



ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

ARAGON-U.N.A.M.

“NECESIDAD DE INTEGRAR EL DERECHO
FAMILIAR AL DERECHO SOCIAL”

D-9

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
JOSE FELIX PADILLA LOZANO

MEXICO, D. F.

1985



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 esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

Der-613

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

AMAZON-LIN A.M.

LIBERTAD DE INTEGRAR EL DERECHO
FAMILIAR AL DERECHO SOCIAL

Y E S T A S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
JOSE FELIX PADILLA LOYANO

1953

MARCO D. F.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES ARAGON.

San Juan de Aragón, Edo. de México, 6
de Junio de 1985

SR. LIC. SERGIO ROSAS ROMERO,
DIRECTOR DE LA E.N.E.P. ARAGON.
P R E S E N T E .

Me es grato comunicar a usted, que el (1a) alumno (a)
JOSE FELIX PADILLA LOZANO ----- ha concluido la
elaboración de su tesis profesional, intitulada "NECESIDAD DE
INTEGRAR EL DERECHO FAMILIAR AL DERECHO SOCIAL", -----
----- que realizó con la dirección
de la Profesora, Licenciada MARIA ELENA GONZALEZ RIVERA, -----
quien dio su aprobación a dicho trabajo de tesis, mediante el comu-
nicado escrito del que se anexa copia autógrafa. Otorgándose por
este Seminario la aprobación final de la mencionada tesis y autori-
zándose su impresión, por reunir los requisitos de fondo y forma.

Por lo anterior, y de no existir inconveniente alguno,
le solicito se autorice al alumno de referencia la iniciación del
trámite administrativo necesario para sustentar su examen profesio-
nal.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para en-
viarle un cordial saludo.

A T E N T A M E N T E .
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU".
EL ENCARGADO DEL SEMINARIO DE DERECHO PRIVADO
EN EL TURNO VESPERTINO.

LIC. JOSÉ LUIS HERNANDEZ MORAN.



c.c.p. Coordinación de Derecho.
c.c.p. Alumno.

"ESCRIBO BAJO EL INFLUJO DE LO QUE
HE VISTO, LEIDO O CALCULADO, Y SIEM
PRE BUSCANDO LA VERDAD Y LA JUSTI-
CIA".

OROZCO Y BERRA.

A LA MEMORIA DE MIS PADRES:

DOMITILA Y CRISPIN.

Con amor, respeto, admiración y
gratitud.

A MI ESPOSA:

Por su amor, comprensión, apoyo y
estímulo perseverante.

A MIS HERMANOS:

Con especial cariño, gratitud y,
porque hoy, mañana y siempre ca-
minemos unidos.

" A G R A D E C I M I E N T O S "

A TODOS MIS PARIENTES EN GRADO
ASCENDENTE, COLATERAL Y POR
AFINIDAD.

A MIS MAESTROS,

A MIS AMIGOS Y CONDICIPULOS,

Por su estimación, cooperación
y aliciente, en forma indistinta
y particular.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO Y A LA
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ARAGON".

" I N D I C E "

Pág.

P R O L O G O

CAPITULO I

FAMILIA.

1.1. LINEAMIENTOS GENERALES.....	5
1.2. FUENTES.....	15
1.3. PARENTESCO.....	29
1.4. SUS GRADOS.....	32

CAPITULO II

ESTADO CIVIL.

2.1. DEFINICION.....	39
2.2. DERECHOS QUE PRODUCE.....	42
2.3. PRINCIPIOS GENERALES RELATIVOS AL ESTADO CIVIL.....	46
2.4. MATRIMONIO: NATURALEZA SOCIOLOGICA Y JURIDICA DEL MISMO.....	49
2.5. ESPONSALES.....	56

CAPITULO III

DERECHO FAMILIAR.

3.1. DEFINICION.....	58
3.2. ASPECTO SOCIOLOGICO.....	61
3.3. ASPECTO ETICO.....	62
3.4. TRASCENDENCIA DEL DERECHO FAMILIAR.....	67

CAPITULO IV.

DERECHO SOCIAL.

4.1. RESEÑA HISTORICA.....	70
4.2. DIVERSAS TEORIAS SOBRE EL MISMO.....	73
4.3. SUS PRINCIPIOS JURIDICOS Y SOCIO- LOGICOS.....	75
4.4. DERECHO SOCIAL Y DERECHO FAMILIAR.....	78
4.5. NECESIDAD DE INTEGRAR EL DERECHO FA- MILIAR A LOS POSTULADOS DEL DERECHO SOCIAL.....	80

C O N C L U S I O N E S	98
-------------------------------	----

B I B L I O G R A F I A	102
-------------------------------	-----

" P R O L O G O "

A muchos años de haberse producido la frase bíblica del "creced y multiplicaos", bien pudiera tomarse a la misma, como un reto. Cuando millones de seres se debaten entre el hambre y la ignorancia, entre la enfermedad y la desdicha, hay en verdad que desoír dicho mandato si - no queremos sumarnos a las grandes legiones de desheredados. Por ello reviste especial importancia todo lo concierne a la célula primordial de la sociedad: la familia.

La integración consciente de un nuevo núcleo familiar, ha de ser la respuesta positiva a la superación personal y al deseo de fortalecer por el trabajo, - la sociedad en que vivimos. Ciertamente, la actual concepción de la familia, debe ser sobre la base de objetivos superiores, más trascendentes. Para nosotros, su importancia crece cuando afirmamos que las leyes que la regulen estén acordes con la jerarquía que la familia tiene en la sociedad actual. Consideramos que la estructura clásica, tradicional del Derecho Civil que se ocupó hasta tiempo atrás de su regulación y cuidado, no responde ya a los requerimientos constantes de actualización, como tampoco responde a postulados de contenido eminentemente social. Por ello, es necesario en nuestra opinión, que el Derecho Familiar se encuadre en la naturaleza y propósitos de un nuevo derecho; nuevo por cuanto falta mucho por lograr su cabal vigencia, pero tan viejo como los propios anhelos del hombre: el Derecho Social.

Si hasta hace relativamente poco tiempo, correspondía al Derecho Civil la regulación de todo lo concerniente a la familia, y merced a requerimientos sociales, económicos y de todo orden, hubo necesidad de crear el Derecho familiar, hoy por hoy, es necesario que el derecho participe de la trascendencia y jerarquía del Derecho Social. Tal es nuestro propósito. Corresponde a la importancia social, política, económica, sociológica, etc., de la familia, un derecho acorde con nuestra época, en que no es válido quedar atrás del cualquier intento innovador, actualizador de la ciencia jurídica.

La problemática actual reclama un enfoque diferente al tradicionalmente dado a las cuestiones familiares; estimamos que es el marco generoso del Derecho Social, donde el Derecho Familiar encontrará eco y campo propicio para la realización de sus nobles propósitos.

"CAPITULO PRIMERO"

FAMILIA.-

- 1.1. LINEAMIENTOS GENERALES
- 1.2. FUENTES
- 1.3. PARENTESCO
- 1.4. SUS GRADOS

1.1. LINEAMIENTOS GENERALES:

Sea cual sea el punto de vista por el que se analice a la familia, la importancia que la misma tiene en la vida de las sociedades, es evidente, puede ser la celdilla del Estado, o bien el elemento reproductor y mantenedor de nuestra especie, así como la educadora y es estructuradora de las nuevas generaciones.

Un interesante trabajo publicado por el - Centro de Investigaciones y Trabajos Jurídicos, al precisar el concepto de familia, nos dice:

"Es posible subrayar las actividades que la familia realiza en el campo de la economía, de la religión e incluso de civismo. No tiene nada de extraño que las leyes, comprendida dentro de ellas la más importante de todas, la Constitución Política de la República, le consagren preceptos especiales, le respeten y busquen la manera de protegerla y, en cierto modo, de convertirla en paradigma de microorganismos sociales. Toda una rama de juridicidad se refiere a ella, y desde tiempos muy remotos, al lado del Derecho Civil patrimonial, ha existido y aún existe el llamado Derecho Familiar, que tantas leyes ha producido y que tantas doctrinas, controversias e innumerables fallos ha engendrado.

Juristas, sociólogos, moralistas, políticos, economistas, pensadores eminentes han encarecido, algunas veces con magnífica elocuencia, la importancia polifacética del núcleo familiar. "Para que una República esté bien ordenada, decía Platón, las principales leyes deben ser - las que reglamenten el matrimonio. "La familia, decía Augusto Comte, es la escuela eterna de la vida colectiva", y P. Lafond, nos asegura que es "el fundamento necesario - de la sociedad". (1)

El concepto del citado Centro de Investigaciones y Trabajos Jurídicos, no se sabe a ciencia cierta - qué es la familia, como tampoco hasta donde alcanza su esfera de influencia, qué personas la integran, de qué manera pueden distinguirse unas familias de las otras, etc. - Afirma, que las leyes que la organizan y reglamentan, "han pasado por alto el problema de definirla jurídica y socialmente, como si no hubiera necesidad de precisar lo que es ella, y se tratara de un concepto tan claro, como bien determinado, y por todo el mundo sabido. Incluso la llamada "Ley de Relaciones Familiares", que estuvo vigente a raíz del triunfo de la revolución carrancista, no contesta en forma alguna esta pregunta: ¿qué es la familia?" (2)

(1) "¿Qué es la Familia?" Centro de Investigaciones y Trabajos Jurídicos, Revista "FORO DE MEXICO", No.11, Págs. 9 y 10.

(2) Idem. Pág.10

He aquí algunas definiciones de familia:

El Diccionario Jurídico Forum, la define en estos términos: "Conjunto de personas vinculadas civilmente por parentesco, sea éste consanguíneo o por afinidad".

El Diccionario del Español Moderno expresa: "Familia. Gente que vive en una casa bajo la autoridad - del dueño". El Diccionario de la Lengua agrega: "Conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje". "Asociación de personas unidas por el vínculo de la sangre y que viven bajo el mismo techo". "Conjunto de personas - procedentes de un mismo tronco, de una misma sangre, vivan o no reunidas bajo un mismo techo".

Manuel Osorio por su parte, en su vasto volumen enciclopédico, el glosario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, nos da una amplia opinión en relación al concepto de familia. Dice al respecto: "La familia tiene muy diversas definiciones, porque responden a contenidos jurídicos y a aspectos históricos que no son coincidentes ni en el tiempo ni en el espacio". Prosiguiendo con la idea referida al concepto que se menciona por éste mismo autor aludido, donde cita el criterio de otros autores conocidos: "Bellucio, entiende que familia es un sentido amplio de parentesco, es el conjunto de parientes con los - cuales existe algún vínculo jurídico, en el que cada indi-

viduo es el centro de uno de ellos, diferente según la persona a que se la refiera y que alcanza a los ascendientes y descendientes sin limitación de grado, a los colaterales por consanguinidad hasta el sexto grado, a los afines hasta el cuarto; y que, en un sentido más restringido, es el núcleo paternofilial o agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que conviven con ellos o que se encuentran bajo su potestad. Sin que quepa desconocer un concepto intermedio, en el cual la familia es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa bajo la autoridad del señor de ella. Esta última definición es la que corresponde a la familia romana y que fue aceptada por las Leyes de Partidas, en que el grupo familiar estaba integrado incluso por los sirvientes".

A su vez, Díaz de Guijarro ha definido a la familia como "la institución social permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación.

"El vínculo familiar ofrece importancia jurídica porque da nacimiento a una amplia serie de derechos y de obligaciones, especialmente referidos al matrimonio, a la relación paternofilial (la patria potestad de modo destacado), a los alimentos y a las sucesiones. "(3)

(3) Osorio, Manuel, "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales". Edit. Heliasta, Buenos Aires, 1974, p. 213

La palabra familia ha dado nacimiento a distintas opiniones respecto a su origen etimológico. Para algunos deriva de "fames", que significa hambre, ya que - mediante la familia se satisfacen las necesidades primordiales de los miembros que la integran; para otros, proviene del vocablo "famulus", que significa siervo.

Entre las muchas significaciones que el vocablo familia tuvo en el Derecho Romano, destaca el siguiente: "El término familia comprende todo un conjunto de parientes, o bien solamente las personas a quién ella es propia, o todas aquellas a quien es común. En efecto, se llama familia particular, a varias personas que, sea por el derecho natural o el civil, están bajo el poder de uno solo; por ejemplo, un padre o una madre de familia, un hijo o una hija de familia, y así sucesivamente. Se llama también padre de familia quien tiene autoridad en la casa, y por esta razón se le da ese título, aunque no tenga hijos. Pues no se considera solamente su calidad de padre, sino también su derecho y su poder. En fin, se da a un menor después de la muerte de su padre, el título de padre de familia; y todas las personas que estaban bajo su poder comienzan a ser cada una, familias diferentes, puesto que todas tienen el título de jefes de familia. Lo mismo acontece con el hijo emancipado, pues desde el momento en que comienza a gozar de sus derechos, tiene su familia particular. Se llama familia común la que comprende todos los agnados paternos,

porque a pesar de que la muerte del padre de cada uno de ellos forma una familia diferente, sin embargo, como todos estaban bajo su potestad, seguirán perteneciendo a la familia de éste, es decir, del mismo origen y extracción. "Digesto lib. 50, Tít. 15, Ley 195, Párrafo 2".

Bajo la denominación romana, que es rica en conceptos; encontramos contemplados otros aspectos importantes concernientes al vocablo en cuestión, y así tenemos que "El término de familia se usa también para designar a las personas que han nacido de la sangre de un último padre, como cuando decimos la familia de los Julios, porque se sabe que estas personas son las primeras de dicha estirpe. Dig. lib. 5, tit' 16, Ley 195, pár.4.

La mujer es el principio y el fin de su familia". Dig. lib. 50, tít.16, Ley 195, pár. 5.

"El jefe de la familia está comprendido en el término familia". Dig. lib.5, tít. 16, Ley, 196.

"Es verdad que los hijos no pertenecen a la familia de su madre, porque siguen la de su padre. Por esta razón Gayo dice, que una mujer nunca esta en el caso de tener herederos suyos o de perderlos por el cambio de estado". Dig. lib. 38, tít. 16, Ley 13.

Por lo que respecta a las Leyes de Partidas, sobre la familia estipularon lo siguiente:

"Por familia se entiende el señor de la de su mujer, todos los que viven sujetos a el, sobre los que tiene poder, así como los hijos y los sirvientes y los otros criados". (4)

Es también importante conocer el concepto de familia, de ilustres jurisconsultos, tales como Ennekerus, Rugiero, Planiol y Ripert, entre otros.

