayos, artículos originados independientemente de la rama del derecho que los haya creado, nos permite ver el criterio científico de una ciencia."

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

En nuestro siglo, las tendencias socialistas han ido señalando en camino para llegar a la mejor convivencia humana, por lo cual en el derecho familiar se ve con mas

claridad, que en otras disciplinas, el avance del socialismo para proteger mejor la institución familiar.

Hay una evidente corriente doctrinal en torno al derecho familiar, pues es claro el interés de los diferentes sectores integrantes de un país por proteger y reglamentar todo lo referente al derecho de familia, sus relaciones entre sí, con miembros externos a ella, con el Estado, etc.

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

Existe en torno al derecho de familia una verdadera eclosión doctrinal, puede decirse que es uno de los campos que han despertado últimamente el más vivo interés entre los tratadistas del derecho; unas veces las se intitulan para no dejar margen a la duda. Derecho de Familia, y se ocupan exclusivamente de las relaciones familiares, otras veces dentro de los tratados generales se incluyen uno o dos tomos dedicados exclusivamente al estudio del derecho familiar. En ambos casos es evidente la intención del tratar al derecho de familia como una unidad con sustantividad propia.

Son numerosas las obras publicadas bajo el nombre preciso de " Derecho de Familia "; podría citar a guisa de ejemplo, las de Cicu, Stolfi Gianturce, Consentini, Diaz de Guijarro, José Arias, Fueyo Laneri, Royo Martínez, Somarriva

Undurraga, Prayones, Sa Pereira, Andrade Pires de Lima, Rodríguez Pereira, Irureta Goyena, Lhemann, etc., en ocasiones el nombre varía ligeramente v.g.r.: Instituciones de familia (Rebora), Tratado de la Familia en el derecho civil argentino (Favón); o bien están dedicados a un aspecto particular p.e.: El Derecho de Familia en la legislación comparada (Fernández Clérigo).

En México, al parecer, no existe ninguna obra titulada expresamente Derecho de Familia, sin embargo, si se conocen con esa denominación porciones de tratados generales en derecho civil. Rojina Villegas intitula Derecho de Familia al Tomo Segundo de su Derecho civil mexicano; Rafael De Pina Vara llama el Derecho de Familia y la Familia a la parte cuarta del Volumen primero de la obra elementos del derecho civil mexicano, por él escrito; Derecho de Familia se intitula la parte tercera y final del primer curso de derecho civil, que se debe a Flores Barraeta.

Es obvio que el derecho de familia tiene adquirido, dentro de la doctrina un indiscutible rango científico.

6.3 CRITERIO DIDACTICO.

"La autonomía didáctica consistente en la enseñanza del contenido del derecho familiar como rama independiente

del derecho privado en general y, en especial, del derecho civil."

"Con la enseñanza universitaria del derecho familiar se complementa el criterio didáctico. La autonomía docente está perfectamente dada en algunas facultades de derecho, así por ejemplo, en algunas se incluye el derecho de la familia, sus relaciones y la naturaleza jurídica del derecho de familia, en los cursos de derecho civil impartidos en Brasil, Buenos Aires, Guatemala, Nicaragua, Chile, Indias Occidentales, Venezuela, Tokio, Melbourne, sus programas comprenden el estudio de la familia dentro del derecho civil.

Existen otras como la de Puerto Rico, que en su programa de enseñanza universitaria incluye un curso del derecho de familia al civil. Además, en los Países Socialistas también hay una enseñanza universitaria especializada sobre el Derecho Familiar."

"En México se incluye al derecho de familia, como parte integrante del primer curso de derecho Civil, dentro del programa correspondiente a la Licenciatura en Derecho. Así mismo dentro de cursos especiales se han enseñado las siguientes materias: Institución de Derecho Familiar, Lineamientos de Derecho de Familia, Instituciones Procesales relativas a las personas y a la familia, Sociología de la

Familia y bases para la amplificación del derecho de familia en México.

Este es el aspecto que guarda la docencia del derecho de familia en México, y propugnan un desarrollo Universitario más amplio en este renglón, pues evidentemente que el derecho de familia es tan complejo que fácilmente podrían darse cursos especiales y monográficos sobre la mencionada materia."

