



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

“LA AUTONOMÍA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DEL DERECHO FAMILIAR EN NUESTRO PAÍS”

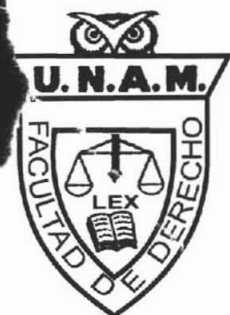
T E S I S:

QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:

ANABEL HERNÁNDEZ SIERRA

ASESORA: LIC. MARIA ANTONIETA MAGALLÓN GÓMEZ



MÉXICO, D. F.

2005

m349932



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO SEMCIV/7/09/05/42

ASUNTO: Aprobación de Tesis

SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ,
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E .

La alumna ANABEL HERNÁNDEZ SIERRA , elaboró en este Seminario bajo la asesoría y responsabilidad de la Lic. María Antonieta Magallón Gómez, la tesis denominada "LA AUTONOMÍA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DEL DERECHO FAMILIAR EN NUESTRO PAÍS" y que consta de 127 fojas útiles.

La tesis de referencia, en mi opinión, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, se otorga la aprobación correspondiente y se autoriza su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

La interesada deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de esta Facultad.

Reciba un cordial saludo.

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F. 7 de Septiembre de 2005

LIC. LUIS GUSTAVO ARRATÍBEL SALAS
Director del Seminario

LGAS'egr.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Anabel Hernández Sierra

FECHA: 17 de noviembre de 2005

FIRMA: [Firma]

22 de agosto de 2005

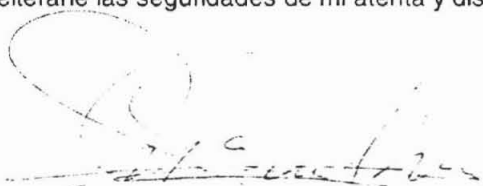
Lic. Luis Gustavo Arratibel Salas.
Director del Seminario de Derecho Civil.
Facultad de Derecho.
Universidad Nacional Autónoma de México.

Presente.

Me es grato hacer de su conocimiento que la alumna ANABEL HERNÁNDEZ SIERRA para optar al título de licenciada en Derecho, ha presentado las correcciones pertinentes hechas a la investigación que denominó "LA AUTONOMÍA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DEL DERECHO FAMILIAR EN NUESTRO PAÍS" debidamente concluidas y las cuales apruebo.

Er razón de que el trabajo que he examinado considero se ajusta a los esquemas estatutarios, lo someto a su consideración para que se expida el voto correspondiente; otorgando mi aprobación y aguardando la réplica oral.

Me es grato reiterarle las seguridades de mi atenta y distinguida consideración.



LIC. MARIA ANTONIETA MAGALLÓN GÓMEZ.

Quiero expresar un gran sentimiento de gratitud y cariño a las siguientes personas:

A Dios, quien siempre me acompaña, y que me permite tener a mi lado a los dos seres que más amo, mis padres.

A mis Padres, Justina y Rafael por estar a mi lado en los momentos justos, por ser ejemplo de vida, por sus consejos, cariño y apoyo incondicional.

A mis Hermanos, Soledad, Elsa y Rafael por ser parte importante de mi vida y por su apoyo inigualable.

A la Universidad Nacional Autónoma de México y a la Facultad de Derecho por permitirme haber estudiado dentro de sus aulas, y por lo cual, tengo un gran orgullo y respeto.

A mis Maestros, parte importante en mi formación, y a quienes agradezco sus enseñanzas.

A la Lic. María Antonieta Magallón Gómez, por el tiempo dedicado y por sus consejos, que me sirvieron para lograr ésta meta.

A Martha, por su amistad y cariño.

**LA AUTONOMÍA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DEL DERECHO FAMILIAR EN NUESTRO
PAÍS**

ÍNDICE

Introducción

Capítulo I. El Orden Público y La Familia

1.1	Conceptos Generales	1
1.1.1	Significado y Función Del Orden Público	1
1.2	Diversos Significados del Término Familia	11
1.2.1	Etimológico y Gramatical	11
1.2.2	Biológico	13
1.2.3	Sociológico	17
1.2.4	Jurídico	23
1.3	Importancia y Fines de La Familia como Institución Natural de Orden Público	27
1.3.1	La Familia Como Institución Natural De Orden Público	27
1.3.2	Importancia Social De La Familia Como Institución Natural De Orden Público	29

**Capítulo II. Criterios Fundamentales en Torno a La Autonomía del
Derecho Familiar en Nuestro País Derivados de La Función del
Orden Público**

2.1	Criterios Fundamentales en Torno a La Autonomía del Derecho Familiar en Nuestro País	33
2.1.1	Antonio Cicu	33
2.1.2	Roberto Ruggiero	39
2.1.3	Julien Bonnecase	45
2.1.4.	Guillermo Cabanellas	47
2.1.4.1	Legislativo	48
2.1.4.2	Científico	48
2.1.4.3	Didáctico	49
2.1.4.4	Jurisdiccional	50

Capítulo III. Naturaleza Jurídica del Derecho Familiar con Base en La Función del Orden Público

3.1	Conceptos Generales	53
3.1.1	Significado y Contenido del Orden Público en El Derecho Familiar Mexicano	53
3.1.1.1.	Criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación	55
3.1.2	Significado y Contenido de la Función del Orden Público en el Derecho Familiar Mexicano	61
3.2	Naturaleza Jurídica	61
3.2.1	Naturaleza Jurídica Del Derecho Familiar	63
3.2.1.1	Distinción Entre Derecho Público y Derecho Privado	64
3.2.1.2	Teoría del Interés	69
3.2.1.3	Teoría de la Naturaleza de la Relación	72
3.2.2	Diversos Criterios en Tomo a la Naturaleza Jurídica del Derecho Familiar con Base en la Función del Orden Público	74
3.2.2.1	Antonio Cicu	74
3.2.2.2	Friedrich Karl Von Savigny	77
3.2.2.3	Maurice Hauriou	80
3.2.2.4	Roberto Ruggiero	82
3.2.2.5	Julien Bonnetcase	84

Capitulo IV. Principios Jurídicos Del Derecho Familiar En Nuestro País Derivados Del Orden Público