Ennekerus, expresa: "Familia es el conjunto de personas ligadas por el matrimonio o por el parentesco. En el antiguo derecho alemán, pueden distinguirse dos círculos familiares: uno estricto y otro amplio. El círculo estricto, la "casa" (das Haus), es una comunidad erigida sobre la potestad (munt) del Señor de la casa y que abarca, además del mismo, la mujer, los hijos, los sirvientes e incluso extraños acogidos a la hospitalidad de la casa. La esfera más amplia es la Sippe, comunidad representada originariamente por los agnados no sujetos a la ajena potestad y cuyos vínculos, no sólo de hecho, sino también de derecho, se manifiestan en el servicio de las armas y en la guerra, en la colonización, en el culto y por juramento, y que posteriormente es titular de la potestad sobre los -

(4) ¿Qué es la Familia?, "Centro de Investigaciones y Trabajos Jurídicos" Revista Foro de México, No.11, Págs. 11 y 12.

miembros de la Sippe, huérfanos y necesitados de tutela y fuente de todo derecho sucesorio". Cabe aclarar que conforme a lo anotado anteriormente, la familia en sentido estricto correspondía al grupo de los agnados que en el Derecho Romano estaban sujetos a la patria potestad y a la Sippe, a la gens de los romanos.

Para Rugiero, la familia tiene dos significaciones distintas desde la época del Derecho Romano, a saber: la de "grupo de personas sujetas actualmente a la actualidad soberana de un jefe y la de grupo integrado por todos aquellos que estarán sujetos a una autoridad única si aún viviese el pater familias. Por familia se entiende un grupo restringido de personas: un grupo amplio, cuando prescindiéndose de los efectos jurídicos que el vínculo produce pasando del límite impuesto por el derecho sucesorio, se comprenden en él todos los descendientes de un tronco común, y que llevan el mismo nombre gentilicio; otro más restringido cuando en él figuran los padres y sus descendientes inmediatos, y a veces de estas personas se toma en consideración sólo aquellas que viven en común; el Código Civil y otras leyes especiales dan a la palabra una asepción intermedia comprendiendo en la familia sólo aquellos miembros respecto a los cuales el vínculo produce efectos jurídicos, constituyendo aquella un núcleo más limitado que el formado por los que descienden del ascendiente común; es más, este concepto que el que se basa en la comuni-

dad del nombre, puesto que figuran también los afines, los parientes por adopción, sin que tenga importancia el hecho de la cohabitación, la comunidad del domicilio o la unidad patrimonial.

Para Planiol y Ripert, la familia en su sentido amplio, "es el conjunto de las personas que se hallan vinculadas por el matrimonio, la filiación o la adopción. El propio vocablo en el sentido estricto, designa a los miembros de la familia que viven bajo el mismo techo, bajo la dirección y los recursos del jefe de la casa... Por otra parte, hoy se entiende generalmente por familia el grupo reducido que forman el padre, la madre y los hijos, con la exclusión de los demás parientes o por lo menos de los colaterales. Subsisten, no obstante, reglas jurídicas de importancia, fundadas en la antigua concepción de la familia, que comprenden a todos los parientes. Las más notables de ellas son las que se relacionan con la transmisión de la propiedad." (5)

Sociológicamente, la familia se encuentra clasificada dentro de los llamados grupos primarios que al decir del maestro Luis Recasens Siches, "son pequeños y se componen de relaciones personales entre sus miembros. En cambio los llamados grupos secundarios son grandes y están integrados principalmente por las relaciones impersonales". (6)

(5) "¿Qué es la Familia?", Centro de Investigaciones y Trabajos Jurídicos. Revista Foro de México, No. 11, Pág. 14.

(6) Recasens Siches, Luis. "Sociología", Edit. Porrúa, S.A.

Es claro ejemplo del grupo primario, la familia; está entre las formas primeras, más simples y más universales del complejo social, ha sido llamada la célula de la estructura social, ya que en ella se incuban costumbres, se manifiestan los impulsos sociales, se aprende la lealtad hacia la colectividad, etc.

1.2. FUENTES DE LA FAMILIA.

Tradicionalmente se han señalado tres como las fuentes constitutivas de la familia: el matrimonio, la filiación y la adopción. Importante es mencionar la opinión de algunos autores conocidos, que dan del concepto respecto de las fuentes anteriormente enunciadas, señalando inicialmente la procedencia de la palabra MATRIMONIO, "la que proviene de la palabra latina MATRIMONIUM, - la cual deriva a su vez de las voces MATRIS MUNIUM, que significa carga, gravamen y cuidado de la madre. Comentando ésta etimología, decían los decretales de Gregorio IX que: "para la madre el niño es, antes del parto, gravoso, por cuya razón el legítimo enlace del hombre y de la mujer se ha denominado matrimonio, mas bien que patrimonio." (7).

El significado que da el Derecho Romano al matrimonio es el siguiente, CONCUBINATO y el IUS IUSTAE NUPTIAE; este derecho romano reconoció dos clases de uniones entre libres: las IUSTAE NUPTIAE y el CONCUBINATO; la primera da al padre la patria potestad sobre sus hijos y tiene consecuencias jurídicas varias; la segunda es un INAEQUALE CONIUGIUM -matrimonio de orden inferior- con pocas consecuencias jurídicas y que a veces se contrae por falta de algún requisito o prohibición para contraer las IUSTAE NUPTIAE.

(7) Ibarrola, Antonio de, "Derecho de Familia" Editorial Porrúa S.A. México 1981, 2a. Edición, Pág. 143.

Ambas uniones pueden contraerse sin formalidad jurídica alguna y tienen de común acuerdo el ser uniones duraderas, monogámicas de un hombre con una mujer, con la intención de procrear hijos y ayudarse mutuamente en las vicisitudes de la vida". (8)

Tenemos también así los conceptos de matrimonio de dos magníficos jurisconsultos romanos como lo son, Modestino, según el cual lo definió como: "... la unión del hombre y de la mujer, implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos", es necesario mencionar que ésta definición no fué exacta, ya que en la antigüedad el matrimonio casi siempre acompañaba a la manus y por esta la mujer estaba sometida al marido, por lo que no había igualdad de condición; comunidad de derechos divinos la hubo en la antigüedad; la mujer participaba en las sacra privadas del marido, pero en la época de Modestino la religión había perdido su fuerza y ya poco se hablaba del culto familiar" (9); para el segundo jurista romano, Ulpiano, concibió al matrimonio como el "CONNUBIUM EST UXORIS JURE DUCENDAE FACULTAS", el cual traduciéndolo al español es "la capacidad de unirse a determinada persona"; este en plena confianza con las Instituciones, indicaba las tres condiciones indispensables para las justas nupcias: pubertad, consentimiento y connubium". A esta última condición, el reconocido y querido maestro Don Antonio de Ibarrola hace una apreciación

(8) Bravo González, A. y Bialostoski, Sara, "Compendio de Derecho Romano". Edit. Pax México. Librería Carlos Cesarman S.A. 1971, pág. 43.

(9) Idem ps. 44 y 45

ción acertada, ya que como él dice, es "bien mal conocida por lo general"; y considera pertinente fijar su significado, y comenta que "para que un matrimonio sea legítimo, además de que los futuros conyuges estén capacitados para contraerlo, deben gozar de capacidad para unirse el uno al otro, y ésta capacidad relativa que había de existir entre ellos, es lo que se llamó CONNUBIUM"⁽¹⁰⁾.

Refiriéndose ahora a otros autores en relación con el concepto antedicho, citaremos primero a ESCRICHE, quien lo precisa en su diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, el cual fué inspirado en las Partidas (IV, II, 1 y 2), y lo hace de la forma siguiente, "la sociedad legítima del hombre y de la mujer, que se unen con un vínculo indisoluble para perpetuar su especie, ayudarse a llevar el peso de la vida y participar de una misma suerte"; AHREMS la expresa como "la unión formada entre dos personas de sexo diferente, a fin de producir una comunidad perfecta de toda su vida moral, espiritual y física, y de todas las relaciones que son su consecuencia"; para FALCON es, "la unión indisoluble que bajo las prescripciones de las leyes civiles y religiosas forman al hombre y a la mujer para procurar la procreación de los hijos; ayudarse mutuamente y satisfacer su vida y costumbres", la opinión DE CASSO en relación con el concepto de esta fuente mencionada tantas ocasiones, señala como

(10) Ibarrola, Antonio, de. Ob. Cit. Pág. 141.

"... la unión solemne e indisoluble de hombre y de mujer para presentarse mutuo auxilio y procrear y educar hijos" (11).

Abundando en el concepto de matrimonio, citaremos ahora la definición de la excelente catedrática Sara Montero Duhalt, quien manifiesta que "... es la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley". (12).

Resulta también de sumo interés la definición que nos da el código civil de 1870 en su artículo 159, mismo que es reproducido posteriormente por el artículo 155 del ordenamiento civil de 1884 de fecha 31 de marzo, el que en su texto literal expresa: "El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con un vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". (13).

Agregando otra definición de tan importante y significativa fuente del Derecho de Familia misma que se encuentra expresa en el "Diccionario de Derecho" del reconocido Doctor en Derecho, Don Rafael de Pina Vara, quien manifiesta que: "el matrimonio es la unión legal de dos personas de distinto sexo, realizada volun-

(11) Ibarrola, Antonio de, Ob. Cit. Pag. 143.

(12) Montero Duhalt Sara, "Derecho de Familia" Edit. Porrúa S.A. México 1984, Pág. 97.

(13) Código Civil del D.F. y Territorio de Baja Calif., México 1884, Imprenta De Francisco Díaz de León, Pág.22

tariamente, con el propósito de convivencia permanente para el cumplimiento de todos los fines de la vida. (14)

Corresponde citar ahora el concepto de Filiación, de algunos autores y tratadistas conocidos, que vengan a nutrir objetivamente la razón de este trabajo, por lo cual iniciaremos con la definición que expone el criterio del eminente jurista Marcel Planiol en su "Tratado Elemental de Derecho Civil", y para el efecto sustenta la misma con una explicación manifestando que "La filiación, tomada en el sentido natural de la palabra, es la descendencia en línea recta; comprende toda la serie de intermediarios que unen a una persona determinada, con tal o cual ancestro por alejado que sea; pero en el lenguaje del derecho la palabra ha tomado un sentido mucho más estricto, y comprende exclusivamente la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo. Justifícase esta limitación, porque esa relación se produce idéntica a sí misma en todas las generaciones. La relación de filiación toma también los nombres de paternidad y maternidad, cuando se considera respectivamente, por parte del padre o de la madre". (15)

Así tenemos como fundamento en lo anterior, la definición que sostiene Planiol, quien manifiesta que: "Por tanto, la filiación puede definirse como la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es el

(14) De Pina, Rafael, "Diccionario de Derecho" Edit. Porrúa, S.A. México 1978, Pág. 275.

(15) Planiol, Marcel, "Tratado Elemental de Derecho Civil" Traducción de José Ma. Cajica Jr. Edit. José Ma. Cajica Jr. Puebla, 1946. Pág. 110 y 111.

padre o la madre de la otra. Este hecho crea el parentesco de primer grado y su repetición produce las líneas o series de grados. (16)

El egregio y recordado maestro Rafael Rojina Villegas, nos ofrece por su parte dos acepciones de este fundamento de la familia que es la filiación; una en sentido estricto y otra en sentido amplio siendo ésta la que "comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras y de ésta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc., sino también en la línea descendiente para tomar como punto de relación los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc."; y la primera, que es la restringida, como "... la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo. Por lo tanto, va a implicar un conjunto de derechos y de obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen, tanto la filiación legítima, como la natural, un estado jurídico. Es decir, una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación, para mantener vínculos constantes entre el padre y la madre y el hijo" (17)

(16) Idem.

(17) Rojina Villegas Rafael. "Derecho Civil Mexicano", Tomo II "Derecho de Familia". Edit. Porrúa, S.A. México, 1983, Pág. 591.

Tenemos también la opinión y definición de filiación, de otro estimado y eximio jurispedito en Derecho, Don Antonio de Ibarrola, en su obra titulada "Derecho de Familia", en la que enuncia tres tipos de filiación; la legítima, la natural y la adoptiva, conceptuando a la primera como el lazo jurídico que une al niño con su padre y con su madre estando éstos casados", la segunda, en él considera, sería más exacta la expresión de ilegítima en lugar de natural y la refiere como aquella que "crear relaciones jurídicas entre el niño y sus padres", finalmente la filiación por adopción a la que señala como la que "crea una familia ficticia a la vez que noble, calcada sobre la familia legítima" (18)

Asimismo para concluir con la cita del conspicuo jurista el maestro Ibarrola, en relación con la definición de filiación, la que indudablemente se ve influenciada por otro inminente jurisconsulto como lo es Marcel Planiol; y la define "como la relación que existe entre dos personas de las cuales una de ellas es el padre o la madre de la otra. Este hecho crea un parentesco de primer grado y su repetición produce las líneas o series de grados" (19)

(18) Ibarrola Antonio de, Ob. Cit., Págs. 356 y 357

(19) Idem.

Ahora bien, tenemos la definición que nos ofrece la distinguida académica Montero Duhalt respecto de la fuente en referencia y denota que "... es la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado: padre o madre-hija o hijo-(20)

Para finalizar con el concepto de filiación de algunos autores señalados y pasar al tercero y último que es el de adopción; enunciaremos el del Maestro Rafael De Pina quien lo conceptúa en su Diccionario de Derecho, "la relación de parentesco existente entre la prole y sus progenitores"(21)

Pasaremos inmediatamente al concepto que nos proporcionan algunos doctrinarios en relación al concepto de adopción e iniciamos por citar una síntesis histórica de esta fuente, "la palabra adopción, viene del latín ADOPTIO, ONEN, ADOPTARE, de AD y OPTARE, DESEAR. "Para Dusi es "... un acto jurídico solemne en virtud del cual la voluntad de los particulares, con permiso de la ley y autorización judicial, crea entre dos personas, una y otra naturalmente extrañas, relacionadas análogas a las de filiación legítima. "DE CASSO la define como "... la ficción legal por la que se recibe como hijo al que no lo es por naturaleza", asimismo SCAEVOLA, lo hace

(20) Montero Duhalt, Sara. Ob. Cit. Pág. 266.