"Debemos agregar que en la división de estudios superiores, de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M., se ha incluido en sus programas de doctorado un curso monográfico sobre "Derecho Familiar", con lo cual se pretende una Autonomía didáctica, pues es una materia no incluida dentro de los programas de Derecho Civil en general."

Las Facultades de Derecho del Mundo suelen incluir el estudio de las condiciones familiares dentro de los cursos de derecho civil que se imparten en sus aulas. En la Universidad de Guanajuato, se imparte el Derecho de Familia en el Tercer Semestre de la Carrera de Derecho, dentro del Curso de Derecho Civil y en la Universidad Lasallista Benavente se imparte el derecho de Familia dentro del primer curso de Derecho Civil en el segundo semestre.

A esta regla general existen algunas excepciones como la Universidad de Puerto Rico, en la cual se lista un

Familia y bases para la amplificación del derecho de familia en México.

Este es el aspecto que guarda la docencia del derecho de familia en México, y propugnan un desarrollo Universitario más amplio en este renglón, pues evidentemente que el derecho de familia es tan complejo que fácilmente podrían darse cursos especiales y monográficos sobre la mencionada materia."

"Debemos agregar que en la división de estudios superiores, de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M., se ha incluido en sus programas de doctorado un curso monográfico sobre "Derecho Familiar", con lo cual se pretende una Autonomía didáctica, pues es una materia no incluida dentro de los programas de Derecho Civil en general."

Las Facultades de Derecho del Mundo suelen incluir el estudio de las condiciones familiares dentro de los cursos de derecho civil que se imparten en sus aulas. En la Universidad de Guanajuato, se imparte el Derecho de Familia en el Tercer Semestre de la Carrera de Derecho, dentro del Curso de Derecho Civil y en la Universidad Lasallista Benavente se imparte el derecho de Familia dentro del primer curso de Derecho Civil en el segundo semestre.

A esta regla general existen algunas excepciones como la Universidad de Puerto Rico, en la cual se lista un

curso de Derecho Familiar distinto y contemporáneo al derecho civil. También en los países socialista hay una tendencia marcada al estudio monográfico y separado del derecho de familia.

6.4 CRITERIO JURISDICCIONAL.

"La autonomía jurisdiccional se refiere a la existencia de tribunales autónomos para la resolución de controversias familiares. Actualmente más que una realidad es una meta por alcanzar, pues en pocos lugares existen verdaderos tribunales de familia. Si existe el Derecho sustantivo de la familia, debe promulgarse sus normas procesales reguladoras, en cuanto a sus trámites judiciales. El establecimiento de organismos autónomos para resolver conflictos familiares, sería una medida acertada en la resolución de la crisis actualmente sufrida por la familia pues es evidentemente que una orientación adecuada y una atención especial podría resolver conflictos familiares en su etapa inicial, y la mejor manera de lograrlo es a través de tribunales familiares.

En Guatemala en el año de 1964 se promulgó un decreto, con los cuales establecían tribunales de familia con jurisdicción privativa para saber de conflictos independientemente de su valor, estando relacionados con alimentos, paternidad y filiación, unión de hecho, patria

potestad, tutela, adopción, protección al parto, divorcio y separación de los cónyuges, nulidad del matrimonio, cese de la unión de hecho y patrimonio familiar, regulando así mismo, los procedimientos para resolver estos conflictos.

En los Países socialistas actualmente encontramos tribunales especiales dedicados a los conflictos de orden familiar.

En México la Autonomía jurisdiccional del derecho familiar se encuentra establecida; gracias a la iniciativa del Sr. Licenciado Luis Echeverría Álvarez, Ex Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, la cual fue publicada el 24 de Marzo de 1971 en el Diario Oficial de la Federación creando los jueces de lo familiar al margen de los civiles y penales.

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

Otro organismo que realiza funciones de carácter familia en cuanto se presenta una controversia, es la oficina de registro, la cual tramita y resuelve el divorcio por mutuo consentimiento de carácter administrativo, pues la cual de

acuerdo con el artículo 272 del Código civil en vigor, se faculta al oficial del Registro Civil a disolver vínculos matrimoniales cuando los cónyuges así lo convengan, sean mayores de edad, no tengan hijos y hayan resuelto disolver la sociedad conyugal, siempre y cuando se hubieran caso bajo ese régimen." (1)

La creación de Tribunales especializados en materia familiar constituye actualmente más que una realidad un desideratum.