4.1	Principios Jurídicos del Derecho Familiar Derivados del Orden Público	87
4.1.1	Principios Jurídicos Especiales del Derecho Familiar	87
4.1.1.1	Sujetos	87
4.1.1.2	Derechos Subjetivos	91
4.1.1.3	Supuestos Jurídicos Especiales	95
4.1.1.4	Consecuencias	99
4.1.2	Principios Jurídicos Incompatibles al Derecho Familiar	

por la Función del Orden Público	101
4.1.2.1 Autonomía de la Voluntad	101
4.1.2.2 Representación Jurídica	105
4.1.2.3 Modalidades del Negocio Jurídico	108
4.1.2.4 Disposición de los Derechos Subjetivos	110
4.2 La Autonomía de los Principios Jurídicos del Derecho Familiar en Nuestro País	112
4.2.1 Ubicación del Derecho Familiar Mexicano	112
4.2.2 Autonomía del Derecho Familiar Mexicano	113
Conclusiones	116
Bibliografía	118

INTRODUCCIÓN

Tratar un tema como lo es el Derecho Familiar es colocarnos en una de las áreas más importantes del Derecho, por ser la institución familiar su campo de estudio; es la familia la institución más estable y duradera de las que componen la sociedad, aun cuando esta sometida hoy en día a grandes revisiones y críticas.

Es tal su importancia universal que es concebida como uno de los elementos que potenciaron la formación de la sociedad humana en sus orígenes. Además de ser para el individuo la fuente de un sin número de valores que difícilmente podrá aprender u obtener en otro lado, y es por consiguiente dadora de sujetos a la sociedad.

Por lo que al tener en cuenta su indispensable función en el seno de la sociedad, y que igualmente la sociedad refleja su preocupación por la protección y vigilancia jurídica que se le otorgue a la familia; reconociendo su singular estructura jurídica y siendo la de la voz una persona integrante de una familia y por ende, parte de la sociedad, creo que la sociedad ve en la familia la fuente de donde brotan los más valiosos principios; para lo cual es necesario proteger el carácter tutelar de sus normas, y tomar en cuenta los múltiples estudios que se han manifestado a favor de que se establezca la autonomía del derecho familiar.

La necesidad de reflexionar sobre los principios jurídicos del Derecho Familiar lleva a reconocer que es una de las ramas del Derecho que cuenta con características propias e independientes del Derecho Privado y del Derecho Público, por lo que al identificar y analizar dichos principios nos lleva a entender el carácter tutelar de su normatividad.

Es necesario aclarar que en el Derecho Positivo Mexicano los principios jurídicos del Derecho Familiar no se definen de manera expresa, pues el estudiarse como parte del Derecho Privado y en particular del Derecho Civil se entiende que cuenta

con los mismos principios. Aun cuando se ha dicho que el Derecho Familiar forma parte del Derecho Privado por tratarse relaciones de carácter particular, lo anterior es un argumento poco preciso si tomamos en cuenta que en el Derecho Familiar, la familia es a quién se le otorga protección, por ser considerada una institución a partir de que se le nombra la “célula de la sociedad y origen de la civilización del hombre”.

Es por ello que una vez que podamos distinguir la importancia y función de la institución familiar en la sociedad y percibir sus principios jurídicos, vislumbraremos la especialidad de sus normas, que nos lleva a reconocer que los principios jurídicos son los que la estructuran para conceder su autonomía.

Al sustentar la autonomía del Derecho Familiar con base en sus principios jurídicos habrá que también hacer mención que el orden público es indispensable en esta posición, pues el interés que la sociedad tiene en que se procure la protección de la institución así como todo lo que con lleva la misma no lo proyecta por ninguna otra.

En el capítulo primero del presente trabajo titulado “Orden Público y Familia”, se destaca que el orden público, es el conjunto de normas jurídicas que combinadas con los principios supremos de la comunidad, integran la moral comunidad social de un Estado. Cabe recalcar que es imprescindible éste concepto dentro de este trabajo ya que son consideradas las normas jurídicas familiares como de orden público dentro de la legislación de nuestro país.

Se precisa conceptualmente el término familia desde su significado etimológico y gramatical, es decir, habrá que comprender principalmente lo que se entiende por *familia*; para después llegar a su al término biológico, en donde nos percatemos de que la misma surge de manera natural, por tener él ser humano la necesidad de reproducirse y vivir en grupo en donde se rodea de afectos, y en donde en realidad comienza la formación del núcleo familiar.

Sociológicamente habremos que revisar la evolución del ser humano en grupos a partir de datos biológicos como la unión sexual y la reproducción de la vida inmediata, en donde el hombre tuvo que pasar por varias etapas antes de formar el grupo familiar.

Jurídicamente la familia se determina como una institución, por las dimensiones que adquiere la misma, aun cuando tiene su raíz en la persona no depende de su voluntad para tener continuidad y permanencia, con su espíritu, vocación y valores se impone imperiosamente ante la sociedad.

Se concluye el primer capítulo; rescatando la importancia y los fines de la familia como institución natural de orden público, es natural al surgir espontáneamente en torno a las necesidades básicas, y es de orden público por fundarse sobre normas y valores organizados de forma fija por la sociedad.

El capítulo segundo, se apoya en los criterios emitidos por destacados autores quienes sostienen la autonomía del Derecho Familiar independiente del Privado y del Derecho Civil. Antonio CiCu, es el precursor de ésta concepción que ha tenido repercusión en el ámbito mundial, funda su posición en la diversa posición del individuo, en los dos campos del derecho y en el interés superior del Derecho Familiar distinto a los dos campos, por lo que, propone un tercer género al que pertenezca el Derecho Familiar.

Roberto De Ruggiero sigue al maestro Antonio Cicu por lo que es importante su criterio. Propone cuatro principios del Derecho Privado que no pueden ser aplicados al derecho familiar, que aunque de acuerdo con este autor se aproxima al derecho público no forma parte de éste, y sí constituye una rama autónoma.

Julien Bonnecase aun cuando no es del todo claro y en cuanto ve en el Derecho Civil el campo idóneo del Derecho Familiar, si se atreve a destacar las particularidades distintas con su rama de inclusión.