(21) De Pina, Rafael. Ob. Cit. Pág. 221

"... como el contrato irrevocable, revestidos de forma solemne, por el cual una persona, con plena capacidad jurídica, toma bajo su protección a un extraño que, sin salir de su familia natural y conservando todos sus derechos, adquiere los de ser alimentado por el adoptante, usar su apellido y sucederlo, si así se pacta, sin perjuicio de herederos forzosos si los hubiere". (22)

El jurista Don Antonio de Ibarrola, en su ya mencionada obra, cita unos antecedentes históricos, mismos que se encuentran contenidos en las partidas (III, 91; IV, 7, 7) y entienden por adopción el prohijamiento de una persona que está bajo la patria potestad y al cual se recibe en lugar de hijo o nieto. "De igual forma en la misma obra referida, cita que en la ley de relaciones familiares en su artículo 220, se reinstituyó la adopción, refiriéndola como "el acto legal por el cual una persona mayor de edad acepta un menor como hijo, adquiriendo respeto de él todos los derechos que un padre tiene y contrayendo todas las responsabilidades que él mismo reporta respecto de la persona de un hijo natural". (23)

El concepto que nos dá la maestra Sara Montero referente a la fuente adopción es: "... la relación jurídica de filiación creada por el derecho entre dos personas que no son biológicamente ni por afinidad, progenitor (padre o madre) e hijo". (24)

(22) Ibarrola, Antonio de. Ob. Cit. Págs. 408 y 409.

(23) Idem. Págs. 405

(24) Montero, Debalt, Sara. Obra citada, Pág. 320.

Haciendo referencia nuevamente al Diccionario de Derecho de Rafael De Pina, del cual se tomaron algunas definiciones, en las que mencionamos a las que citan las Partidas de Alfonso X, El Sabio, y señalan que "Adopción tanto quiere decir como prohijamiento, que es una manera que establecieron las leyes por la cual pueden los hombres ser hijos de otros, aunque no lo sean naturalmente", así la adopción, "ha sido considerada desde la mas remota antigüedad como una limitación de la naturaleza (ADOPTIO IMITATUR NATURAM). El requisito indispensable que se establece para efectuar la adopción, es la diferencia de edad que debe existir entre el adoptante y el adoptado, tiene la finalidad de dar una apariencia de verdad a la adopción del legislador". Incontinenti enunciaremos el concepto que sustenta Demófilo de Buen, quien asevera que: "... es como una filiación civil que requiere imitar a la filiación natural en sus efectos jurídicos". Y, para concluir con los conceptos vertidos en este capítulo relativo a las fuentes de la familia, y tocante a esta última (la adopción), citaremos la que se expresa en el Diccionario de Derecho antes nombrado, el cual indica que "es el acto jurídico que crea entre adoptante y adoptado un vínculo de parentesco civil del que se derivan relaciones análogas a las que resultan de la paternidad y filiación legítimas. (25)

(25) De Pina, Rafael. Ob. Cit. Págs. 53 y 54.

Redundando en el concepto de adopción, aludiremos el que nos dá el Código Civil para el Distrito Federal, donde establece que el parentesco civil nace de la adopción y solo existe entre el adoptante y el adoptado, lo cual indica que éste no entra en la familia de quien lo adopta como debiera ser para que ésta (la adopción) cumpliera los fines para los que fué instituída la imitación de la filiación consanguínea. En otras legislaciones sí la regulan, denominándola adopción plena la que hace entrar al adoptado con lazos de parentesco con todos los miembros de la familia adoptante; esta omisión que hace nuestra ley a la adopción plena, es inexplicable e inconcebible alguna la que existe, necesaria de sustentarse, toda vez que es preciso, sea sancionada y se incorpore en nuestra legislación y observar debidamente con los fines filantrópicos del Derecho.

Ahora denotaremos a Planiol y Ripert, quienes nos dicen que los diferentes estados que una persona puede tener en la familia "son tres también: dos miembros de una misma familia son esposos, parientes o afines. Pero esos tres estados diferentes no responden respectivamente a los tres hechos constitutivos de la familia: el matrimonio crea el estado de esposo; la filiación y la adopción crean ambas el parentesco, puesto que el parentesco adoptivo es una imitación del parentesco

natural. En cuanto a la afinidad, es una combinación de los efectos del matrimonio y del parentesco". (26)

Pues bien, para dar un mayor abundamiento y conclusión en cuanto a las fuentes del Derecho Familiar, aludiremos otra vez al insigne jurisperito Rafael Rojina Villegas, quien sostiene que "Dos son las fuentes principales del derecho familiar: el parentesco y el matrimonio". (27), asimismo hacemos referencia de la igualmente nombrada y distinguida profesora, Montero Duhalt, quien reconoce como "Instituciones capitales del derecho familiar a: el matrimonio, la filiación y el parentesco". (28)

El doctrinario Rojina Villegas, expone que el parentesco en realidad encierra un estado jurídico, da do que es una situación constante que se establece entre dos o más personas por razón de la consanguinidad, el matrimonio o de la adopción, a fin de originar de manera constante, un conjunto de consecuencias de derecho; en tanto que la catedrática Sara Montero Duhalt -de quien transcribiremos íntegramente el párrafo- considera como fuentes preponderantes del derecho familiar a el matrimonio, la filiación y a el parentesco, para lo cual expone el siguiente razonamiento:

(26) Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge. "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés". Tomo Segundo "La Familia" Edit. Cultural. S.A. La Habana. 1939. Pág. 12

(27) Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. Pág. 153.

(28) Montero Duhalt. Sara. Ob. Cit. Pág. 34

"Constitución de la Familia"

"La familia surge de dos datos biológicos de la realidad humana: la unión sexual y la procreación. El orden jurídico toma en cuenta estas fuentes reales y crea las instituciones reguladoras de las mismas. La unión sexual se enmarca jurídicamente dentro de la institución del matrimonio y excepcionalmente en figuras para-matrimoniales como sucede con la figura del concubinato".

"Derivada de la unión sexual surge biológicamente la procreación de la especie. La procreación es recogida por la norma jurídica a través de la figura de la filiación, misma que puede ser de una doble naturaleza: emanada de la pareja unida en matrimonio, o fuera del matrimonio".

"El hecho biológico de la procreación produce a su vez, nuevos tipos de relaciones que se establecen entre los individuos que descienden unos de otros o de un tronco común más lejano. La institución jurídica que regula las relaciones establecidas entre las personas ligadas entre sí por su pertenencia a un tronco común, se llama parentesco".

"Son, en síntesis, tres las instituciones jurídicas relativas a la constitución de la familia: el matrimonio (y el concubinato), la filiación y el parentesco". (29)

Por lo anterior, en mi opinión deben considerarse como fuentes de la materia en cuestión, a las figuras jurídicas antes señaladas, toda vez que las dos primeras (matrimonio y filiación), son jurídicamente tradicionales y manifiestan su vigencia y eficacia, resultante por la unión sexual y de la procreación dimanante de la pareja de distinto sexo unida por el casamiento o fuera de él, y el parentesco que viene a ser una institución jurídica encomendada a regular las relaciones entre las personas enlazadas entre sí por su vínculo a un tronco común y las que previamente establece la ley; por lo que inmediatamente y por separado abordaremos con particularidad esta figura.

1.3. PARENTESCO

Parentesco, en el concepto de los autores como Marcel Planiol y Jorge Ripert, es la relación existente entre dos personas que descienden una de otra; como el hijo y el padre, el nieto y el abuelo o bien que descienden de un tronco común como dos hermanos, dos primos. Junto a este parentesco real que es un hecho natural y que se deriva del nacimiento, nos dicen ellos mismos "la ley admite un parentesco completamente ficticio que se establece por medio de un contrato particular llamado adopción. El parentesco por adopción es una imitación del parentesco real". (30)

La línea del parentesco se establece de la siguiente manera: La serie de parientes que descienden uno de otro integran lo que se llama línea recta, que va de uno de los parientes a otro sin importar el número de los parientes intermedios; se llama parentesco colateral al que une a dos parientes que descienden de un tronco común.

Conveniente es indicar que nuestra ley civil no reconoce más parentescos que los de consanguinidad, afinidad y el civil; así lo establece el artículo 292 de la materia. Define al parentesco de consanguinidad como el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor (artículo 293); el parentesco de afinidad como aquel que se contrae por el matrimonio entre el varón

(30) Planiol, Marcel y Ripert, Jorge. Ob. Cit. Pág. 13.

y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón, (Art. 294) y al parentesco civil, como aquel que nace de la adopción y solo existe entre el adoptante y el adoptado (Art. 295).

El Maestro Rafael Rojina Villegas, dice que el parentesco "implica un estado jurídico por cuanto es una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho". (31)

De igual forma, la profesora Montero Duhalt, nos define al parentesco en dos formas: el concepto biológico que es "la relación que se establece entre dos sujetos que descienden unos de otros o de un tronco común; y el otro que es la noción jurídica y lo señala como "la relación jurídica que se establece entre los sujetos ligados por la consanguinidad, la afinidad o la adopción", por lo tanto determina a éstos como: -el consanguíneo- "la relación jurídica que surge entre las personas que descienden de un tronco común"; -el de afinidad- "... la relación jurídica surgida del matrimonio entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro", y por último -el civil- y es aquél "que se establece en razón de la adopción". (32)

(31) Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. Pág. 153.

(32) Montero Duhalt, Sara. Ob. Cit. Pág. 46 y 47.

El Código Civil Argentino define al parentesco como el vínculo subsistente entre todos los individuos de los dos sexos que descienden de un mismo tronco. Dicha definición ha sido criticada por los teóricos como parcial, ya que omite la relación parental entre afines. "Tampoco ese concepto resultará aplicable a aquéllos países que tradicionalmente reconocían por la ley de la institución del parentesco por adopción. Sin que resulte tampoco resulte ya válido para la legislación argentina, desde el momento en que el rechazo del codificador a la adopción ha sido modificado por las leyes que lo instituyen". (33)

El precedente inmediato, se expone como un parangón en atingencia por nuestro ordenamiento civil para el Distrito Federal, donde aquél (C.Civil Argentino) omite considerar al parentesco por afinidad o vínculo que se establece unicamente entre uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro, a modo que se estime como un lazo de parentesco.

(33) Ossorio, Manuel. Ob. Cit. Pág. 542.

1.4. GRADOS DEL PARENTESCO

Dentro de cada uno de los vínculos del parentesco, existen grados, es decir, generaciones, según la mayor o menor proximidad del vínculo. En la línea directa se cuentan por las generaciones existentes entre las dos personas de cuya determinación se trate. "En el caso de los parientes en línea directa el cálculo es simple: hay tantos grados como generaciones para ir de un pariente a otro.⁽³⁴⁾ De tal manera que el hijo será pariente en primer grado con respecto al padre, segundo con respecto al abuelo, tercero con respecto al bisabuelo, cuarto con respecto al tatarabuelo y así sucesivamente.

En línea colateral, el grado se determina contando todos los que existen hasta llegar al tronco común por ambas ramas de ascendencia y descendencia. Así los hermanos son parientes en segundo grado; El tío y sobrino en tercer grado; los primos hermanos en cuarto grado. Es decir, "en el caso de parentesco colateral, la forma de cómputo consiste en contar el número de generaciones en las dos líneas partiendo del autor común y en sumar las dos series de grados".⁽³⁵⁾

(34) Planiol y Ripert, Obra Citada, Pág. 14.

(35) Idem.

Pasemos ahora a señalar los "efectos del parentesco, que son numerosos y de naturaleza diversa. Otorga derechos, crea obligaciones y entraña incapacidades".

A. "En primer término citaremos los derechos":

a) "Tienen derecho los parientes vivos, en determinados casos, de adueñarse de los bienes del que haya muerto. Esto se llama derecho a suceder";

b) "Diversos derechos son concedidos por la ley a padres sobre la persona y los bienes de sus hijos en virtud de la patria potestad";

c) "También tienen los padres, cuando se hallan necesitados, derecho a obtener alimentos".

B. "Pasando enseguida a las obligaciones, digamos:

a) Los padres tienen la obligación de educar a sus hijos dándoles alimentos, impartiendoles vigilancia y educación y elevándolos también mediante la instrucción";

b) "Existe por parte de los descendientes un deber de respeto y veneración para con sus ascendientes";

c) "Tienen los padres la obligación de proporcionar alimentos a sus hijos, en términos de ley";

d) "Tienen los parientes la obligación de alimentar a otros más necesitados y la de desempeñar el

cargo de tutor, en su caso, de otro pariente durante su menor edad o mientras dure el estado de interdicción".

(36)

C. "También surgen incapacidades con motivo del parentesco:

a) "La principal consiste en el impedimento para contraer matrimonio entre los parientes en línea recta sin limitación de grado y en línea colateral hasta el segundo grado (hermanos y medios hermanos). Aunque la ley determina como impedimento para contraer nupcias el parentesco colateral en tercer grado, tío (a), sobrino(a), (Art. 156 Fracción III), señala también que este parentesco deja de ser impedimento al obtener autorización judicial".

b) "Otro tipo de prohibiciones establece la ley en razón del parentesco, dispersas en diversos ordenamientos jurídicos, que pueden generalizarse como prohibiciones para intervenir en ciertos actos jurídicos en los que esté involucrado un pariente, o en el mayor o menor rigor de la ley, sobre todo en materia penal. En forma ejemplificada enumeraremos algunas normas de los Códigos Civil, Código de Procedimientos Civiles y Código de Procedimientos Penales".

c) "El Código sustantivo prohíbe al juez del Registro Civil autorizar los actos del estado civil de sus ascendientes y descendientes consanguíneos o por afinidad

Art. 49); incapacita para heredar al médico que atendió al autor del testamento en su última enfermedad, y a los parientes del propio médico (Art. 1323) así como al notario, testigos y a los parientes de uno y otro (Art. 1324) prohíbe ser testigos del testamento a los ascendientes, descendientes y hermanos de los herederos o legatarios (Art. 1502 Fracción IV) y no permite a los hijos, sujetos a la patria potestad, vender a sus padres los bienes que no sean producto de su trabajo (Art. 2278)".

d) "El Código Procesal es abundante en prohibiciones a los parientes, por ejemplo el artículo 170 en sus fracciones II, III, IV, V, XI, XIII y XIV impide forzosamente a magistrado, juez o secretario, conocer de los casos en que intevenengan sus parientes; el perito que sea consanguíneo en cuarto grado de alguna de las partes puede ser recusado (Art. 351), el testamento de los parientes puede ser objeto de tacha en algunas circunstancias (Art. 363)".