Por desgracia son raros los Estados que tienen instaurados auténticos tribunales de familia, tenemos como nuestras la ideas de México en el D. F. que se crearon a partir del año de 1971, en el Estado de Guanajuato desgraciadamente han desaparecido y que solamente se encontraban en la Ciudad de León.

La Autonomía jurisdiccional del Derecho de Familia en el Estado de Guanajuato es solo parcial, pues no contamos con verdaderos tribunales de lo familiar. Cuestiones básicas a la organización familiar se tramitan ante los juzgados civiles del fuero común o de primera Instancia, tal ocurre con la nulidad de matrimonio, el divorcio, la patria potestad etc.

(1) GUITRON Fuentevilla Julián. *Derecho de Familia*. págs. 164, 165, 174, 175, 182, 183, 184, 185.

CAPITULO SEPTIMO

TESIS DE JOSE BARROSO

FALLA DE ORIGEN

CAPITULO SEPTIMO.

TESIS DE JOSE BARROSO.

Julian Guitrón Fuenvilla en su libro Derecho Familiar hace referencia a los criterios de José Barroso, profesor de de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M., y los cuales son en el mismo sentido que los de Cabanellas, solamente que estos son denominados Autonomía Institucional y Procesal.

"Al respecto, Barroso se refiere a la determinación de si la rama jurídica en cuestión posee instituciones propias, distintas en particular de aquellas pertenecientes a la disciplina que pretende su autonomía. Conviene aclarar que no es preciso el que se trate de instituciones totalmente novedosas, sino que basta que a las ya conocidas se imprima un sentido y regulación tan especiales en su nuevo espíritu y proyección resultan definitivamente incompatibles con los anteriores."

7.1 CRITERIO INSTITUCIONAL.

"El criterio Institucional es el mas importante porque mientras los demas se refieren a cuestiones externas o incidentales haciendo depender de su eventual acontecer la autonomía de una rama del conocimiento jurídico, aquél se refiere al aspecto sustantivo, al contenido mismo de la

disciplina en juicio. Es decir, no se queda en el examen periférico, sino que va a la medula misma del problema.

Ahora, ¿ Tiene el Derecho de Familia Instituciones propias?

La perspectiva histórica del Derecho familiar demuestra que desde hace mucho tiene características especiales, que siempre han hecho de él un sector muy particular del derecho civil, donde se le ha enclavado tradicionalmente. En ello obedece que, como han repetido practicamente todos los autores que abordan la materia, las relaciones familiares antes que un contenido jurídico lo tienen ético y natural. Sin embargo, hasta principios de siglo las relaciones de indole familiar eran concideradas mas bien de derecho privado, pues el Estado vacilaba en trasponer el umbral del hogar e intervenir francamente en su organización; hoy esa inhibición estatal ha sido superada y es notable y creciente su ingerencia, que por otra parte, tanto jurídica como filosóficamente es justificada; todo ello ha originado un desplazamiento que empuja al derecho de familia del dercho privado, si no precisamente hacia al derecho público al menos rumbo a la esfera cuyos límites y contenido precisos no han sido suficientemente definidos.

Encontramos pues un cambio profundo de espíritu entre el derecho familiar tradicional y el nuevo, donde el Estado se arroga cada vez mayores funciones, antiguamente

encomendadas al grupo familiar; el Estado impone o vigila la educación de los hijos, a veces los alimenta y cuando menos obliga a los padres a proporcionarles alimentos; en ocasiones los cuida, aún durante todo el día (guarderías infantiles), tratándose de menores carentes de ascendientes, vigila la designación de los tutores y el cumplimiento de las obligaciones a cargo de éstos; sanciona, aún con prisión (art. 336 del código penal), al cónyuge que abandone sus medios para subsistir a su esposa e hijos.

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

Contemplemos el acto básico a partir del cual sustenta la organización familiar: el matrimonio. Se trata de un acto " sui generis " que precisamente por su manera especial de ser ha dado origen a numerosas tesis que pretenden explicar su naturaleza (esta controversia deriva precisamente de la moderna idea de lo que es, realmente, el matrimonio). En nuestra legislación la doctrina unánimemente estima que se trata e un acto jurídico solemne. El hecho de que se le concidere solemne, lo aparta totalmente del consensualismo que anima nuestro código, agreguemos a esto la forma tan especial a como se constituye el consentimiento en el acto matrimonial, aquí no es el acuerdo de dos

voluntades sino de tres; la de los cónyuges y la del estado, personificado por el oficial del registro civil.