El criterio del estudioso Guillermo Cabanellas se toma en cuenta ya que aporta cuatro criterios, que deben ser satisfechos para considerar a una rama del Derecho autónoma. Dichos criterios fueron tomados en cuenta en el estudio que realizó el autor para demostrar la autonomía del Derecho Laboral. Los criterios a satisfacer son: científico, legislativo, didáctico y jurisdiccional que sin lugar a duda el Derecho Familiar los cubre.

En el capítulo tercero se hace constar la función y el contenido del orden público en las normas del Derecho Familiar; en donde el orden público es incluido en sus normas, al denominarse como “normas imperativas” por ser obligatorio su cumplimiento, tanto para los sujetos como para los poderes públicos; impidiendo que sean transgredidas al estar tuteladas por el orden jurídico nacional.

El criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es tan sólo una referencia para comprender al orden público en las normas familiares.

Posteriormente y sin duda la naturaleza jurídica del Derecho Familiar debe de dilucidarse de entre el derecho público y el privado, aun cuando en la doctrina no exista un acuerdo que determine uno y otro campo, por ser el Derecho uno sólo, dividido para efectos didácticos. Es también conveniente tener en cuenta teorías como la del interés y la naturaleza de la relación, las cuales aportarán la pauta para encontrar la naturaleza jurídica del Derecho Familiar, aunque su naturaleza “sui generis”, al no corresponder sus principios por completo a uno de los dos campos del Derecho, pues ni el interés ni la naturaleza de las relaciones jurídicas toman en cuenta el interés superior del grupo familiar.

Al respecto se retoman los criterios de estudiosos del Derecho quienes igualmente no logran conciliar el Derecho Familiar como parte del derecho privado o del público, por considerar que las relaciones jurídicas en él son peculiares.

En el capítulo cuarto y último abordo los principios jurídicos del Derecho Familiar en nuestro país derivados del orden público. Aun cuando sí se encuentran dentro de nuestra legislación, no se reconoce la especialidad y diferenciación de los mismos expresamente.

Estos cuatro principios reunidos hacen reconocer su especialidad del área en la que se encuentran ubicados actualmente.

Los sujetos son sumamente importantes pues al adquirir tal calidad la ley le otorga deberes y derechos de familia, que son los derechos subjetivos otorgados a cada uno de los miembros de la familia, para cumplir intereses legítimos determinados por las relaciones jurídicas familiares y poder cumplir con el interés familiar.

Los supuestos jurídicos especiales son los requisitos que condicionan las facultades y deberes, que los sujetos del derecho familiar deben para con los demás miembros familiares. Las consecuencias son las situaciones que sobrevienen de los supuestos jurídicos, que en las relaciones familiares son particularmente importantes en donde la sociedad se preocupa por que se vea favorecida el núcleo de la sociedad.

Los principios jurídicos incompatibles al Derecho Familiar por la función del orden público, son consecuencia de que en ellos la libertad del individuo para determinar sus relaciones jurídicas es determinante, o comprendido también, como la autonomía de la voluntad de los sujetos para fijar sus actos jurídicos, es decir, estos cuatro principios: autonomía de la voluntad, representación jurídica, modalidades del negocio jurídico y disposición de los derechos subjetivos, son características del Derecho Privado y en particular del derecho civil, en donde es importante el individuo como particular.

Ya para finalizar era necesario ubicar la posición del Derecho Familiar en nuestro país, que aun cuando se le reconoce que sus normas son de evidente orden público e interés social, no se logra consolidar su autonomía definitiva del Derecho Civil. Por lo que es necesario con lo expuesto en el cuerpo de éste trabajo meditar la necesidad de reconocer la especialidad de las normas familiares y la evidente importancia que tienen la institución para la sociedad.

CAPITULO I

EL ORDEN PÚBLICO Y LA FAMILIA

En el presente capítulo se expondrá el significado del término “orden público”, entendido como parte de una serie de valores implícitos en el orden jurídico y, por ende, parte de una sociedad determinada; así como la función que éste desempeña, siendo un término primordial para el desarrollo del presente trabajo.

De la misma forma se abordará el significado del término “familia”, considerada como institución al ser, parte fundamental del hombre mismo, y estructura de la sociedad; su relación jurídica con el orden público; y la importancia de la familia como formadora de individuos y transmisora de los más elevados valores para la comunidad social y política.

1.1 Conceptos Generales

1.1.1 Significado y función del orden público

El jurista Ignacio Burgoa Orihuela comenta que, en la doctrina, reina una gran confusión acerca de lo que debe entenderse por “orden público”, pues cada tratadista que se ha ocupado de esta materia parte de diferentes puntos de vista para expresar la idea respectiva. Sin embargo, en la literatura jurídica no se descubre una idea, precisa y exhaustiva sobre el orden público que viniese a revelar su verdadera esencia, ya que los juristas al tratar dicho concepto se concretan a darlo por conocido y por supuesto.¹

Sobre el particular, el Doctor Jorge Mario Magallón Ibarra señala que la mayoría de veces el estudio de este concepto se encuentra dentro de la temática del

¹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio; *Dos estudios jurídicos, algunas consideraciones sobre el artículo 28 constitucional, las normas de orden público y el interés social*, Editorial Porrúa, México, 1993, pp. 63-64.

derecho internacional privado, dado que en él se utiliza la aplicación del orden público, como un sistema de solución de conflicto de leyes.²

En razón de lo señalado anteriormente, y para efectos del presente trabajo, analizaremos la naturaleza del orden público desde un punto de vista nacional.

Ahora bien, se puede constatar, según el autor antes citado, que tal expresión puede presentar diversos usos en el campo del derecho, pues se puede utilizar como un concepto o norma jurídica, o como un principio de limitación a la autonomía de la voluntad.³

Refiere el Doctor Jorge Mario Magallón Ibarra que el concepto mismo de lo que es el orden público no es sencillo, no sólo en cuanto a su terminología, sino también a los elementos que lo constituyen y en cuanto a las funciones que desempeña, ya que como características especiales que en él concurren se encuentran su variabilidad y relatividad, debido a sus constantes cambios; consecuencia de la evolución social y moral de la persona humana, así como de la transformación de las instituciones que ha creado y que provocan un factor adicional de imprecisión de la misma idea de orden público.⁴

De acuerdo con el Diccionario de Ciencias Sociales del Instituto de Estudios Políticos de Madrid, dentro de la doctrina, definir lo que es el orden público es una tarea ardua, ya que como refiere R. Doratdes Monts:

*“Es una noción variable según las épocas, los países y los regímenes políticos de cada nación”.*⁵

² MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario; *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 1987, p.146.