El Código Penal recoge en variadas normas las relaciones de parentesco entre el inculpado y la víctima, tanto en la aplicación de las sanciones (Art. 52, 3a.), como excluyente de responsabilidad (Art.15, Fracc.X) o como agravante de la misma en los delitos de corrupción (Art. 203), violación (Art. 266), incesto (Art.272), parricidio (Art. 323), infanticidio (Artículos 325,326 y

327), agravante de traición (Art. 319) y otros más. Asimismo los parientes no están obligados a declarar en el juicio (Art. 19 del C.P.P.)". (37)

Los vínculos del parentesco, nos dice Manuel Ossorio, "ofrecen repercusiones diversas en el orden jurídico, sobre todo en materia de matrimonio, alimentos, sucesiones, patria potestad, tutela, curatela y contratos, no solo por los recíprocos derechos y obligaciones que de tales instituciones se derivan, sino igualmente porque los parentescos de determinados grados (incluso a veces los de afinidad) pueden representar una limitación para la validez de algunos actos jurídicos, por lo cual resulta importante el cómputo de esos grados. Sirvan de ejemplo a lo dicho la prohibición del matrimonio entre determinados parientes, que origina la nulidad del mismo; la eliminación en la sucesión ab intestato de los que vayan más allá, según las legislaciones, del cuarto o del sexto grado; la privación entre determinados parientes de celebrar algunos contratos". (38)

Parafraseando los efectos del parentesco, hacemos mención de una cita del célebre maestro Eduardo Pallares; "no se producen en todo caso con la misma energía. Ante todo hay que tener en cuenta, por lo que hace al mismo, la proximidad de grado: a medida que el parentesco se aleja, el número de efectos disminuye".

(37) Montero Duhalt, Sara. Ob. Cit. Págs. 52 y 53.

(38) Ossorio, Manuel, Obra Citada. Pág. 542.

Por lo que hace al derecho a suceder, el Código Civil de 1884 (Art. 3618), llamó a la sucesión "... a los colaterales dentro del octavo grado". El Código Civil actual (Art. 1634) limita el derecho al cuarto grado. Hizo bien. El parentesco, claro está, sigue existiendo en tanto pueda ser establecido el entroncamiento; pero será ya una cosa de hecho, ya no de derecho. En el antiguo derecho sucesorio francés, un colateral podía heredar hasta el infinito: bastábale demostrar la existencia del tronco común". (39)

(39) Ibarrola, Antonio de, Ob. Cit. Pág. 113

"CAPITULO SEGUNDO"**ESTADO CIVIL**

- 2.1. DEFINICION
- 2.2. DERECHOS QUE PRODUCE
- 2.3. PRINCIPIOS GENERALES RELATIVOS AL ESTADO CIVIL
- 2.4. MATRIMONIO, NATURALEZA SOCIOLOGICA Y JURIDICA
DEL MISMO.
- 2.5. ESPONSALES

ESTADO CIVIL

2.1. DEFINICION

Trancribiremos tres definiciones que, en nuestro concepto, corresponden a otros brillantes jurisconsultos: el argentino Manuel Ossorio y los mexicanos Rafael Rojina Villegas y el ilustre y recordado maestro Don Eduardo Pallares y Portillo.

Para Manuel Ossorio, el estado civil es "la condición del individuo dentro del orden jurídico, que influye en sus facultades, capacidad y obligaciones. Así, son factores del estado civil: la calidad de nacional o extranjero; la edad, la condición de casado, soltero, viudo o divorciado; la de hijo o padre, el sexo, etc. Comúnmente, en el lenguaje diario, la expresión estado civil hace referencia exclusivamente a la calidad frente al matrimonio: casado o no, viudo o separado". (40)

El maestro Rojina Villegas estima que, "generalmente se considera en la doctrina que el estado (civil o político) de una persona consiste en la situación jurídica concreta que guarda en la relación con la familia, el Estado o la Nación.

(40) Ossorio Manuel. Obra citada Pág. 294

En el primer caso, lleva el nombre de estado civil o de familia y se descompone en las distintas calidades de hijo, padre, esposo o pariente por consanguinidad, por afinidad o por adopción. En el segundo caso, el estado se denomina político y precisa la situación del individuo o de la persona moral respecto a la Nación o al Estado a que pertenezca, para determinar las cualidades de nacional o extranjero. Asimismo, el nacional puede llegar a ser ciudadano, cumpliendo ciertos requisitos que en nuestro derecho consisten en ser mayor de edad y tener un modo honesto de vivir". (41)

En el estilo sencillo y claro del maestro Don Eduardo Pallares, el estado civil "es el estado de hechos naturales y jurídicos de las personas que determinan los derechos civiles de goce y de ejercicio que les reconoce la ley".

"Se hace referencia en la definición a causas a la vez naturales y jurídicas, para incluir las diversas razones que dan nacimiento o modifican el estado civil tales como el nacimiento, la muerte, la mayoría de edad, las enfermedades mentales y también los actos jurídicos, como el matrimonio, la adopción, la emancipación, etc."

(41) Rojina Villegas Rafael, "Compendio de Derecho Civil" Introducción, Personas y Familia. Edit. Porrúa, S.A., México 1977, pag. 175.

"Para ser persona jurídica se necesita ser viable; la muerte pone fin a la persona. Por medio del matrimonio se crea un estado civil nuevo, y lo mismo cabe decir de la adopción, del divorcio, de la mayoría de edad, etc.

"Además, según el estado civil de una persona así es la suma de derechos civiles de que goza y que puede ejercitar, lo que no necesita ser explicado". (42)

(42) Pallares y Portillo Eduardo, "Apuntes Relativos al Estado Civil". Revista Foro de México, No.110-11, México, 1972, pág. 2

2.2. DERECHOS QUE PRODUCE EL ESTADO CIVIL.

La propia naturaleza del estado civil, nos permite afirmar que el mismo crea derechos en favor de la persona, algo independiente de sí misma, que no pueden ser separados de la misma, ni objeto de transacción ni enajenación; siendo un valor de naturaleza extrapatrimonial no puede prescribir ni menos transferirse; es asimismo indivisible e inalienable. La naturaleza moral de estado, nos dice Rojina Villegas, "impide a los acreedores de una persona intentar acciones para exigir que se atribuya a ésta tal estado, cuando le sea desconocido o que se le reconozca con plenitud de efectos en la epótesis de que se afecte parcialmente su situación jurídica. Tampoco los acreedores tienen el derecho de intentar acciones o procedimientos para desconocer a un sujeto el estado social o familiar que ostente.

"Con relación al estado de las personas, la ley otorga dos acciones fundamentales: la de reclamación de estado y la de desconocimiento del mismo. En la primera se faculta a quien carece de un cierto estado, para exigirlo, si se cree con derecho al mismo. Es equiparable a este caso, el de aquél que ha sufrido perturbaciones, o desconocimiento en su situación jurídica, a efecto de que pueda exigir, a través de una acción judicial, el respeto

o reconocimiento de su verdadero estado, con todas sus consecuencias jurídicas. En la segunda acción, el titular de un determinado estado está facultado para impedir que otro se atribuya éste o perciba los beneficios morales y patrimoniales inherentes al mismo". (43)

Podemos afirmar, que los derechos que produce el estado civil, no son únicamente los propiamente civiles que menciona el Código Civil, sino igualmente los que nuestra Carta Magna otorga al mexicano, al ciudadano y al extranjero. Cabe señalar que se da a la palabra "civil", un sentido muy amplio y que por ello se incluyen en el estado civil, derechos que corresponden a la nacionalidad y a la ciudadanía.

De las distintas definiciones que de estado civil se han dado, bien puede inferirse que el estado civil de las personas sólo hace referencia a su situación respecto de la familia y del Estado. No obstante, tal criterio debe desecharse ya que dependiendo la capacidad de ejercicio de los derechos civiles, del estado de las personas, son importantes no solo las relaciones del individuo con la familia y el Estado, sino con todos los demás habitantes con quienes puede contratar y obligarse.

(43) Rojina Villegas, Rafael. Obra Citada. Págs. 171, 172.

El maestro Pallares, se hace la siguiente pregunta: ¿Las personas jurídicas distintas del ser humano tienen estado civil?. Su respuesta es la siguiente: "A primera vista parece que no la tienen porque no pueden contraer matrimonio, caer en estado de interdicción, divorciarse, gozar de los derechos familiares, etc. Pero es lo contrario aunque su estado civil sea restringido.

"En efecto, nacen y mueren, pueden ser nacionales o extranjeras, encontrarse en estado de quiebra, de concurso civil o de liquidación, fusionarse entre sí, y gozar de determinados derechos y obligaciones civiles..." (44)

Otra cuestión inherente al estado civil es la siguiente: ¿de cuantas manera puede ser afectado?

En la Ley de las Siete Partidas se mencionan únicamente los estados de libertad, servidumbre, liberación, concepción y nacimiento; en el Derecho Romano el estado civil estaba comprendido dentro de estas tres categorías: estado de libertad, el estado relativo a la ciudadanía y los concernientes a la familia.

Respecto a los derechos propiamente civiles, Don Eduardo Pallares sustentó que, "como las actas del estado civil son el medio de pruebas que la ley autoriza para demostrar el estado civil de las personas (Art.

(44) Pallares y Portillo, Eduardo, "Apuntes Relativos al Derecho Romano", Revista Foro de México No. 110 págs.

39 del Código de la Materia), de ello se infiere que hay tantas modalidades del dicho estado, como actas que sirven para probarlas. Tenemos por lo tanto, el estado civil de los que han nacido, de los difuntos, de los casados, de los solteros, de los viudos, de los divorciados, de los hijos legítimos, de los naturales, de los hijos adoptivos, de las personas que se encuentren en estado de interdicción, ausencia, minoridad, sujetos a tutela y de los emancipados.

"Cabe observar que la ley es omisa en lo que respecta a las actas en que deben inscribirse las de claraciones de ausencia pero ésta, constituye una de las modalidades del estado civil de las personas". (45)

(45) Pallares y Portillo Eduardo, obra citada, pág. 4.

2.3. PRINCIPIOS GENERALES RELATIVOS AL ESTADO CIVIL.

Como ya quedó antes expuesto, el estado civil no está en el comercio, por lo mismo, todos los contratos y convenios que tengan por objeto renunciar a dicho estado, o disponer del mismo, son nulos. Cuestión muy distinta, la de modificar el estado civil mediante las acciones que la propia ley establece y que permite que, por ejemplo, el casado se convierta en divorciado, el soltero en casado y así sucesivamente.

Si bien es cierto que nadie tiene derecho a desconocer el estado civil de los demás, también lo es que puede impugnarse cuando el estado no corresponda a la realidad de los hechos; por ejemplo la demanda de nulidad de matrimonio por alguna de las causas que el propio Código Civil establece.

Otro principio consiste en que el estado civil es imprescriptible, es decir, no se extingue por el tiempo que haya transcurrido aunque no se ejerciten los derechos que de él dimanen; no obstante la ley determina el plazo para ejercitar las acciones correspondientes.

De igual manera es principio relativo al estado civil, que éste puede ser distinto del que deba co-

rresponder legalmente a una persona, porque el sistema que la ley exige para probarlo produzca esa anomalía. El maestro Pallares, ilustra lo anterior con el ejemplo del padre de un hijo natural, "que se niega a reconocerlo y el hijo carece de pruebas para obtener judicialmente su reconocimiento, no hay concordancia entre el verdadero estado civil de la persona y el que tiene conforme a la ley. Lo mismo sucede cuando se atribuye al esposo un hijo que no es suyo". (46)

El estado civil puede ser poseído de igual manera que los derechos subjetivos, cuyo ejercicio se prolonga a través del tiempo; dicha posesión se encuentra protegida por las acciones posesorias que establece el artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles vigente.

De igual manera, es principio general del estado civil, cuando éste suple la prueba directa del estado civil, que consiste en las actas del estado civil; el estado civil se modifica por las sentencias que lo declaran o constituyen; así por ejemplo, las sentencias relativas a la nulidad del matrimonio y a las actas del estado civil.

Es principio general, considerar a las sentencias de nulidad de matrimonio y las actas del estado civil, como constitutivas de los derechos que declaran y no meramente declarativas.

Los actos, afirmó el maestro Pallares, de la voluntad que establecen o modifican el estado civil de las personas cuando la ley lo permite, "son irrevocables, considerados como meros actos y no por sus consecuencias jurídicas. Por ejemplo, una vez celebrado el matrimonio o hecho el reconocimiento de un hijo, no es posible revocarlo". (47)

Si el estado civil de las personas es irrenunciabile, no así los derechos y obligaciones que de él derivan; algunos pueden ser renunciados, ejemplo, un casado, teniendo tal estado, renuncia a tener hijos.

Siendo constitutivas las sentencias que declaran el estado civil de las personas, algunas tienen carácter retroactivo, con apoyo en lo cual el estado declara do se considera existente desde que tuvieron lugar los hechos que lo constituyeron y no a partir del día en que la sentencia causó ejecutoria, claro ejemplo, el de la sentencia que declara nulo un matrimonio; sus efectos se retrotraen hasta la fecha de su celebración.

Por último, debe subrayarse que hay una excepción al principio anteriormente expuesto; la relativa al divorcio. Sólo produce efectos desde que causa ejecutoria la sentencia que lo declara.