Otro tanto puede decirse sobre la nulidad de matrimonio. Rememoremos la polémica en torno a si es aplicable la teoría de nulidades en tratándose de matrimonio, o si bien éste tiene su propio régimen en materia de nulidad. En fin a lo mínimo puede asegurarse que el matrimonio tiene un régimen especial de nulidades que se aplica de manera preferencial y que solo a falta de solución expresa en éste debe recurrirse al sistema general de nulidades. Estamos pues en presencia de una institución con perfiles propios que se aparta senciblemente en su regulación de toda otra.

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

De lo anterior puede apreciarse de poco a poco las instituciones que integran el derecho de familia van cobrando una tendencia y originalidad propias, que se rigen por principios generales pero exclusivos de ellas, que están animadas de un idéntico e inconfundible espíritu y que giran en torno de un objeto (el grupo familiar) que no es materia

de otra disciplina. Tiene en síntesis: a) Principios; b) espíritu común y definido y c) objeto de conocimiento exclusivo. Basta esto para consagrar la autonomía institucional del derecho de familia."

7.2 CRITERIO PROCESAL.

Y, respecto al criterio procesal José Barroso se pregunta:

¿ Tiene la matría familiar porcedimientos propios ?.
No cabe duda que el derecho de familia tiene procedimientos particulares, si bien frecuentemente se tramitan ante tribunales que no conocen exclusivamente de cuestiones relativas al cuerpo familiar. Muchas veces, sin embargo, los procedimientos se asemejan a los de otro género de negocios, pero esto es inconveniente, de ahí la tendencia doctrinal a crear ciertos principios en la reglamentación jurídica procesal familiar que permiten dar un tratamiento al grupo familiar que se adapte a su naturaleza y que no lo coloque en la misma situación que la correspondiente a las relaciones de orden patrimonial. Gensi Bidart aconseja, refiriéndose a la reglamentación procesal de la familia, que... habrá de ser relativamente limitada respetando al máximo al ser familiar y procurando, mas que orientada artificialmente defender sus modalidades espontáneas. Esto es justificado pues las relaciones resultantes de la familia tienen un contenido esencialmente ético y natural que el derecho no puede

ignorar; por eso es preciso que los procedimientos que se empleen en esta materia se afinen al máximo pues no están en juego intereses únicamente económicos sino otros más altos de jerarquía espiritual." (1).

En México existen procedimientos específicos tratándose de divorcio voluntario (arts. 272, 273 y 275 del Código Civil y 674 y 682 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal) tutela y curatela (arts. 902 al 914 del Código de Procedimientos Civiles), enajenación de bienes de menores e incapaces y transacción a cerca de sus derechos (Arts. 915 al 926). del Código de Procedimientos Civiles), el divorcio necesario y la nulidad de matrimonio se tramitan en el juicio ordinario; los juicios de alimentos, la calificación de impedimentos de matrimonio, la responsabilidad por incumplimiento de promesa matrimonial, la constitución del patrimonio de familia habiendo contienda, las diferencias que existan entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposiciones de maridos, padres y tutores y en general, todas las cuestiones que reclaman la intervención judicial, deben tramitarse sumariamente (art. 430, Fracciones II, VI, VII y VIII).

(1) GUITRON Fuentevilla Julián. *Derecho de Familia*. págs. 185-188.

CAPITULO OCTAVO

TESIS DE JULIAN GUITRON

FUENTEVILLA.

CAPITULO OCTAVO.

TESIS DE JULIAN GUITRON FUENTEVILLA.

" Tratar de sostener la autonomia de una disciplina juridica, implica el conocimiento completo de la rama a la cual se pretende desprender la que se intenta separar.