³ MAGALLÓN IBARRA, *Ibid.*, Pág. 151.

⁴ *Ibidem*, Pág.147.

⁵ Instituto de Estudios Políticos; *Diccionario de Ciencias Sociales*, Tomo II, Madrid, 1976, Pág. 378.

Se constata con las exposiciones anteriores la dificultad para dar un significado del concepto de orden público, por lo que al respecto el Doctor Alfonsín Quintín, citado por el Doctor Ignacio Burgoa Orihuela comenta:

“A pesar de que parece constituir la llave de tantos problemas jurídicos y que es, tan a menudo, la última ratio del juez, ni su sentido, ni su alcance, ni su legitimidad han logrado imponerse”, agregando que “ todavía se está a la búsqueda de su exacto valor y, si se puede decir, de su propio equilibrio.”⁶

El Doctor Ignacio Burgoa Orihuela, al tratar las normas de orden público y el interés social, expresa el significado de orden público con base en la interpretación de la causa final de la norma jurídica.

El autor en comento considera que toda norma jurídica tiene una causa final, esto es, una motivación y una teleología. La motivación se implica en todo el conjunto de factores o circunstancias, positivas o negativas, dadas en la realidad social, que determinan la creación de la norma; y la teleología se integra con los fines u objetivos específicos que se persiguen mediante la regulación normativa. En consecuencia, los factores determinantes de una norma jurídica y los fines específicos directos e inmediatos perseguidos por ella forman, de manera indisolublemente lógica, su causa final en la que radica la índole de orden público de la propia norma. Por tanto, si la expedición de una disposición normativa reconoce como causa próxima una necesidad que experimente el conglomerado humano, una situación perjudicial en que aquél se encuentre o pueda encontrarse o un problema que lo afecte o pueda afectarlo; y si dicha expedición intenta desarrollarse por modo directo e inmediato a colmar tal necesidad, a remediar o prevenir la mencionada situación o a resolver o a evitar el citado problema; procurando también como objetivo próximo beneficiar a la colectividad, se estará

⁶ QUINTIN, Alfonsín, *El Orden Público*, Peña y CIA, Montevideo, Uruguay, Universidad de la República, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1940, Pág. 176. Apud. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Ibid.*, p. 65.

en presencia de una norma de orden público. No basta con que una ley se auto titule de orden público para que incuestionablemente se le atribuya ese carácter; sino que es menester que los fines directos e inmediatos por ella perseguidos tiendan a satisfacer una urgencia colectiva, a procurar un bienestar social o a evitar un mal a la colectividad.⁷

Eugenio Osvaldo Cardini en su obra *Orden Público* refiere que en ocasiones se puede manifestar una sinonimia legal entre: orden público, moral y buenas costumbres.⁸ Para Joaquín Vélez, citado por Eugenio Osvaldo Cardini, en su libro *Orden Público* las buenas costumbres son:

*“...el cumplimiento de los deberes impuestos al hombre por las leyes divinas y humanas”.*⁹

El mismo autor Eugenio Osvaldo Cardini expresa que para la doctrina, en general, se entiende por buenas costumbres la moral media ambiente, en un lugar y en un momento dado. Se trata, dice por lo tanto de un concepto circunstancial. Por lo que en ocasiones se confunden moral o buenas costumbres con orden público. Y que de acuerdo con Cardini hay una diferencia entre los conceptos antes señalados, en el sentido de que en el orden público, strictu sensu se vincula estrechamente con lo legal, es un standard jurídico, ello por su incuestionable conexión con la misma finalidad del derecho, mientras que la moral y las buenas costumbres deben hallarse en toda norma jurídica.¹⁰

Con base en lo anterior Cardini hace notar lo siguiente:

“El orden público es el espíritu de la legislación, entendiéndose por tal la plenitud del ordenamiento jurídico, es lo que, latu sensu, configura el

⁷ Cfr. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Ibid.*, pp. 90-93.

⁸ CARDINI, Eugenio Osvaldo; *Orden Público*, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 1959, Pág. 12.

⁹ CARDINI; *Ibid.*, Pág.14.

¹⁰ *Ibidem*, pp.14-16.

*orden público como standard jurídico que actúa en su función rectora, como límite, freno, cartabón, pauta, cortapisa, línea directriz, válvula, cuando una norma colisiona, hace peligrar, infringe o lesiona contra el "espíritu" de ese ordenamiento positivo en un lugar y en un momento dado."*¹¹

Señala el maestro, que hallan en el interés de la sociedad la característica del orden público, o como los internacionalistas lo mencionan, lo hallan en aquellas leyes que atañen a la existencia y conservación de la sociedad. *Salus populi suprema lex esto* (la salud de los pueblos es su ley suprema).¹²

El estudioso Quintín Alfonsín, en su libro *El Orden Público*; expresa que el orden público comprende, tradiciones y prácticas de las profesiones jurídicas; asemejando el orden público, con la "cultura" jurídica de una comunidad determinada; e incluyendo sus tradiciones e ideales, incluso dogmas y mitos sobre su derecho y su historia institucional. Afirma que para algunos juristas el orden público designa la "idiosincrasia" jurídica de un derecho en particular; y que la doctrina reconoce esta idea de orden jurídico cuando indica que el orden público, como institución jurídica, se constituye de principios y axiomas de organización social que todos reconocen y admiten, aun cuando no se establezcan y aun cuando no se expresen, o no se expliciten. Concluye lo anterior; manifestando que el orden público, es una "forma de vida jurídica".¹³

Braudry Lacantineire refiere, por su parte, que el orden público constituye las "ideas fundamentales" sobre las cuales reposa la "constitución social". Estas ideas fundamentales se encuentran implicadas en la expresión de orden público; un

¹¹ *Ibidem*, Pág.26.