2.4. MATRIMONIO, NATURALEZA SOCIOLOGICA Y JURIDICA DEL MISMO.

"Cuando florezca todo el vergel, la ley sobre el matrimonio no tendrá - más que un sólo artículo: el que ha - ce un siglo proponía Saint-Just: "Todos los que se aman son marido y mujer". (48)

El ilustre maestro, sociólogo eminente, Don Antonio Caso, afirmó que en nuestros días, "la unión monogámica se consagra en las leyes como la última evolución - del matrimonio". (49) En efecto, el matrimonio como la - asociación que sociológicamente es, constituye lo determinante de la unión monogámica. Si la familia, como ha quedado expuesto, es la primera de las instituciones, el matrimonio es el acto de su fundación por medio de un contrato, que al decir de Georges Renard, "si bien se trata de - un contrato que, celebrado libremente, está regido por normas que no son elaboradas por los contrayentes, sino que - son impuestas por la ley, y que tiene además la particularidad de producir múltiples efectos respecto de terceros, sobre todo respecto de los hijos por venir, también respecto de los herederos presuntos de los contrayentes antes de

- (48) Key Ellen, "Amor y Matrimonio" Versión española de Magdalena de Santiago-Fuentes, pág. 167
- (49) Caso, Antonio, "Sociología", Editorial Polis, México, 1939, Pág. 208.
- (50) Renard, Georges, "La Teoría de la Institución." Ensayo de Sociología Jurídica", vol. I, París 1930, pág. 124.

contraer el matrimonio, de los acreedores, etc. Se trata ciertamente de un contrato libre pero que, por dar lugar al nacimiento de la institución familiar, está regido por normas inspiradas en los fines de esa institución. (50)

El acto del matrimonio se constituye libremente; se es libre de contraer o no el matrimonio, con quien se haya elegido y haya dado su consentimiento a ese respecto; no obstante, señala el maestro Recasens Siches, "si bien el acto de contraer matrimonio es libre, y por lo tanto, constituye una asociación voluntaria, en cambio, el tipo de relación por la cual se entra por medio de este contrato de sociedad está rígidamente regulado, social, jurídica y religiosamente, y constituye una comunidad de vida que comprende no un número determinado de funciones, es decir una comunidad total... el hecho de que el matrimonio y la familia presenten muy diferentes estructuras y características en las varias culturas y en las sucesivas épocas históricas, muestra que son forma de vida humana, las cuales van siendo moldeadas por los hombres mediante su imaginación, respondiendo a la presión de necesidades humanas, es decir, muestra que son formas social-históricas, bajo la influencia de cada situación cultural. Más, por otra parte, en la fundación de la familia y el desarrollo de la existencia familiar actúan impulsos fundamentales y constantes de la naturaleza y de la vida humana;

atracción sexual, afán de procreación, devoción materna, función paternal, deseo de seguridad; y rigen normas fundadas en valores permanentes. Por eso, a pesar de las variedades, se puede hablar de características generales. .." (51)

El matrimonio, expresa el maestro Don Antonio de Ibarrola, "es un instituto jurídico, pero acaso de mayor importancia para todas las demás instituciones del Derecho Privado, porque forma o constituye el fundamento de la sociedad civil, y representa a su vez la completa comunidad de vida de un hombre y una mujer, reconocida, amparada y regulada por el derecho... está encaminada a la conservación y desarrollo de la especie; en el se encuentran los elementos de toda sociedad y todos los particulares - comprendidos en el destino humano..." (52)

Antes de ocuparnos en la etimología y distintas definiciones de "matrimonio", estimamos que dentro del contexto sociológico del mismo, es necesario considerar que han surgido cambios de todo orden: sociales, políticos, económicos, incluso religiosos, nos permiten afirmar que como fenómeno que produce la solidaridad doméstica y es el fundamento de la sociedad civil, muchas parejas encuentran dicha solidaridad y son también parte del fundamento esencial de la sociedad, en uniones libres. Socio-

(51) Recasens Siches, Luis, Obra citada, pág. 473

lógicamente no puede desconocerse esa realidad; miles de parejas viven juntas sin la celebración del matrimonio. Cabría cuestionar si ellas no forman parte de la estructura básica de la sociedad, si el fenómeno del matrimonio solo se podrá referir al celebrado jurídicamente. Sin pretender hacer una apología de la unión libre, estimo que también tiene validez y sobre todo, es real, el amor que no reconoce marco jurídico y que quizá por ello Sain-Just afirmó que "Todos los que se aman son marido y mujer".

Clarísima es la exposición que respecto de lo anterior, han hecho Planiol y Ripert: "La unión libre, llamada también concubinato, se opone al matrimonio del mismo modo que una situación de puro hecho se opone a una situación regulada por el Derecho". ¿Qué partido debe de tomar el legislador en presencia de ese estado de cosas?, es decir, ¿con relación a personas que viven como si estuvieran casadas, sin someterse no obstante, a ninguna de las reglas del matrimonio?. La cuestión se ha presentado en todos los tiempos. Mientras que el Derecho Romano vino a considerar en definitiva el concubinatus como un matrimonio de orden inferior, el derecho canónico se mostró en cambio muy severo con los falsos hogares, porque las relaciones sexuales son un pecado fuera del sacramento del matrimonio. Esta severidad se traducía principalmente por la incapacidad de los concubinos para hacerse liberali

dades y por la imposibilidad en que se veían de dejar sus bienes, después de su muerte, a los hijos nacidos de su unión.

"La secularización del matrimonio descarta la cuestión jurídica toda preocupación de orden religioso, pero el problema subsiste en el terreno puramente sociológico..." (53)

Con base en que el matrimonio es al mismo tiempo un acto del estado civil de las personas, una de las modalidades del propio estado, y un contrato civil, Don Eduardo Pallares lo definió, desde éste último punto de vista, como "el contrato civil que celebran los contrayentes respecto del régimen legal que van a quedar sujetos sus bienes, durante el matrimonio". (54)

Es decir, la definición del maestro Pallares, es eminentemente ceñida a considerarlo como un contrato ordinario con todos sus elementos esenciales y de validez; el ilustre Rojina Villegas, "como idea de obra", define al matrimonio como la "común finalidad que persiguen los consortes para constituir una familia y realizar un estado de vida permanente entre los mismos". (55)

Nos parece más ajustada a la realidad social dicha definición y, sobre todo, porque en nuestro

(53) Pallares y Portillo, Eduardo "El Contrato del Matrimonio". - Revista del Foro de México, No. 94 Méx. 1961 Pág. 15.

(54) Idem

(55) Rojina Villegas, Rafael, Ob. Cit. Pág. 281

Derecho rige a ese respecto, un criterio eminentemente humano y, ciertamente por ello, el matrimonio ha dejado de ser el supuesto jurídico necesario que regule las relaciones de paternidad, maternidad y patria potestad, toda vez que los hijos legítimos y los naturales han sido equiparados en derechos; la legislación actual facilita la prueba de los hijos habidos en concubinato. En la regulación jurídica del parentesco, nos dice el maestro Rojina Villegas, "de los alimentos, del nombre, del domicilio, de los derechos y obligaciones de los hijos, del sistema hereditario en la sucesión legítima, de la patria potestad y de la tutela, no vuelve a partir nuestra ley de la distinción entre hijos naturales y legítimos, sino que equipara para todos los efectos legales en las distintas instituciones mencionadas en esa clase de descendientes. Por lo tanto, ya no podemos afirmar, como se hace todavía en el derecho europeo y en el americano, que el matrimonio es la institución fundamental del derecho familiar. Menos aún podemos decir que de él derivan todas las relaciones, derechos y potestades, pues nuestro régimen jurídico parte precisamente de una hipótesis distinta: ha considerado la filiación (legítima o natural) como la base y fuente de todas esas consecuencias jurídicas. Iremos confirmando, al analizar cada una de las instituciones mencionadas, el alcance amplísimo que ha dado la ley mexicana

al vínculo que une al progenitor con el descendiente, sin limitarlo exclusivamente, por lo que se refiere a sus efectos, a la filiación nacida del matrimonio". (56)

Por último, cabe señalar que en el Código Civil vigente, no hay una definición del matrimonio, de ahí que no se le considere expresamente como un contrato, si bien distintos preceptos le otorgan dicha categoría.

Estimamos que la naturaleza actual, del matrimonio obliga a dejar atrás consideraciones sociales, políticas, religiosas, etc., que le contemplan como una institución fundamental del derecho familiar, merced a una realidad palpable, que ha obligado a que el derecho contemple dicha institución desde un punto de vista más humano y más justo.

2.5. ESPONSALES

Quisimos ocuparnos de los esponsales en razón de considerar que su permanencia en nuestro Código Civil, no tiene razón de ser. La práctica demuestra su total inoperancia, su relegación e inclusive, su descontento.

Consideramos también que si es mandato constitucional de administrar justicia en forma expedita, contribuye en ello a despejar nuestro derecho positivo de figuras e instituciones del todo obsoletas.

Su origen se remota al derecho romano, con los llamados "sponsalia", complementados con acción "deductio puellae" con la cual se hacía efectiva la promesa de tomarse como marido y mujer.

Nuestro Código Civil, en el artículo 139 los define en estos términos: "la promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada, constituye los esponsales".

Como contrato que son los esponsales, deben reunir todos los elementos esenciales y de validez de los contratos.

Su incumplimiento está sancionado por el Art. 143 del Código Civil

Abunda nuestra tesis en la inutilidad de los esponsales, el hecho de que la ley, la doctrina y la jurisprudencia, han estimado que los esponsales no

producen la obligación de contraer matrimonio, ni acción para exigirlo coactivamente ante los tribunales. Si en materia patrimonial, afirma el maestro Rojina Villegas, "se puede admitir que determinadas razones prácticas justifican la conveniencia de los contratos preparatorios, es evidente que tal tesis resulte insostenible para los esponsales, pues el matrimonio debe ser esencialmente libre en su celebración, careciendo de toda fuerza obligatoria la promesa que se hubiere hecho en ese sentido". (57)

CAPITULO TERCERO

DERECHO FAMILIAR

- 3.1. DEFINICION
- 3.2. ASPECTO SOCIOLOGICO
- 3.3. ASPECTO ETICO
- 3.4. TRASCENDENCIA DEL DERECHO FAMILIAR

Debemos iniciar este capítulo, aclarando que usamos como sinónimo los conceptos "Derecho Familiar y Derecho de Familia", toda vez que, en tanto la doctrina emplea el último, la práctica judicial prefiere el primero.

Antecedió a este tercer capítulo, un breve estudio de la familia y del matrimonio; pretendimos subrayar sus características sociológicas y jurídicas, pero, no obstante, es necesario añadir otras consideraciones.

1.- La familia actual, eso es evidente, no responde como lo hemos visto, al concepto tradicional de la misma; sociológica y jurídicamente, tiene nuevos aspectos, nuevos ángulos y también nuevas proyecciones. Aceptado como está, que ya no es el matrimonio la institución primordial de la familia, es procedente ocuparse de esta última institución, de una manera más cierta, menos dogmática y sobre todo más humana;

2.- Al ocuparse del derecho de familia, es necesario precisar, dentro de su análisis sociológico, - cuál es el tipo de solidaridad que el derecho de familia debe llevar a efecto. Es criterio generalizado que dicho tipo es el correspondiente a la solidaridad doméstica, por cuanto que el derecho familiar tiene por objeto organizar dicha solidaridad;

3.- La denominación "familia, contiene dos conceptos, uno amplio y otro restringido. En el primero, la familia se define como la pluralidad de generaciones integradas en una comunidad doméstica en la que pueden ser incluidas personas extrañas; en su sentido restringido, - bastante taxativo en nuestro criterio, Lowie la define como "la unidad social fundada sobre el matrimonio. Se compone de padres e hijos". (58). No obstante que dicha definición la comparten grandes especialistas como el Dr. Lucio Mendieta y Nuñez, valgan las observaciones que en el capítulo anterior hicimos, respecto a considerar al matrimonio como la institución básica de la familia.

4.- Es indispensable tomar en consideración la evolución de la familia, para legislar adecuadamente en materia de derecho familiar.

(58) Lowie, Robert, "Manual de Antropología Cultural", París 1936, Payot, pág.270.

3.1. DEFINICION

Consideramos que la definición dada por el jurisconsulto francés Julian Boncase, se ajusta a los anteriores requerimientos y, si nos permite, la hacemos nuestra: "por derecho de familia entendemos el conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia". (59)

(59) Boncase, Julian, "La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia", cit. por Rojina Villegas Rafael, "Compendio de Derecho Civil", p.202

3.2. ASPECTO SOCIOLOGICO.

Abundando en lo ya expuesto diremos, que en el momento en que la familia se establece como grupo en las sociedades humanas, se convierte en la unidad social ya que desde ese momento sería el grupo más simple ya que no puede desintegrarse en otros menores; es unánimemente aceptado por los sociólogos, que el grado más alto de evolución o expresión del grupo familiar, es justamente, la familia monógama que constituye la base de las sociedades civilizadas.

En el desarrollo de su evolución, es interesante comprobar como la solidaridad religiosa es la base de la solidaridad doméstica; convirtiéndose así en la base principal en la regulación de la individual y colectiva; es cierto también que el derecho intervino marcadamente en tal regulación por lo que puede afirmarse que las primeras normas que sustentaron la familia, fueron de carácter jurídico-religioso.

3.3. ASPECTO ETICO

¿Hasta que punto la moral ha influido en la organización jurídica de la familia? ¿Es necesaria tal influencia?

Aquella que ha sido definida como la ciencia que trata del bien en general, y de las acciones humanas en orden a su bondad y malicia; o también referida a aquello que no cae bajo la jurisdicción de los sentidos, por ser la apreciación del entendimiento o de la conciencia, ¿a qué grado ha influido en la organización jurídica de la familia? Al repetir nuestra pregunta, lo hacemos intencionalmente, sabedores de que muchas especialidades del derecho, no solo se han apartado de la influencia, de la moral, sino incluso, la han perdido. Estimo innecesario ejemplificar ésto último, en razón de ser demasiado conocidas las ramas del derecho en donde la moral ya no está presente.

Autores como Rojina Villegas, reconocen que actualmente sólo dos ramas del derecho están influenciadas por la moral: El Derecho Penal y el Derecho de Familia. Si se nos permite, discreparemos en cuanto al primero de los señalados, en razón de una práctica viciada y de añejas artimañas, que no dan del todo la razón para poder afirmar que en materia penal campea orgullosa la moral.

En el Derecho Familiar, nos dice el Maestro Rojina Villegas, "iremos comprobando que un concepto ético sirve de base para la celebración del matrimonio, de tal manera que éste no sólo es un contrato como dice el Código Civil, sino una forma de vida moral permanente entre los consortes, tanto en sus propias relaciones como en la educación de sus hijos. Sin admitir la idea religiosa de que el matrimonio sea un sacramento, para el derecho es evidente que la ley toma en cuenta fundamentalmente el aspecto moral de la institución, a fin de que no sólo se realice la función biológica de la perpetuación de la especie (como afirmó Kant) sino también para que exista una comunidad espiritual entre los consortes, que permita a su vez cumplir con los deberes de la vida en común, fidelidad, asistencia mutua y de socorro de consumo imponen el derecho y la moral. (60)

Encontramos también la presencia de la moral, en materia de filiación que dá jerarquía moral al deber de fidelidad al considerar como hijos del marido todos los hijos de su esposa; la protección a los hijos es indudablemente otro principio de carácter moral que toma vigencia en nuestro Código Civil al perpetuar que el marido no podrá desconocer a los hijos argumentando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado o bien que demuestre que durante los diez meses precedentes al

nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa. (Art. 326).

Otro caso es el relativo a reputar como legítimos los hijos procreados por personas que vivieron públicamente como marido y mujer y ambos hubieren fallecido o estuvieren ausentes, o por enfermedad les fuere imposible declarar en qué lugar contrajeron nupcias.