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

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

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

El derecho familiar debe de agruparse bajo un género diferente al privado y al público, pues la familia, como generadora de todas las formas actuales de la sociedad y de gobierno, tiende a desaparecer, no tanto por la constante desmembración de ella, sino por la penetración cada día mas penetrante del núcleo familiar por el Estado. Esta es nuestra verdadera preocupación. Es la intervención estatal la que debemos evitar en el seno familiar; entiendase bien, estamos de acuerdo en la protección estatal de la familia, pero no es su intervención; estamos concientes que el Estado, a través de sus órganos, proteja los derechos familiares; y la mejor manera de hacerlo será elaborando un Código Familiar Federal, con Tribunales de Familia, con expertos en humanidades, psicólogos, trabajadoras sociales, psiquiatras, médicos, etc., todos ellos agrupados alrededor del juez para asuntos familiares con objeto de orientar y solucionar adecuadamente esos problemas, los cuales muchas veces se resolverían con un consejo o una orientación bien intencionada. Estamos de acuerdo en que el Estado propicie la protección familiar; considerando al Derecho Familiar como rama independiente del derecho público y privado, atendiendo fundamentalmente a a observancia de conservar e incrementar la unidad de la familia y sus consecuencias jurídicas, como al matrimonio, al divorcio, la patria potestad, la tutela, etc.

Las instituciones comprendidas en el Derecho Familiar son tan ambiguas y complejas que necesitan sus propias reglas y proyecciones, sin salirse del Derecho

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

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

Nuestra respuesta, sin vacilaciones, es afirmativo, pues debe dárse un Código de Familia. Debe de protegersele, porque ella, en última instancia, ha sido la semilla generadora de todas las organizaciones estatales de todas las épocas.

Las condiciones sostenidas entre otros por Cicú, respecto del derecho de Familia y su autonomía, están superadas, pues ya la discusión no debe de basarse en saber si el Derecho de Familia es de orden público o privado, lo

mas importante es luchar por su protección, lo cual sólo puede hacerse a través de una legislación autónoma y adecuada, con tribunales y abogados, especialmente a evitar disgregaciones familiares hasta donde sea posible, implantar cátedras sobre derecho familiar, con objeto de despertar las aletargadas conciencias de futuros abogados, con el propósito de difundirlas, y proteger a la familia en el desarrollo de sus labores profesionales y sociales.

Además se debe de propiciar, y ese es uno de los objetivos de este estudio, de todo lo referente a la familia, hacer obras, escribir tratados y monografías, siempre con el objeto de proteger a la familia, cuidar sus intereses y tratar, a toda costa, de impedir la intervención estatal dentro del seno familiar, de ahí que nuestra preocupación sea el de completamente abogar por la no intervención estatal en la familia; promulgando leyes adecuadas y funcionales, con tribunales y sanciones efectivamente aplicadas al violarse los sagrados derechos familiares, de esta manera garantizamos la estabilidad de la familia y repelemos al mismo tiempo, la cada día mayor ingerencia del Estado en las relaciones familiares.

En síntesis de nuestra opinión respecto a la autonomía del derecho familiar se resume en pocas palabras, independientemente del criterio público o privado que se le quiera dar al derecho de familia, debe ordenarse un Código Federal Familiar, cátedras en la Universidad, Tribunales

Familiares e investigaciones sociales para darle un criterio científico y humano a la disciplina tantas veces mencionada.

El problema de la autonomía del derecho familiar debe de tener soluciones especiales, es decir, de acuerdo con el lugar donde vaya a aplicarse el criterio, porque si el país objeto de esa reglamentación es en extremo individualista, será imposible implantar una legislación fundamentalmente de proyección socialista, como es el caso de proteger a la familia. Debemos aclarar que nuestra tendencia discrepa con la de José Barroso Figueroa, entre otros, porque no reconocemos como género diferente del derecho privado y del público el social, que en todo caso sería el género del derecho por estar dirigido a la sociedad. Barroso Figueroa afirma al respecto: "Los juristas mexicanos deben darse cuenta del momento histórico actual y con conciencia de superación, pensar en la familia y en el Derecho Familiar, que es la evolución gradual del desarrollo de la familia, la cual necesita fomentarse como la institución social por excelencia."

La importancia social de la familia debe ser guiada del legislador, éste debe de ser consciente de que la colectividad familiar tiene una influencia sobre su estabilidad, así pues, la intervención del legislador debe de ser prudente, buscando todas las medidas protectoras de la familia, todo lo que pueda favorecerla, procurando una protección de los intereses de todos y cada uno de los

miembros de la familia, procurando siempre el interés colectivo sobre el cual se basa la solidez de la familia, no ha significado todavía para el legislador, el valor que verdaderamente tiene, ya que excepto el código de Protección al menor, promulgado en el Estado de Guerrero en 1956, no ha habido frutos positivos de protección a la familia.