¹² Cfr. *Ibidem*, pp. 27-29.

¹³ Cfr. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo V, México, 1983, Pág. 316.

conjunto de ideas sociales, políticas, morales, económicas y religiosas cuya conservación, el derecho ha creído su deber mantener.¹⁴

Se podría, con base en lo anterior, decir que Baudry Lacantinerie caracteriza el orden público, como la organización considerada como imprescindible para el buen funcionamiento de la sociedad, la consagración de un cierto número de ideas sociales, políticas y morales, que el legislador considera fundamentales.¹⁵

Para Marcel Planiol, las leyes de orden público son las motivadas por el interés general de la sociedad, en oposición a las que tiene por finalidad prevalente defender el interés individual.¹⁶

Juan Carlos Smith, considera el orden público como un status social establecido y condicionado por la voluntad formal de una comunidad jurídica, en función de una tradición histórica, sus convicciones éticas arraigadas, sus costumbres y convencionalismos más generalizados, sus necesidades, exigencias más sentidas.¹⁷

Para José Luis Carro, citado por José Miguel Izu Beloso, refiere que la doctrina alemana define el orden público como:

“El conjunto de reglas no escritas, cuyo cumplimiento, según las concepciones sociales y éticas dominantes, se considera como condición previa indispensable para una convivencia próspera y ordenada dentro de la comunidad.”

¹⁴ Cfr. *Ibidem*, Pág. 317.

¹⁵ CALVO, Joaquín; *Orden Público y Factor Religioso en la Constitución Española de 1978*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona. 1983, Pág. 30.

¹⁶ SMITH, Juan Carlos; *El Orden Público como concepto y como status social*, en *Revista de Derecho Español y Americano*, No.10, Madrid 1965, Pág.168.

¹⁷ *Idem*.

De lo expresado en líneas anteriores el autor concluye que el orden público, más que una norma jurídica se trata de valores éticos y sociales que la mayoría de la población reconoce como vinculantes. Dichos valores pueden cambiar a través del tiempo y pueden ser distintos de un lugar a otro. Su límite se encuentra constituido por el ordenamiento jurídico positivo, cuyas normas no puedan violar esos valores, por lo tanto quedan situados fuera de la estructura jurídico normativa.¹⁸

Joaquín Calvo considera que el orden público es:

"Una noción en la que se sintetiza la unidad del Derecho con toda su fuerza dinámica hacia la consecución de un orden social justo; el orden público nos dice salvaguarda y hace valer las esencias fundamentales de las instituciones jurídicas, y, para esa función, opera en el ámbito de los principios jurídicos. Sin embargo, no es un principio más. Si los principios jurídicos dan unidad al ordenamiento jurídico, el orden público principio de principios- armoniza y jerarquiza esos principios".¹⁹

Al respecto, el mismo autor refiere que, el Derecho confía al juez la interpretación y aplicación de nociones como el orden público. El contenido del orden público sería "el espíritu del Derecho" positivo en un país y momento histórico determinados; en otras palabras, los principios jurídicos de cada ordenamiento. En palabras de Joaquín Calvo, el orden público es:

¹⁸ CARRO, José Luis, Apud., por IZU BELLOSO José Miguel, "Los Conceptos de Orden Público y Seguridad Ciudadana tras la constitución de 1978", Civitas Revista Española de Derecho Administrativo, No 58, Abril-junio 1988, Pág. 236.

¹⁹ Ibídem, Pág. 237.

"Noción portadora y sintetizadora de los principios jurídicos esenciales de una comunidad".²⁰

José Antonio Doral sostiene una tesis similar, expresa que el orden público, es:

"Lo que pudiéramos llamar el sentimiento de la sociedad en que el Derecho se inserta, sus conquistas y aspiraciones, algo así como su sensibilidad".²¹

Así mismo, en virtud de lo expresado en líneas anteriores, el catedrático José Antonio Doral, al respecto señala que el concepto en cuestión, no sólo se contiene en preceptos legales, sino que está más allá de las leyes y de la jurisprudencia. Para esta concepción, el orden público es el que hace posible la convivencia social y cuando el orden público penetra en la ley, marca una pauta de ulteriores metas.²²

Paul Bernard opina que, independientemente, del significado de orden público funciona en gran medida como el límite por medio del cual se restringe la facultad de los individuos sobre la realización de ciertos actos o se impide que ciertos actos jurídicos válidos tengan efectos dentro de un orden jurídico.²³

A mayor abundamiento señalamos lo que Jean Carbonier dice a este respecto; refiriendo que el orden público es un mecanismo a través del cual el Estado (el legislador o, en su caso el juez) impide que ciertos actos particulares afecten los intereses fundamentales de la sociedad. Se trata de impedir que ciertas reglas surtan efectos jurídicos cuando afectan o se "crea que afecten "instituciones", "valores", "tradiciones" y "sentimientos" jurídicos de una comunidad determinada. El autor referido considera que es un límite omnipresente para cualquier actividad

²⁰ Ídem.

²¹ CARRO, José Luis, Apud., por IZU BELLOSO José Miguel, *Ibid.*, Pág. 238.

²² Ídem.

²³ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. *Ibid.*, Pág. 317.

que se desarrolle en el campo del derecho; pero que a la vez es un límite indeterminado ya que corresponde a las instituciones aplicadoras del Derecho señalar qué actos afectan al interés público.²⁴

Como corolario de lo anterior destacamos lo que se señala en el Diccionario de Ciencias Sociales del Instituto de Estudios Políticos de Madrid, en donde se hace referencia a lo que Duranton dentro del texto *Cours de droit français suivant l'ordre du code*, hace resaltar respecto a la doctrina tradicional de orden público, que establecía una dualidad de intereses: los de la colectividad o comunidad que confundían con orden público, y los intereses particulares de los individuos que podían perjudicar o entrar en contradicción con los de la sociedad. De esta forma, se entendía por orden público el límite de la autonomía de la voluntad del individuo; es decir, el orden público habría de entender o desarrollar la función de evitar el daño que los intereses particulares pudieran ocasionar al interés público.