Permítase transcribir literalmente lo expresado por el maestro Rojina Villegas, respecto de otro argumento en favor de la aplicación ética a nuestra legislación civil. Dice el maestro: "En el Código Civil vigente diversos preceptos en materia de filiación natural, de patria potestad o de herencia, han tomado en cuenta un principio ético muy superior, en nuestro concepto, al prejuicio mezquino que formaba toda la legislación anterior, para degradar a los hijos naturales y hacerlos víctimas de la conducta de sus padres. Afortunadamente para México, se ha abandonado aquella tradición fundada sólo en supuestas conveniencias sociales que fomentó el Código Francés siguiendo la idea de Napoleón formulada en los siguientes términos absolutamente inmorales e inhumanos: " Al Estado no le interesan los hijos naturales". Evidentemente que al Estado y al Derecho si les interesan y les deben interesar, tanto los hijos naturales como los legítimos. Sólo los prejuicios sociales de mentes

estrechas pueden llegar a considerar que la condición jurídica de los hijos naturales es inferior a la de los hijos legítimos. El Derecho no puede ni debe admitir, como base de su regulación jurídica y para la debida protección de intereses puramente humanos, el principio tradicional de que el matrimonio es la principal fuente de efectos jurídicos y de que sólo son dignos del amparo de la ley aquéllos seres concebidos en la unión legítima. Evidentemente que los intereses morales, patrimoniales o simplemente humanos de los hijos habidos fuera de matrimonio, deben ser y son tan respetables para un régimen que tenga sólo por objeto normar la conducta de los hombres con un principio de justicia, como aquéllos otros intereses que corresponden a los hijos habidos en matrimonio". (61)

Posiblemente se califique de audaz la opinión que me permito expresar: estimo que es una calidad jurídica que corresponde a los padres y no a los hijos, toda vez que son ellos los que en última instancia no cumplieron con los requisitos legales entendiéndose celebrar contrato de matrimonio, por ejemplo, corresponde a ellos nada más que a ellos el calificativo de legítimos o ilegítimos; es decir, siendo los padres quienes no cumplen con un requisito establecido por la ley, ¿por qué el calificativo de ilegítimo o natural, para el hijo nacido ante la

luz del derecho y la humanidad con los mismos derechos que el procreado por padres que sí cumplieron con un requerimiento legal?. Estimo que es a todas luces injusto que la inobservancia de la ley por parte de los padres, recaiga como lastre, como marca indeleble, como estigma vergonzoso, sobre los hijos al fin y al cabo ajenos al deseo carnal de los padres.

Por suerte nuestro Código Civil, haciendo a un lado los perjuicios pacatos, ha equiparado a los hijos naturales y los legítimos. Igual puede afirmarse en materia de patria potestad, tanto en su regulación como en el contenido ético que anima las causas de la pérdida de la misma.

3.4. TRASCENDENCIA DEL DERECHO FAMILIAR

Hemos visto como esa entidad fundamental que es la familia, ha sido objeto del estudio de sociólogos y juristas; día con día baste asomarse al contenido de cualquier diario, para darnos cuenta de los múltiples problemas que la familia actual tiene que enfrentar. Desunión familiar, abandono de las obligaciones familiares por parte del padre cuando no también de la madre, promiscuidad, vicios pequeños y grandes: alcohol, enervantes, marihuana, etc. machismo, violaciones, falta de oportunidades para trabajar, estudiar y, en suma, para progresar hacen casi imposible el desarrollo natural que una familia debe tener. Justamente, consciente de tales problemas y de la necesidad de resolverlos cuanto antes, el legislador ha dado al mundo familiar un marco más amplio, de mayor jerarquía y más humano: El Derecho Familiar. Responde éste en nuestro concepto, a la exigencia cada vez más marcada de ajustar la norma jurídica a la realidad, a la vida cotidiana y por ello adelantando un poco nuestras ideas al respecto, estimamos que la materia familiar por su indudable importancia, por consecuencias de orden público, porque en él se ponen en juego los propios intereses de la sociedad, (la intervención obligatoria del Ministerio Público en cuestiones familiares, por ejemplo) ponen de manifiesto que es la hora de dar al Derecho Familiar un

marco más acorde a su trascendencia, a su importancia.
Por ello consideramos que debe abandonar el campo del derecho privado, al fin y al cabo cada día es más estrecho para integrarse, para enriquecer el marco ideal, grande y humano del Derecho Social.

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

DERECHO SOCIAL

- 4.1. RESEÑA HISTORICA
- 4.2. DIVERSAS TEORIAS SOBRE EL MISMO
- 4.3. SUS PRINCIPIOS JURIDICOS Y SOCIOLOGICOS
- 4.4. DERECHO SOCIAL Y DERECHO FAMILIAR
- 4.5. NECESIDAD DE INTEGRAR EL DERECHO FAMILIAR A LOS
POSTULADOS DEL DERECHO SOCIAL.

DERECHO SOCIAL

4.1. RESEÑA HISTORICA

Sus primeros rastros, si se nos permite la expresión, los encontramos en las normas protectoras del trabajo, pero el antecedente más claro del Derecho Social, el Proyecto de Declaración del Hombre y el Ciudadano expuesto por Robespierre el 21 de abril de 1793, al dar a la propiedad un sentido social y establecer fórmulas y preceptos de tipo social.

En sus artículos 18 y 21 se puede leer: "Art. 18.- Los socorros públicos son una deuda sagrada. La sociedad debe la subsistencia a los ciudadanos desgraciados, sea procurando les trabajo, sea asegurándoles los medios de existir a los que no están en aptitud de trabajar".

Art. 21.- La instrucción es necesaria a todos. La sociedad debe favorecer vigorosamente la cultura pública y colocar la instrucción al alcance de todos los ciudadanos".

También la Revolución Francesa de 1848 aportó su compendio para el desenvolvimiento del Derecho Social, otorgando el derecho al trabajo; en ese mismo sentido

en el año de 1860, se pronunció el Canciller Bismark de Alemania. Resumiendo diremos que: "El Derecho Social es un derecho de integración, y sólo se pensó o se hizo en el mundo antes de ahora, para integrar dentro de un orden justo a las diversas capas sociales, forma parte de la historia del derecho social"(62)

(62) Mendieta y Núñez, Lucio. "El Derecho Social". Edit. Porrúa, S.A. 1953. Pág. 103

4.2. DIVERSAS TEORIAS SOBRE EL MISMO.

Nuestros días son testigos de la aparición de un nuevo Derecho, producto según los entendidos, de una poderosa corriente ideológica y de la presión económica y política de la clase media y de la clase llamada popular.

Sin compartir sus puntos de vista, diremos que eminentes juristas han hecho del Derecho Social su blanco de críticas y no aceptan de él ni su nombre. Así Castan afirma que todo Derecho es social y que, por consiguiente, la denominación "Derecho Social" es una redundancia. Bonecase, por su parte, dice también que es un pleonasmismo, porque el Derecho en general, es regulador de relaciones sociales". (63)

No obstante, siguiendo en ello la exposición hecha por Gurvitch, diremos que quienes pretenden ver en el contenido del Derecho Social tan solo un conjunto de normas tendientes a servir a las múltiples y cambiantes necesidades de la sociedad, y dan al concepto "social" un contenido empírico, olvidan que, "nada más está alejado de esto del Derecho Social, porque lo espiritual, lo ideal, lo racional, pueden tener también un carácter social del propio modo que lo empírico.

(63) Mendieta y Nuñez, Lucio, ob. cit. pág.8

Particularmente, el principio supremo de la moral, torrente transpersonal de la actividad creadora, en su eternidad viviente, tiene un carácter eminentemente social, es supraconsciente y engloba todas las conciencias individuales y colectivas como sus momentos, como su contenido social". (64)

Subrayamos el calificativo de principio supremo que Gurvitch da a la moral, en razón de abundar que - juristas de la talla del maestro Rojina Villegas, estiman que dicha ciencia está presente, entre otras ramas del derecho, en el derecho familiar; lo que pone de manifiesto que ese hecho le permite válidamente ser considerado dentro del marco del derecho social, esto es, su contenido altamente moral le da la jerarquía necesaria para encuadrarlo dentro del citado derecho.

Para Geny, el derecho social no es sino una especie no jurídica sino más bien ideal. Gurvitch se encarga de demostrar su equivocación: Afirmar que el Derecho Social no es más que un postulado del Derecho Natural, es precisamente negar su existencia; un Derecho Social así no tendría ninguna estructura jurídica precisa". (65)

(64) Georges Gurcitch, "La Idea del Derecho Social", Edit. Sirey, París 1932, pág.154.

(65) Idem.

Emmanuel Levy, citado por el maestro Mendieta y Núñez, pretendió identificar al Derecho Social con el Derecho Colectivo, cuestión improcedente toda vez que más - bien es parte del Derecho Social.

Importantísimo para los fines de éste trabajo, lo expresado por Gurvitch que transcribiremos literalmente, y que nos da pie para abundar en nuestra tesis, de encuadrar el Derecho Familiar en el Derecho Social. Este último para Gurvitch es "como un dominio en donde el Derecho Público y el Derecho Privado se entrecruzan y entran en síntesis para formar un nuevo término intermedio entre las dos especies. Es pues un derecho semipúblico y semiprivado, como - una tercera especie de Derecho con una estructura jurídica completamente original, o como una amalgama de Derecho privado y Derecho Público que utiliza las instituciones del Derecho Privado para sus finalidades, ya sea únicamente como una etapa histórica de transición sistemática por el crecimiento sucesivo del derecho público, que disuelve poco a poco al Derecho Privado". (66)

4.3. SUS PRINCIPIOS JURIDICOS Y SOCIOLOGICOS.

El Derecho Social, si bien es un producto social, no debe confundírsele con la Sociología. "La aparición del Derecho Social, tal como se concibe actualmente, si bien reconoce causas sociológicas profundas, antecedentes lejanos, obedece a un conjunto de circunstancias propias de estos tiempos que vivimos y está constituyendo con la aportación de varias corrientes creadoras. (67)

Las raíces sociológicas del Derecho Social, las puntualiza Gurvitch de la siguiente manera:

1.- Su función consiste en integrar a los agrupamientos sociales; y

2.- Se origina, en su forma pura, en el seno de las comunidades subyacentes de todo agrupamiento social, de modo espontáneo. En consecuencia este Derecho Social, porque "socializa" y porque nace del extracto más hondo de la sociedad.

No obstante, no debe fundamentarse la autonomía jurídica del Derecho Social en la teoría sociológica del mismo. A ese respecto, el maestro Mendieta Núñez dice:

(67) Mendieta y Nuñez Lucio, ob. cit. pág.41

"si examinamos la primera característica hallaremos desde luego que, a pesar de su indudable valor sociológico, desde el punto de vista jurídico es demasiado amplia, pues con arreglo a ella, toda norma que tiende a realizar la unión entre los individuos es Derecho Social. Así, su mismo amplitud hace imposible configurarlo como una rama autónoma del Derecho...", quiere (Gurvitch) investigar en las ramas legales ya conocidas, cuanto contienen de fuerza creadora de las colectividades y de tendencias unionistas y por eso llama "Derecho Social" a todas aquellas normas, cualquiera que sea el lugar que ocupen en la clasificación del derecho, "que socializan" a los individuos, - que los integran en grupos para formar con ellos unidades sociales..." (68)

Por cuanto al segundo punto expuesto por Gurvitch, el maestro Mendieta y Núñez argumenta que en su forma actual, el Derecho Social se aparta mucho de tal punto de vista y presenta gran complejidad, por varios factores que "se influyen mutuamente y que reobran sobre el esfuerzo creador de las comunidades de tal modo, que no puede atribuírsele éste como fuente originaria única". (69)

(68) Mendieta y Nuñez Lucio, ob. cit. pág.40

(69) Idem.

Jurídicamente el Derecho Social es un nuevo Derecho, sus cuerpos legales son de una categoría diferente a la del Derecho Público o el Derecho Privado; no es Derecho Público porque no se ocupa de la cosa pública, - tradicionalmente materia de ese derecho; no es Privado, porque se ocupa de los individuos en su calidad de integrantes de agrupamientos, y no de sus relaciones particulares entre sí.

El Derecho Social es "el conjunto de leyes y disposiciones autónomas que establecen y desarrollan - diferentes principios y procedimientos protectores en favor de las personas, grupos y sectores de la sociedad integrados por individuos económicamente débiles, para lograr su convivencia con las otras clases sociales dentro de un orden justo". (70)

4.4. DERECHO SOCIAL Y DERECHO FAMILIAR.

Si hemos expuesto a nuestro juicio en forma abundante la importancia que la familia tiene como célula primordial de la sociedad; si de igual manera hemos dicho que el derecho familiar tiene por objeto presindir la organización, vida y disolución de la familia, son evidentes los nexos en sus objetivos y naturaleza, que ambos derechos tienen.

Ahora bien, nace un derecho nuevo, cuando sus disposiciones son novedosas, originales y regulan situaciones hasta entonces desconocidas, o bien cuando urgentes necesidades de carácter social, "van dando, en torno de ciertas situaciones jurídicas, diferente sentido a las normas que las regulan y las van enriqueciendo con otras disposiciones y con otras ideas hasta formar un cuerpo doctrinario y legal autónomo dotado de energía propia, de peculiares principios que configuran como algo distinto de sus fuentes originarias." (71)

Aparentemente podría pensarse en la posibilidad de encontrar ecuación entre ambos derechos, toda vez que el Derecho Familiar pertenece al Derecho Privado, "Desde luego y dentro de la vieja clasificación que distingue

(71) Ibid.

el Derecho Público y el Derecho Privado, podemos considerar que el Derecho de Familia, no obstante las características que después señalaremos, pertenece por entero al Derecho Privado". (72) y el Derecho social se encuentra en la clasificación de un derecho especial; sin embargo, las características que señala el maestro Rojina Villegas, que no son otras que su alto contenido humano y moral, le identifican en propósitos protectores, al Derecho Social.

El propio fenómeno de haber separado la materia civil de la familiar, al crear juzgados especializados en la materia de lo familiar, está dando razón de que el jurista y el legislador han considerado que las cuestiones familiares trascienden, no caben ya en el marco del - viejo Derecho Civil.

Por otra parte, cuestiones básicas en materia familiar, como: alimentos, convenios sobre patria potestad, divorcios, etc., por ley deben pasar a la vista de quien es el representante de la sociedad, esto es, el Ministerio Público, lo que pone también de manifiesto que dichas cuestiones trascienden del mero marco del conflicto personal, y es la propia sociedad la que de una manera u otra resentirá los efectos de la problemática familiar.

(72) Rojina Villegas, Rafael, ob. cit. pág. 201.