La familia es una noción nueva enfocada al margen del derecho civil y de las leyes reglamentaria, teniendo por objeto regular el estado de la familia matrimonial, como extramatrimonial, así mismo los actos derivados de ese estado, y todas las consecuencias jurídicas personales y patrimoniales. Pensamos que se asombrarían los doctos en derecho si de una manera científica revisaran nuestro código civil y no encontrarán referencia alguna, ni libro, capítulo o sección que se denomine derecho familiar. Es más, salvo raras excepciones, sólo se menciona la palabra familia en determinados preceptos del código, así el patrimonio familiar etc."

En conclusión la autonomía del derecho familiar no debe de crear fantasmas al rededor de los conservadores en el derecho civil. No deben asustarse los civilistas porque haya la inquietud en maestros jóvenes, por separar del derecho civil al derecho familiar, pues debemos recordarles que desde sus orígenes, el Derecho Civil ha creado casi todas las diversas ramas del derecho moderno; así el Derecho mercantil,

el laboral, etc., los cuales tuvieron bases en el Derecho Civil, entonces, ¿ por qué ahora, algunos se inquietan al conocer la intención de separarlo del derecho civil ? Ojalá y todo sea en función de beneficiar a la familia y los civilistas lográramos ponernos de acuerdo sobre este difícil tema y juntos nos lanzáramos a la elaboración del derecho familiar, como disciplina autónoma. Inspirados en el interes de fortalecer a la familia, mas adelante nos atrevemos a sentar las bases para la elaboración del Código Familiar Federal." (1).

(1) GUITRON Fuentevilla Julian Derecho familiar. Págs. 229, 230, 231, 232.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Debe el Derecho de Familia separarse del Derecho Civil, toda vez que este último, regula las relaciones de los individuos entre sí y aquel, regula las relaciones de los miembros integrantes de la familia y los intereses familiares.

SEGUNDA.- En base a la teoría de Cicú, debe decretarse la Autonomía del Derecho de Familia no pudiendo pertenecer al público porque este regula las relaciones de los particulares con el Estado y el Derecho de familia regula cuestiones propias y exclusivas de ella.

No puede pertenecer al Derecho Público porque la familia no es un ente público dado que sus intereses no son generales a todas las personas, solamente son superiores.

TERCERA.- Debe pugnarse por la Autonomía del Derecho Familiar, tomando en cuenta que la familia constituye la base creadora de la sociedad, por tanto, sus intereses

deben de estar legalmente constituídos y protegidos por encima de cualquier otro.

CUARTA.- Debe de separarse el Derecho de Familia del Derecho Civil porque los derechos derivados de la familia tienen características especiales como son los Derechos absolutos, indisponibles, irrenunciables los no patrimoniales, imprescriptibles e inenajenables.

QUINTA.- Otro fundamento para pugnar por la autonomía del Derecho de Familia, es su historia, el fundamento racional y social de sus instituciones, el carácter ético de sus normas y las relaciones que tienen los miembros de la familia que es lo que constituye su estructura interna familiar.

SEXTA.- La irrenunciabilidad de sus normas, constituye base suficiente para pretender la Autonomía en materia Familiar, separándolo del Derecho Civil y formando una rama Autónoma del Derecho dado que, son las normas creadas por la ley y subsisten independientemente de la voluntad de las partes.

SEPTIMA.- Se debe pugnar por la autonomía del Derecho de Familia, basándonos en que, el interés individual es sustituido en el Derecho de familia por un interés superior.

OCTAVA.- Normas generales pertenecientes al Derecho Civil que no operan en el Derecho de Familia como son la inaplicabilidad de las limitaciones mediante términos o condiciones, este es otro punto de sustentación para pugnar por la Autonomía del Derecho Familiar.

NOVENA.- La prohibición de la enajenación de los derechos subjetivos familiares, constituye otra característica especial del Derecho Familiar que no tiene el Derecho Civil, ello se encuentra basado en la fundamentación ético-lógico-jurídica de las bases que por cuestiones culturales forman los principios que rigen el núcleo familiar.

DECIMA.- El criterio legislativo, científico, didáctico y jurisdiccional se encuentran justificados, base

suficiente para establecer doctrinariamente la Autonomía del Derecho de Familia.