A la vez José Antonio Doral nos aporta un significado estricto de orden público más que un conjunto de normas que limitan la voluntad del individuo, es parte integrante del bien común, como colaborador de éste. El orden público coopera a la prosecución de este bien común; se trata de una colaboración dinámica con lo que constituye su principio operativo, el bien común, del que esencialmente el orden público es parte integrante.

De acuerdo con lo José Antonio Doral, desde un significado estricto se entiende por orden público:

*"...aquel conjunto de principios que se consideran parte esencial del bien común integrante de toda la sociedad o de un grupo social. En suma aquellos principios esenciales a la vida social en su conjunto."*²⁵

²⁴ *Ibidem*, Pág. 318.

²⁵ Instituto de Estudios Políticos. *Ibid.*, Pág. 378.

Por último citamos a Friedrich Karl Von Savigny, quien asimila las normas de orden público con aquellas que se basan en un motivo moral o de interés general, político, económico, de policía o de seguridad.²⁶

En síntesis Eugenio Osvaldo Cardini expresa el orden público desde un punto de vista lusnaturalista que consiste, en el arreglo, sistematización o composición de la vida social, con vistas a determinada finalidad, para satisfacer una necesidad colectiva, procurar un bienestar público o impedir un mal al conglomerado humano.²⁷

La dogmática jurídica se refiere al orden público como al conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad; y de principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos, pues no están bajo el imperio de la autonomía de la voluntad.²⁸ O bien como lo sintetiza el doctor Jorge Mario Magallón Ibarra:

“El orden público se caracteriza por un conjunto de normas jurídicas que combinadas con los principios supremos en materia política y económica, integran la moral social de un Estado.”²⁹

De lo expuesto en líneas anteriores concluyo que el “orden público” es un conjunto de ideas o valores sociales, políticos, económicos, morales, religiosos; es decir, son esencias fundamentales de una sociedad que, reunidas todas ellas, conforman un principio de orden jurídico, que se inserta en normas jurídicas de naturaleza especial. Por lo tanto la función del Orden Público es proteger y hacer valer esos valores o esencias fundamentales de la comunidad que convertidos en normas especiales, es deber del Estado velar por ellas, para que no sean vulneradas por intereses particulares y se mantenga un bienestar social.

²⁶ SAVIGNY, Friedrich Karl Von, *Sistema de Derecho Romano*, Tomo IV, Traducción Española de Mesías y Pouly, Pág. 141.

²⁷ CARDINI, Eugenio Osvaldo; *Ibid.*, Pág.14.

²⁸ *Idem.*

²⁹ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario; Tomo I, *Ibid.*, Pág.155.

Como corolario de lo anterior es necesario resaltar que la familia, es para la comunidad una necesidad inevitable, formadora de individuos, y de la cual se toman valores de diversa índole, por lo que el orden público se ocupa y atiende esas esencias fundamentales cuya fuente es la familia, y que ambos tanto familia como orden público se encuentran en conexión al tener la familia normas especiales.

1.2 Diversos Significados del Término Familia

1.2.1 Etimológico y gramatical

José Castán Tobeñas refiere que el vocablo *familia* procede de la voz “*famulia*”, por derivación de *famulus* que procede del osco *famel*, que significa siervo y posiblemente del sánscrito “*vama*”, hogar o habitación; por lo cual se entendió como tal el conjunto de personas y esclavos que habitaban con el dueño de la casa.³⁰

Gramaticalmente el significado de familia, es múltiple ya que va desde su significado más estricto hasta acepciones cada vez más amplias. El diccionario de la Real Academia Española da la siguiente noción:

“Familia (del latín familia) 1. Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas bajo la autoridad de una de ellas. 2. Número de criados de uno aunque no vivan dentro de su casa. 3. Conjunto de ascendientes, descendientes colaterales y afines con su linaje. 4. Hijo, madre, padre de familia.”³¹

El Diccionario Jurídico Mexicano, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, refiere un significado amplio del término familia:

“Es un grupo de personas entre quienes existe un parentesco de consanguinidad por lejano que fuere.”

Dentro del Diccionario referido, de igual forma se nos da un término restringido al respecto:

³⁰ CASTAN TOBEÑAS, José; *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo V, *Derecho de Familia*, V. I, Relaciones conyugales, 9 Edición, Editorial Reus, Madrid, 1976, Pág. 23.

³¹ *Diccionario de la lengua española*, Vigésima Edición, Tomo I. Madrid, 1984. Pág. 630.

"Grupo que comprende únicamente a los cónyuges y a los hijos de estos, que viven bajo un mismo techo."³²

G. Duncan Mitchell, en su *Diccionario de Sociología*, plantea al respecto que la familia es distinguida gramaticalmente como: nuclear o extensa. La primera de ellas es el grupo pequeño compuesto por marido, mujer e hijos no maduros y que constituye una unidad diferencial respecto al resto de la comunidad; la familia extensa es aquella formada por dos o más familias nucleares afiliadas por una extensión de la relación padres e hijos; es decir, reuniendo la familia nuclear del adulto casado o la de los padres.³³

Por otra parte, la familia en el derecho romano constituía el núcleo fundamental de la sociedad romana. Tradicionalmente se define como: "un grupo de personas unidas entre sí pura y simplemente por la autoridad que una de ellas ejerce sobre las demás para fines que trascienden del orden doméstico". La base de la familia descansaba en la unión no sólo del hombre y la mujer, sino en la potestad del jefe sobre todos aquellos que la componían. Hoy en día, la palabra familia tiene una connotación restringida, a la que se ha llegado después de una larga evolución y que comprende únicamente a los cónyuges y a los hijos de éstos, que viven bajo un mismo techo.³⁴

Hay que tener en cuenta que dentro de la evolución de la familia se advierte como parte integrante de un concepto de familia, nociones como parentesco, solidaridad y afectos, términos constantes en una definición.

Al ser una estructura fundamental, se ha establecido en torno a ella un complejo de relaciones entre los integrantes de la misma, es decir, está formada por la relación que existe entre los progenitores y sus hijos que componen la filiación y

³² Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; *Ibid.* Pág.197.

³³ Instituto de Estudios Políticos, *Ibid.*, Pág. 866.

³⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; *Ibid.*, Pág. 197.

que ha dado unidad y dirección al grupo familiar por medio de la patria potestad que le permite a los padres proteger y educar a sus hijos.³⁵

De lo expuesto en líneas anteriores concluyo que, principalmente, entendemos por familia al conjunto de personas unidas por vínculos de consanguinidad, aunque también lo es el grupo unido por vínculos legales como la adopción; destacando que en estos vínculos los sentimientos de afecto, unión y solidaridad son parte primordial del grupo familiar.

1.2.2 Significado Biológico

La maestra María Antonieta Magallón Gómez refiere que tratar el origen de la familia, es remontarnos a tiempos inmemoriales para estudiar las diversas corrientes doctrinales que intentan explicar su origen y evolución a partir de las diversas conductas y formas de socialización sexual, que ha practicado el ser humano en el transcurso de su existencia.

Así mismo, la maestra destaca que entre las corrientes que tratan de orientarnos respecto del origen de la familia se encuentra la doctrina teológica, la cual explica el origen de la existencia humana y de la familia a partir de la práctica de un dogma de fe, que le atribuye a un ser superior la formación de todo cuanto existe.³⁶

El maestro Hernán Gómez Piedrahita refiere que la corriente más influyente está contenida en el libro sagrado conocido como la Biblia, el cual se remonta a la creación de la primera pareja en el paraíso terrenal y a su descendencia. Dentro de las Sagradas Escrituras, se habla de la familia patriarcal y hasta ahora se cree

³⁵ Ibidem, Pág. 198.

³⁶ MAGALLÓN GÓMEZ, María Antonieta; "Consideraciones Jurídicas Sobre la Iniciativa de Ley de Sociedades de Convivencia de 26 de abril de 2001, que Presenta la H. Asamblea Legislativa del D.F., II Legislatura" en *Revista de Derecho Privado, Nueva Época*, Año 1, No 3, Septiembre-Diciembre de 2002, Pág. 144.

que es la corriente que más convence. Ante la ausencia de pruebas que la desvirtúen como la familia primigenia.³⁷

“Entonces Jehová Dios formó al hombre del polvo de la tierra, y sopló en su nariz aliento de vida, y fue el hombre un ser viviente.

Y dijo Dios: No es bueno que el hombre esté solo; le haré ayuda idónea para él. Entonces Jehová hizo caer sueño profundo sobre Adán y mientras éste dormía, tomó una de sus costillas que Jehová Dios tomó del hombre, hizo una mujer, y la trajo al hombre. Dijo entonces Adán: Esto es ahora hueso de mis huesos y carne de mi carne; está será llamada Varona, porque del varón fue tomada. Por tanto, dejará el hombre a su padre y madre, y se unirá a su mujer, y serán una sola carne.”³⁸

De lo expuesto en líneas anteriores, se destaca que la Biblia abre un panorama para explicarnos como es que nació una primera “familia”, y por lo tanto, ofrece el significado de la familia biológica para la religión.

Algunos autores encuentran el origen biológico de la familia, como el resultado de la tendencia natural del ser humano a vivir en agrupación, y de mantener una interrelación con otros seres humanos, para poder contrarrestar los peligros y satisfacer sus múltiples necesidades; de ahí que, el hombre siempre pretenda vivir en sociedad, porque esa es su tendencia natural.

La maestra Sara Montero Dualth por su parte, indica que los seres humanos son impulsados por dos instintos biológicos naturales fundamentales: la conservación y la reproducción. Los seres humanos como seres vivos bisexuados, cumplen con el instinto de reproducción y crean con ello a lo que conocemos como familia,

³⁷ GÓMEZ PIEDRAHITA, Hernán; *Derecho de Familia*, Editorial Themis, Santa Fe, Colombia, 1992, Pág.9.

³⁸ Cfr. ASIMOV, Isaac; *Guía de la Biblia, antiguo testamento*, Editorial Plaza & Janes, España, 1989, Pág. 19.

denominada como "la célula social". Porque solamente se puede surgir a la vida y permanecer en ella a través de la asociación de dos seres humanos hombre-mujer que procrean, padres e hijos, o cuando menos madre e hijo para que éste sobreviva. A esta primaria, natural y necesaria asociación humana, se le llama familia.

Sobre el concepto biológico de familia la autora en cita, precisa que no toda unión sexual constituye una familia, toda vez que para ser considerada una pareja como *familia*, se requiere que la unión sea más o menos prolongada y que exista una cohabitación.

Consecuentemente la maestra Montero Dualth expresa que:

"Son dos los factores de carácter biológico que crean la familia: la unión intersexual y la procreación.

*...biológicamente la familia es el grupo humano primario, natural e irreductible, que se forma por la unión de la pareja hombre-mujer."*³⁹

A su vez, Eduardo Zannoni nos da un concepto similar al antes señalado; refiriendo que la correlación entre los dos hechos biológicos básicos: unión intersexual y procreación de hijos, origina relaciones que vinculan a los miembros de la familia y que permiten describir la organización dinámica del grupo. Así, es esencial para una pareja el intercambio de la vida sexual, por lo que más tarde esta pareja se transformará en pareja parental; implicando el despliegue de los roles paterno-materno.⁴⁰

El estudioso Enrique Díaz de Guíjarro dice a este respecto que la unión sexual como fenómeno humano determina vínculos biológicos entre los componentes de

³⁹ MONTERO DUHALT, Sara; *Derecho de Familia*, Editorial, Porrúa, México, 1990, Pág. 2.