4.5. NECESIDAD DE INTEGRAR EL DERECHO FAMILIAR A LOS POSTULADOS DEL DERECHO SOCIAL.

De lo expuesto anteriormente, se desprende y justifica, a nuestro juicio, la necesidad de integrar el Derecho Familiar a los lineamientos, postulados y sentidos del Derecho Social. Si este último ha sido considerado - como un avance, una conquista y una revitalización de valores morales y, además por su parte, el Derecho Familiar está demostrando que la problemática cotidiana, la trascendencia de sus cuestiones, le otorgan primacía entre las distintas ramas del Derecho, es evidente que uno y otro se complementan, se necesitan. Los teóricos podrán seguir - abundando en el hecho que la naturaleza eminentemente privada del Derecho Familiar, le impedirá otorgarle la calidad, sino de Público, sí de especial que el Derecho Social tiene, pero los hechos, las cuestiones que se ventilan en el orden familiar, están demostrando que sus efectos va más allá de la estrecha esfera de lo particular; - que la materia propia de dicho Derecho es de un contenido eminentemente humano. Si bien se consideró como un derecho ideal, casi etópico al Derecho Social, tal cosa sucedió en los albores de su nacimiento; hoy por hoy nadie le regatea su jerarquía de ordenador del Bien Común.

El maestro Lucio Mendieta y Núñez ha expresado a este respecto lo siguiente:

"El fenómeno formativo de esta nueva rama jurídica no es idéntico al que dió origen al Derecho Mercantil, desprendiendo del Civil, o al Agrario, desgajándolo también de éste y del Administrativo. La formación del Derecho Social es a nuestro parecer, un fenómeno de más - grande importancia, porque se está constituyendo con la - aportación de diversas estructuras legales que ya no caben dentro de las clásicas divisiones del Derecho y que buscaban, por decir así, una nueva y más apropiada clasificación de acuerdo con su índole fundamental y con sus fines". (73)

A mayor abundamiento, respecto a nuestra tesis de que el actual marco del Derecho Familiar, es ya estrecho para infinidad de problemas de carácter socio-económico, citaré el relativo a los derechos del menor.

Nuestra Constitución Política, en la última parte de su Artículo cuarto, determina lo siguiente:

"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".

Es incuestionable que el menor, los hijos, son parte esencial primordial de la familia. A últimas fechas el artículo cuarto Constitucional hubo de ser adicionado, en virtud de numerosos casos de abandono de las obligaciones por parte de los padres. Miles de menores - pueblan en las calles ganándose el sustento en las ocupaciones mas disímbolas e inhumanas: aseadores de calzado, voceadores, vendedores ambulantes, mozos, etc., menores - que por su edad, deberían estar bajo el cuidado, protección y manutención de sus progenitores y que, no obstante, día con día aumentan el número de posibles delincuentes - gracias al desconocimiento absoluto por parte de sus padres de sus obligaciones legales y morales. Pues bien, la adición a nuestro artículo cuarto Constitucional, demuestra claramente que hay fenómenos sociales que por su trascendencia deben quedar incluidos en el texto de ordenamientos de primer orden como lo es nuestra Constitución Política; de igual forma se está demostrando que dichos problemas no han sido resueltos por la ley particular que se ocupa de los mismos, en éste caso, el Derecho Civil. ¿Qué se está evidenciando con tal hecho?. Que para ese y otros - muchos problemas, resulta ya nuestro Derecho Civil, estrecho y obsoleto. No puede discutirse la orientación eminentemente social de nuestra Carta Magna y con base en ello, es indiscutible también que cuestión como la relativa al - derecho de los menores debe estar regulada por un derecho más amplio, más trascendente, más humano, es decir el Derecho Social.

Ni se piense por lo anterior que haya contradicción entre el campo reservado al Estado y el Derecho Familiar, porque como con todo acierto expresa el comentario de Don Emilio Rabasa al texto del artículo cuarto Constitucional, "La Familia es la base de la sociedad. Es la organización primaria fundada sobre vínculos de parentesco, donde por eso, la solidaridad suele manifestarse en mayor grado. En su seno nacen, crecen y se educan las nuevas generaciones. La formación que en la familia reciben los hijos es insustituible. De aquí que el Estado a través de sus instituciones y de su orden jurídico, tutele a la familia y le proporcione medios para cumplir sus altas finalidades. Corresponde al padre y a la madre por igual, de acuerdo con la ley, la responsabilidad de educar y formar a los hijos hasta hacer de ellos ciudadanos libres y dignos". (74)

De tal manera que el Estado al tutelar a la familia ha tenido que preocuparse por institución que antaño quedaba al fuero particular. Lo anterior demuestra a nuestro juicio, que el derecho civil resulta actualmente inadecuado y estrecho en su campo de acción, para la tutela y defensa de los derechos de carácter familiar.

(74) Rabasa, O. Emilio. Caballero, Gloria. "Mexicano: Esta es tu Constitución" LII Legislatura, Cámara

Otra cuestión trascendental también en materia de derecho familiar, es la relativa al cuidado y educación de los menores. Con base en el precepto constitucional que establece como obligación de los padres "preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental", recientemente se ha puesto en el tapete de las discusiones, cuestiones relativas a los derechos de los menores. Entre otras, se ha discutido si en el mal entendido derecho a corregir del que habla el artículo 194 del Código Penal vigente, está un justificante legal para la crueldad en el trato para sus hijos, de muchos padres. A nuestro juicio, estimamos que debe desaparecer tal atenuante y que, quede abolido el derecho al castigo, físico o moral de los menores; consideramos que es obsoleto y contraproducente el castigo corporal que, a querer o no se traduce en un daño mora, síquico. Por tal razón, es claro con el anterior ejemplo y con muchos más que podrían citarse, que la regulación actual en leyes civiles y penales, de cuestiones familiares, resulta inadecuada, inoperante e incluso cruel.

El tema central de éste trabajo, ha sido precisamente justificar la necesidad de integrar al Derecho Social el Derecho Familiar, por ello considero indispensable aclarar que tal intento es con base en un nuevo sentido del Derecho Social. Inicialmente, el nacimiento

del Derecho Social se justificó para la defensa de los económicamente débiles. Los autores Martín Granizo y González Rotvos, lo conciben en estos términos: "El Derecho Social tiene por objeto resolver la cuestión social, que no estriba en otra cosa que en la necesidad de hallar una fórmula justa de convivencia entre las diversas clases que integran la sociedad y los esfuerzos realizados por los que se estiman oprimidos para vencer en la lucha entablada contra los predominantes".

Es evidente en la definición anterior, el sentido clasista que los autores citados dan al Derecho Social, pero tal como lo afirma Gurvitch, en la formación del Derecho Social actual, así como en su desarrollo, concurren otros factores, entre los cuales se destacan la doctrina, las teorías sociológicas y económicas, la jurisprudencia, el pensamiento político, la solidaridad internacional, etc. que dan un nuevo contenido al Derecho Social. A este respecto el maestro Mendieta y Núñez, nos dice:

"Los juristas y los jueces, al interpretar y aplicar las leyes dictadas para la defensa de los económicamente débiles, formulan doctrinas y establecen principios jurisprudenciales que les dan vitalidad y sirven para llenar los vacíos de esas leyes y para promover la expedición de nuevos ordenamientos que perfeccionan los existentes desde puntos de vista formales y esenciales.

"Las teorías sociológicas y económicas influyen también en la formación de una conciencia social sobre los problemas de antagonismo y desajuste de los diversos sectores que componen la sociedad y sobre la manera de resolverlos, influencia que se traduce en leyes o en formas de interpretación y de aplicación de las mismas.

"El político, atento siempre a captar las corrientes sociales, a capitalizar la fuerza de los grupos en apoyo de su partido o de sus pretendiones, y hasta de sus intereses personales, es también un indudable factor en la configuración, desarrollo y aplicación del Derecho Social, por cuanto hace valer las demandas y los ideales de los desvalidos de la sociedad en las plataformas ideológicas de los partidos y en las luchas parlamentarias...

"Por último, el prestigio de las instituciones de Derecho Social traspasa las fronteras de los Estados e induce a imitarlas aún en aquellos en donde las condiciones lamentables de cultura y de organización de las clases económicamente débiles no permiten a éstas exigir la creación o la adaptación de tales instituciones.

"Todo esto demuestra que el Derecho Social, en su forma actual, ni es totalmente obra de las comunidades subyacentes, ni tiene relación inmediata, en

muchos casos, con la voluntad a quienes beneficia y sobre las que, a menudo, tampoco ejerce funciones integradoras ..." (75)

La razón de un nuevo sentido del Derecho Social, es que, es evidente que el Estado no solo protege a los económicamente débiles, ni las leyes de protección es una actitud graciosa del Estado, esas ideas, nos dice Mendieta y Núñez, "están siendo transformadas rápidamente por el desarrollo del Derecho Social, que introduce un nuevo sentido en los antiguos ordenamientos y crea otros de acuerdo con las necesidades y exigencias de la época". (76)

Por otra parte, el que el Derecho Social a través de sus leyes proteja a los económicamente débiles, no implica que éstos carezcan de derechos. En efecto, las garantías individuales consagradas en la Constitución, son también protectoras del individuo ante el poder del Estado y por otra parte, el Derecho Social tiene por objeto la convivencia de todas las clases sociales dentro de un orden justo y humano.

El Derecho Social, propugna por llevar a cabo un cambio radical en aquellos campos donde la injusticia es evidente, si bien se debe reconocer son muchos los aspectos de la vida social en donde todavía no impera la justicia.

(75) Mendieta y Núñez, Lucio. Ob. Cit. Págs. 45 y 46

(76) Ob. Cit. Pág. 87

Se ha dicho anteriormente, que la labor de jueces y juristas han venido a dar al Derecho Social, un nuevo sentido; también hemos afirmado que cuenta habida de su autonomía del Derecho Civil patrimonial, el Derecho Familiar por su contenido eminentemente humano debe tener autonomía propia. Los países socialistas, mayormente, han sido quienes han tomado delantera al separar el de recho familiar de la legislación civil, y dar al citado de recho, una orientación predominantemente Social. Así, en la Europa Socialista, Albania, Alemania Democrática, Checoslovaquia, Hungría, Polonia, Rumanía y Yugoslavia, han promulgado Códigos de Familia. ✓

De igual manera, otros países como Francia, Alemania Federal, Bélgica, Dinamarca, Noruega, Israel, y en nuestro continente Argentina, Bolivia, Canadá, Brasil, Colombia, Chile, Cuba y nuestro país, han llevado a cabo una modernización del Derecho Familiar, actualización que en nuestro concepto, no es otra cosa que su ajuste a los principios del Derecho Social. ✓

Un ejemplo de las medidas dictadas para la modernización del Derecho Familiar, es la ley número 5731 dictada en el año de 1972 en Israel, que ordena que las pensiones alimenticias decretadas especialmente en be neficio de la mujer y los hijos abandonados, pueden ser

cobradas en cuotas mensuales al Instituto de Seguros Nacionales. Este organismo queda de inmediato subrogado en los derechos de los beneficiarios con lo cual puede obtener el reintegro de las sumas pagadas cobrándolas directamente los beneficiarios; en Yugoslavia, la Ley N. 8/65 reforma el Código de Familia en el sentido de permitir que los esposos puedan adoptar para la familia común el nombre del marido o de la mujer. Los esposos pueden conservar su nombre o agregar al suyo el del otro cónyuge.

El artículo 17 de la Constitución Política del Viet Nam promulgada en el año 1967, determina que el Estado, "reconoce a la familia como la base de la sociedad. La Nación estimula y protege a la familia, cuida de las madres y de los hijos. El matrimonio está fundamentado sobre el consentimiento, la igualdad y la cooperación entre marido y mujer".

Estimamos de gran trascendencia para los fines del Derecho Familiar, lo relativo al llamado "derecho de corrección", que se remota al antiguo derecho en donde el pater familias tenía un poder ilimitado sobre sus hijos, que quedaban sometidos casi de por vida a su autoridad y podía castigarlos sin piedad, venderlos y aún matarlos.

La legislación francesa, el Código Civil de 1804, si bien retiró a los padres el "derecho" a castigar físicamente a los hijos, los autorizó para hacerlos detener por el juez sin expresión de causa; en España la ley autorizaba al padre no únicamente para hacer detener sin causa al hijo, sino para castigarlo físicamente. En nuestra legislación, la Ley de Relaciones Familiares de 1917, "y posteriormente el Código Civil del Distrito Federal (Arts. 413, 423, y 577) incorporaron ambos procedimientos: detención y castigo físico.

"El artículo 413 consagró la facultad de hacer detener al hijo al disponer que el ejercicio de la patria potestad en cuanto a la guarda y educación de los menores quedaba sujeta a las modalidades que le imprimieran las resoluciones que se dicten de acuerdo a la ley sobre Prevención Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal". Esa ley facultaba a los padres para hacer detener a sus hijos sin expresión de causa. Fue modificada en varias oportunidades y hoy ha sido reemplazada por la Ley de Consejos Tutelares de Menores Infractores del Distrito del 2 de agosto de 1974 que no contempla el derecho de detención.

"La facultad de castigar físicamente al hijo la otorgaba el Artículo 423 que decía: "Los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente". La ley del 31 de diciembre de 1974 eliminó el derecho de castigar a los hijos y hoy la redacción del artículo 423 es la siguiente: "Para los efectos del artículo anterior, los que ejerzan la patria potestad o tengan hijo bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo". (77)

Hacemos nuestra la cuestionante planteada en la Revista del Menor y la Familia, que se interroga:

"Si la ley civil ha eliminado la facultad de "castigar mesuradamente a sus hijos" que otorgaba a los padres, ¿han quedado de hecho sin aplicación las disposiciones del Código Penal?, ¿son inoperantes estas normas después de la reforma?, ¿han quedado tácitamente derogadas?, ¿la lógica jurídica nos señala esa consecuencia?" (78).

Otra aportación legislativa para la actualización del Derecho Familiar, es la relativa a la medida adoptada por el Código Civil de Costa Rica, disposición que se antoja a más de novedosa, vanguardista en esa materia.

(77) "Derecho de Corrección", Sección Informativa de la Revista del Menor y la Familia", Año 1, Vol. 1, Págs. 216 y 217.

(78) Idem.

Dice el artículo 72 del mencionado Código,
lo siguiente:

"La inseminación artificial de la mujer con semen del marido, o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldrá a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales calidades".

Asimismo la legislación costarricense permite al hijo y a sus descendientes investigar la paternidad y maternidad y que para acreditarla podrán emplearse todos los medios de prueba legales, entre otros la prueba de los grupos sanguíneos y otros marcadores genéticos con el objeto de probar la no paternidad. (Art. 98).