DECIMA PRIMERA.- Con base en esta propuesta, concidero necesario el establecimientos de códigos adjetivos que regulen los procedimeintos familiares.

DECIMA SEGUNDA.- El criterio Institucional a que hace alución el Doctor José Barroso, determina que el Derecho Familiar tiene instituciones y principios generales, originales y exclusivos de él, otro motivo para determinar la multimencionada Autonomía del Derecho Familiar.

DECIMA TERCERA.- El criterio Procesal también se encuentra justificado, pues ello constituye un mejor establecimiento y creación de principios y reglamentación jurídica procesal familiar que dan un tratamiento mas eficaz, llegan así a cumplir el principio Jurídico de Impartición pronta y expedita de la justicia en favor del ciudadano que recurre en procurración de ella, cumpliendose así la máxima del Derecho, dar a cada quien lo que le corresponde.

DECIMA CUARTA .- Otra justificación para decretar la Autonomía del Derecho Familiar la encontramos en que la familia tiende a desaparecer por la ingerencia que tiene cada día mas el Estado en el núcleo familiar.

DECIMA QUINTA. - Otra causa para desmembrar el Derecho de Familia del Derecho Privado y posteriormente del Derecho Civil es el interés de proteger a la familia en la organización social que debe darsele através de su propia legislación.

DECIMA SEXTA.- Por último, el Derecho es una ciencia que está en constante transformación y cambio, no puede quedarse estático porque una de sus finalidades es regular eficazmente los actos del hombre y ajustarse a la realidad social imperante, por ello, decretar la Autonomía del Derecho Familiar constituirá un avance en el campo del Derecho y se reflejará en un mayor bienestar para los hombres en genral.

BIBLIOGRAFÍAS.

CANTU Cesar. Historia Universal Tomo Sexto. Gasso Hermanos Editores. Barcelona España.

CICU Antonio. El Derecho de Familia. Traducción Santiago Sentis Melendo. Ediar Editores. Buenos Aires 1947.

CICU Antonio. La Filiación. Traducción de Faustino Jiménez Arnau y José Santa Cruz Teijeiro. Madrid 1930. Revista de Derecho Privado.

CHAVEZ Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho. Segunda Edición. Editorial Porrúa S.A., México 1990.

DE PINA Vara Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Novena Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1980.

DE PINA Vara Rafael. Diccionario de Derecho. Decimo séptima Edición. Editorial Porrúa S.A. México. 1990.

DE RUGGIERO Roberto. Instituciones de Derecho Civil Volumen Segundo. Traducción de Ramón Serrano Suner y José Santa Cruz Teijeiro. Instituto Editorial de Reus. Madrid España.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Bibliográfica Omeba. Industrias Gráficas del Libro S.R.L., Buenos Aires 1980.

GALINDO Garfias Ignacio. Derecho Civil. Parte General. Personas. Familia. Sexta Edición. Editorial Porrúa. S.A. México 1983.

GARCIA Maynez Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Cuadragésimo segunda Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1991.

GUITRON Fuentesvilla Julián. Derecho Familiar. Segunda Edición. Editorial Universidad Nacional Autónoma de Chiapas. México D.F. 1988.

GUITRON Fuentesvilla Julián. ¿ Qué es Derecho de Familia ? Tomo I. Primera edición. Promociones Jurídicas y Culturales S.C. México D.F. 1985.

GUITRON Fuentesvilla Julián. ¿ Qué es el Derecho de Familia ? Tomo II. Primera Edición. Promociones Jurídicas y culturales S.C. México D.F. 1988.

LA CRUZ Berdejo José Luis y Francisco de Asís Sancho Rebullida. Derecho de Familia Tomo I. Liberia Boch. Barcelona 1974.

LOZANO Antonio de J. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia Mexicanas. Primera Edición. Orlando Cárdenas Editor S.A. de C.V. Irapuato Gto. 1992.

MESSINEO Francesco. Manual de Derecho Civil Tomo III.
Traducción Santiago Mentis Melendo. Buenos Aires.

MOTO Salazar Efraim. Elementos de Derecho. 36 ava. Edición.
Editorial Porrúa S.A. México D.F.

ROJINA Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano Tomo Segundo.
8va. Edición. Editorial Porrúa S.A. México D.F. 1993.