Tales son, entre otras las aportaciones jurídicas al acervo del Derecho Familiar y, por ende, al Derecho Social. Agregaremos a mayor abundamiento, y en razón que la Jurisprudencia es también en este caso fuente de creación del Derecho Familiar, algunas resoluciones importantes del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en materia familiar.

En el caso de la señora X, madre de un hijo habido en concubinato, al morir aquella pide ser declarado heredero legítimo, a pesar de no existir acta de nacimiento ni reconocimiento; al rechazar el Juez de lo Familiar tal petición, la Décima Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, determinó lo siguiente:

"Son fundados los agravios que expresa el apelante en los puntos uno y dos de su manifestación, los que se encuentran plenamente vinculados dada la razón o motivo que en ellos se expresa, por lo cual se les examina en conjunto, por haber unidad en su concepto. Efectivamente, con la salvedad de los casos previstos en los artículos 40 y 341 del Código Civil, el estado civil de las personas se comprueba con las actas del Registro Civil; pero se indica en la expresión de agravios, el denunciante aportó y rindió pruebas, no tanto para acreditar el estado civil de su persona sino fundamentalmente para demostrar la posesión de estado, o sea la condición que denota tal situación, con relación a su persona en la familia y en la unión que existió entre don N y doña X, la filiación natural del denunciante, legalmente presuntiva, resulta de la prevención del artículo 360 del Código Civil al preceptuar que la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento".

A mayor abundamiento la Tercera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sustentado el siguiente criterio:

"Filiación Natural.- Y si ello es así, es claro que el hijo goza de una posesión de estado que no puede arrebatarle sino por sentencia ejecutoria dictada

en juicio contradictorio en que se destruya dicha presunción, siendo esta la razón por la que el artículo 352 establece al respecto, la protección del juicio plenario, y el artículo 353 concede acción interdictal al hijo a quien se pretendiera despojar o perturbar en dicha posesión; en la inteligencia de que aunque estos dos últimos preceptos se refieren expresamente a los hijos nacidos de matrimonio, debe, sin embargo, establecerse que igualmente protegen a los hijos naturales, por virtud del bien conocido principio de aplicación analógica de que donde existe la misma razón legal, debe existir igual disposición de derecho".

(79).

Es también alentador, conocer la posición que respecto al tema que venimos desarrollando, han tomado los Tribunales de la República. Así, la H. XLV Legislatura del Estado de México decretó la Ley de Protección, Asistencia a la Niñez y de Integración Familiar, que en su artículo Tercero declara:

"La protección de la infancia y la acción encaminada a la integración y asistencia de la familia, la asume el Estado por conducto del Instituto de Protección y Asistencia a la Niñez del Estado de México".

De acuerdo con su artículo Sexto, son sujetos de dicha Ley, la infancia y la familia. "La infancia en cuanto que es el sector de la población más débil y requiere de una protección integral; y la familia en cuanto que es la base o célula de la Sociedad".

Cabe comentar que al artículo antes señalado, pone de manifiesto lo que antes hemos expresado: el Derecho Social, no se limita a las clases económicamente débiles; el citado precepto se refiere a otra clase de debilidad, esto es, la humana, la moral, la inherente al niño que por su propia naturaleza está a merced del adulto, es lo que el adulto quiere que sea. Viene a mi memoria, en relación con esto último, una frase de la escritora Mercedes Puglia: "Reflexiona... el niño desvalido es más frágil en sus sentimientos y está propenso a todo género de trauma... El niño cuando nace, es como una página. De tí dependerá que en ella se escriba la historia de un hombre útil o de un criminal. La piedra en bruto está en tus manos y podrás hacer de ella un diamante o la punta de una lanza". (80)

Contiene la ley que se comenta, un Capítulo dedicado a la Protección Moral de los Menores, estableciendo que el Instituto cuidará que los menores presten sus servicios en lugares donde no peligren en su dignidad y su moral.

Igualmente el Estado de Yucatán por Decreto No. 151, establece entre otras medidas protectoras del menor, la relativa a que los menores, "Serán objeto también de las disposiciones de este Código, los menores que desobedezcan reiteradamente a sus progenitores, tutores o encargados legítimos en cuanto a su buena educación; aquellos que con su conducta indebida para condiscípulos-maestros constituyan obstáculo al aprovechamiento correcto de las enseñanzas y un mal ejemplo para los demás alumnos del colegio correspondiente, los que lleven una vida licenciosa, practiquen la mendicidad o la vagancia, así como a quienes sus padres, tutores o encargados legítimos sometieran a malos tratos o dieran ejemplos corruptores".

Respecto de los malos tratos, generalmente en ejercicio del mal llamado "derecho de corrección. cabe señalar que, por regla general, los actos de crueldad de los padres, generalmente quedan impunes, debido a que nadie se atreve a denunciarlos, incluso por temor a la venganza del padre o de la madre que, habiendo sido sancionado por la autoridad, repita con mayor crueldad su maltrato a los hijos. Cabe señalar por ello, que es urgente revisar la legislación penal, para que desaparezca la atenuante en el delito de lesiones, causado en ejercicios de corrección.

Consideramos que los ejemplos de medidas adoptadas a nivel nacional e internacional, en torno a la familia, han venido a enriquecer el contenido del Derecho Familiar, pero sobre todo, a evidenciar que su trascendencia requiere de manera urgente de un marco más amplio, más importante, más humano, que a nuestro juicio no es otro que el Derecho Social, conscientes de que debe desarrollarse un gran esfuerzo, una tarea de conjunto para lograr el imperio del Derecho Social; pensamos igual que el maestro Mendieta y Núñez, cuando expresa:

"Es claro que la efectividad de los medios de realización de los derechos sociales, como la de las garantías individuales, no es ni puede ser absoluta en parte alguna de la tierra. Dependen múltiples factores: cultura del pueblo, valor civil de los individuos y de las masas, fuerza de la opinión pública, moralidad del ambiente, organización democrática, etc. pero creemos que no cabe dudar, porque es preferible un estado de relativa justicia tolerable a una situación anárquica intolerable, que se presentaría cada vez que individuos y grupos resolvieran, por sí y ante sí, que no están salvaguardados sus derechos sociales". (81)

C O N C L U S I O N E S

Actualmente, a la familia no se le ha definido un criterio para precisar un calificativo acorde a la imperante realidad social, de igual forma la doctrina no determina un concepto general que contribuya a su consolidación, ya que se conocen dos acepciones de la misma; una amplia y la otra restringida, considerándose a la primera como "un conjunto de personas unidas por los lazos del parentesco o que proceden de un tronco común, sean cuales fueren las líneas y grados de parentesco", la taxativa, como "el grupo que constituyen los padres y los hijos únicamente".

En mi punto de vista, el matrimonio, la filiación y el parentesco son las fuentes primordiales de la familia, toda vez que las dos primeras son jurídicamente tradicionales y manifiesta su vigencia como figuras jurídicas, ya que surgen de dos datos biológicos de la esencia humana: la unión sexual y la procreación; la primera se enmarca jurídicamente dentro de la institución del matrimonio, y excepcionalmente en figuras paramatrimoniales, como lo es la del concubinato, derivada de aquella (la unión sexual) que surge biológicamente de la segunda

(la procreación), la cual es recogida por la norma jurídica a través de la figura de la filiación y la que puede ser de una doble naturaleza emanada de la pareja unida en matrimonio o fuera de él.

El hecho biológico de la procreación, a su vez engendra nuevos tipos de relaciones que se establecen entre los individuos que descienden unos de otros o de un tronco común mas lejano y, la institución jurídica que regula estas relaciones entre las personas ligadas entre sí por su inherencia a un tronco común, y que es el parentesco.

Es una situación permanente -el parentesco- que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho.

Estado civil es "la situación de hechos naturales y jurídicos de las personas que determina sus derechos civiles de goce y de ejercicio, que les son reconocidos por la ley". Así que los derechos que produce éste no se circunscriben nada mas en los específicamente civiles que contiene el Código Civil de la materia, sino que, también los que nuestra Carta Magna otorga al mexicano, al ciudadano y al extranjero;

La figura jurídica del matrimonio continúa siendo para algunos autores; quién constituye el fundamento de la sociedad civil; otros en cambio no lo consideran como tal y se le define como "la intención común que persiguen los consortes para constituir una familia y realizar un estado de vida permanente entre los mismos";

Los esponsales ya no tienen razón de permanecer más en nuestro Código Civil; la práctica jurídica nos demuestra su total inoperancia, desuso e incluso el desconocimiento en cuanto a su ejercicio procesal, toda vez que si se llegara a verificar algún tipo de acción respecto a estos, ante el Organismo Jurisdiccional, atentaría contra la administración de justicia y todo ello por conservar figuras jurídicas obsoletas.

El Derecho Familiar, en muchas de sus materias se encuentran imbuído en un alto contenido moral; ya que responde innegablemente a la exigencia general de ajustar las normas jurídicas a nuestra realidad social actual;

El Derecho Social, como derecho nuevo que es, más humano y mayormente acorde a los requerimientos de la sociedad, se manifiesta cada día más en los diversos ámbitos jurídicos; y si la familia es la célula primordial de la sociedad, además que el Derecho Familiar tiene por

objeto presidir la organización, vida y disolución de la familia, por lo cual, son evidentes los nexos en sus objetivos y naturaleza que ambos derechos tienen;

La separación de la materia familiar de la rama civil, al instituir juzgados especializados, confirma la verdad de que las cuestiones familiares no caben ya en el estrecho y viejo marco del Derecho Civil;

Con fundamento en lo anterior y que el Derecho Social se está constituyendo "con la aportación de diversas estructuras legales que ya no caben dentro de las clásicas divisiones del derecho", ineluctable y necesario es incorporar el Derecho Familiar a los postulados del Derecho Social;

El ejemplo ostensible de dicha incorporación son las medidas adoptadas respecto a los Derechos del Menor que, tanto a nivel nacional como internacional, subrayan su trascendencia social y es el Estado quien se ha hecho cargo de la vigilancia y defensa de dichos derechos.

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

- BRAVO GONZALEZ, A. y BIALOSTOSKI, SARA. "Compendio de Derecho Romano", Editorial Pax-Mex, Librería Carlos Cesarman, S.A. México. 1971.
- BOLAÑOS E. PILAR. "Investigación de la Paternidad", Revista del Colegio de Abogados, Tomo VI, No. 12, Año VI, No. 72, Diciembre de 1954, San José de Costa Rica.
- CASO, ANTONIO. "Sociología", Sociedad Editora Polis, México, 1939.
- GARCIA MAYNES, EDUARDO. "Introducción al Estudio del Derecho". Edit. Porrúa. México 1977.
- GONZALEZ DIAZ-LOMBARDO, FRANCISCO. "El Derecho Social y la Seguridad Social Integral". 1a. Edición UNAM. México, 1973.
- GUITRON FUENTEVILLA, JULIAN. "Ensayo sobre el concepto de Derecho Civil y Derecho Familiar". Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XXIX, No. 112, Enero Abril 1979. UNAM. México.
- GURVITCH, GEORGES. "La idea del Derecho Social". Editorial Sirey, Paris. 1932.
- IBARROLA, ANTONIO DE. "Derecho de Familia" Editorial Porrúa, S.A. México 1981.
- KEY, ELLEN. "Amor y Matrimonio" Versión al Español de Magdalena de Santiago-Fuentes. Editorial Polis, México. 1937.

LOWIE, ROBERT. "Manual de Antropología Cultural". Edit. Payot, Paris, 1936.

— MENDIETA Y NUÑEZ, LUCIO. "El Derecho Social". Editorial Porrúa, S.A. México 1953.

MENDIETA Y NUÑEZ, LUCIO. "Teoría de los Agrupamientos Sociales. (La mecanización social) Biblioteca de Ensayos Sociológicos, Instituto de Investigaciones Sociales, Universidad Nacional. México 1950.

— MONTERO DUHALT, SARA. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa, S.A. México. 1984.

MUÑOZ, LUIS. "Derecho Civil Mexicano", Cárdenas Editor, México. 1971.

OSSORIO, MANUEL. "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales", Editorial Heliasta, Buenos, Aires, 1974.

PALLARES Y PORTILLO, EDUARDO. "Apuntes relativos al estado civil". Revista FORO DE MEXICO. No. 110. Centro de Investigaciones y Trabajos Jurídicos. México 1954.

— PALLARES Y PORTILLO, EDUARDO. "El Contrato de Matrimonio", Revista FORO DE MEXICO. No. 94, Centro de Investigaciones y Trabajos Jurídicos, México 1961.

— PALLARES Y PORTILLO, EDUARDO. "¿Qué es la Familia?". Revista FORO DE MEXICO. No. 11. Centro de Investigaciones y Trabajos Jurídicos. México. 1954.

— PINA, RAFAEL DE. "Diccionario de Derecho". Editorial Porrúa. S.A. México, 1978.

PINA RAFAEL DE. "Elementos de Derecho Civil Mexicano".
Vol. I, Editorial Porrúa, México, 1978.

PLANIOL, MARCELO Y RIPERT, JORGE. "Tratado Práctico de
Derecho Civil Francés", Tomo II, "La Familia". Editorial
Cultural, La Habana, Cuba, 1939.

PLANIOL, MARCELO Y RIPERT, JORGE. "Tratado Elemental de
Derecho Civil", Traducción de José Ma. Cajiga, Jr. Edit.
José Ma. Cajiga Jr. Puebla, 1946.

RECASENS SICHES, LUIS. "Sociología.", Editorial Porrúa,
S.A., 14a. Edición. México, 1976.

RENARD, GEORGES. "La Teoría de la Institución. Ensayo
de Ontología Jurídica". Vol. I, Parte Jurídica, Editorial
Sirey, Paris. 1930.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. "Compendio de Derecho Civil",
Introducción, Personas y Familia. Editorial Porrúa, S.A.
México, 1977.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. "Derecho Civil Mexicano", Tomo
II, "Derecho de Familia", Edi. Porrúa, S.A. México 1983.

SANCHEZ MEDAL, RAMON. "Los Grandes Cambios en el Derecho
de Familia en México", Editorial Porrúa, S.A. México,
1979.

SORRENTINO, JOSEPH. "La Revolución Moral", Editorial Gri-
jalbo, México. 1975.

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
México. 1984.

Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California del año de 1884.

Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal.

Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.

SEMINARIO DE DERECHO PRIVADO

TURNO VESPERTINO

IMPRESA "MARTINEZ"
TESIS DIRECTAS Y MECANOGRAFIADAS EN I. B. M.

Rodolfo Martinez Cerexo

PORTAL STO. DOMINGO 12 ALTOS II
ENTRAS POR IMPRESA RANGEL

TELS. 510-25-24
518-58-23

MEXICO 06010, D. F.