⁴⁰ Cfr. ZANNONI, A. Eduardo; *Derecho Civil, Tomo I, Derecho de Familia*, 2da Edición. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, 1989, Pág. 3.

la pareja y con respecto a sus hijos; originando un estado natural, independientemente de los preceptos jurídicos que regulan esa situación. Por lo que la ley natural representa el elemento primario de la familia.⁴¹

Así mismo, Enrique Díaz de Guijarro considera la necesidad biológica del hombre para reproducirse, y sólo en la familia por imperativo natural se realiza dicho fin. Nos dice que la primera nota característica de la familia es su existencia como organización biológica inherente a la constitución humana. Precisa el autor en cita, que nada significa la variedad de formas con que la familia se ha producido en la historia humana. Considera que la función biológica importante que cumple la familia es la crianza de los hijos y la defensa de los mismos; por lo que el satisfacer estos fines, implica la permanencia y la estabilidad en la composición del grupo primario.⁴²

Así mismo, considera que el fenómeno biológico, impulsa al jurídico y es el que lo nutre vitalmente. La realidad biológica es recogida normativamente y se transforma en una realidad jurídica familiar.⁴³

Eduardo Zannoni concluye que desde el punto de vista biológico la familia:

*"Puede ser considerada como un régimen de relaciones sociales que se determina mediante pautas institucionalizadas relativas a la unión intersexual, la procreación y el parentesco."*⁴⁴

Con lo expuesto anteriormente concluyo que la familia tiene como fuente biológica el instinto y la necesidad sexual del ser humano de reproducirse, para después conservar su especie. Es necesario resaltar que el seno familiar está compuesto

⁴¹ DÍAZ DE GUJARRO; Enrique, *Tratado de Derecho de Familia*, Tipográfica Editora, Buenos Aires Argentina, 1953, Pág.18.

⁴² *Ibidem*. pp. 225-226.

⁴³ *Ibidem*, Pág. 229.

⁴⁴ ZANNONI A, Eduardo; *Ibid.*, Pág. 3.

por un sinnúmero de peculiaridades, y que las mismas son protegidas por el orden jurídico de una comunidad.

1.2.3 Significado Sociológico

La maestra Sara Montero Dualht señala que, histórica y sociológicamente, se conoce con el nombre de familia a varias agrupaciones de extensión y características diversas, pero con la constante en todas ellas de que parten de datos biológicos primarios como la unión sexual y la procreación.⁴⁵

Por su parte la maestra María Antonieta Magallón Gómez refiere que la corriente doctrinal sociológica surge a partir de la observación de las leyes generales de la selección y de la evolución; por lo que dicha corriente explica el origen y evolución del hombre y la familia, a partir de estudiar la psique del hombre primitivo y las diversas formas de relación sexual y colectiva que practicaban.⁴⁶

Para explicar el significado de familia desde el punto de vista sociológico partiremos de la teoría materialista de la historia. El Doctor Jorge Mario Magallón Ibarra refiere al respecto que esta teoría se apoya en manifestar:

*"El factor decisivo de la historia es, en fin de cuentas, la producción y la reproducción de la vida inmediata..."*⁴⁷

Autores como el Doctor Jorge Mario Magallón Ibarra y Hemán Gómez Piedrahita estudian el desarrollo del ser humano y las etapas por las que éste ha pasado, con apoyo en las explicaciones de Federico Engels, quien basado en los estudios de Lewis H. Morgan y en un borrador escrito por Carl Marx, da una explicación de la

⁴⁵ MONTERO DUHALT, Sara; *Ibíd.*, Pág. 3.

⁴⁶ MAGALLÓN GÓMEZ, María Antonieta; *Ibíd.*, Pág.145.

⁴⁷ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario; *Instituciones de Derecho Civil, Tomo III. Derecho de Familia*, Editorial Porrúa, México, 1988, Pág. 3.

historia de la humanidad; refiere Hernán Gómez Piedrahita, que la familia se desarrolla paralelamente a los progresos de los medios de producción.⁴⁸

Los autores antes referidos comentan que para Lewis H. Morgan, la historia de la humanidad se divide en tres etapas: salvajismo, barbarie y civilización. A su vez cada una de estas etapas, se subdivide en estadio inferior, medio y superior, según los progresos obtenidos en la producción de los medios de existencia; que se explican de manera breve a continuación:

Salvajismo

En esta etapa, en su estado inferior, Lewis H. Morgan considera que el hombre vive en los árboles y en los bosques. Se conoce el lenguaje articulado. Los frutos y raíces son su alimento. En el estadio medio el hombre pesca y descubre el fuego, con esto, se convierte en independiente del clima y de los lugares siguiendo el curso de los ríos y las costas de los mares, extendiéndose por toda la tierra. En el estadio superior se caracteriza por la invención de sus primeras armas, mazas y lanzas, y finalmente la invención del arco, la cuerda y la flecha, gracias a los cuales la caza se constituye en una de las ocupaciones normales; caracterizando a ésta época la apropiación de los productos de la naturaleza para facilitar su sobrevivencia.⁴⁹

Barbarie

Federico Engels comenta que según Lewis H. Morgan, en el estadio inferior nace la alfarería, se da la domesticación de animales y el cultivo de plantas. En el estadio medio, en América se cultivaba el maíz, quizá se construían viviendas de madera y la agricultura proporcionaba otros alimentos. Empieza a hacerse sentir la diferencia de condiciones entre los dos continentes. Por lo que la población de cada hemisferio se fue desarrollando de diferente manera.⁵⁰

⁴⁸ Cfr. GÓMEZ PIEDRAHITA, Hernán; *Ibid.*, Pág.13.

⁴⁹ Cfr. ENGELS, Federico; *Origen de la Familia de la Propiedad Privada y el Estado*, Editorial Época S.A. México 1985. pp.26-27.

⁵⁰ *Ibidem*. Pág.28

En el estadio superior, comienza la fundición del mineral de hierro, se pasa a la civilización con el invento de la escritura alfabética. Afirma Federico Engels que según Lewis H. Morgan, en esta época el hombre sigue aprendiendo a elaborar los productos naturales, es el periodo de la industria propiamente dicha y del arte.⁵¹

El Doctor Jorge Mario Magallón Ibarra apunta en su libro *Instituciones de Derecho Civil, Tomo III*, que del estudio de las etapas antes descritas y del análisis de los pueblos, Lewis H. Morgan pudo explicar la constitución de la familia, basada en un sistema de parentesco y que según su análisis, la primera etapa de la familia es la consanguínea en la que prevalece una total promiscuidad.⁵²

La maestra Sara Montero Duhalt, refiere que el hombre basando en su condición humana de primate, es guiado más por sus instintos. Por lo que los grupos primitivos, satisfacían sus naturales instintos de supervivencia y procreación en forma espontánea.⁵³

Como consecuencia de lo anterior, Manuel Chávez Asencio señala que el parentesco sólo podía comprobarse por parte de la madre. Así pues las mujeres, únicos parientes ciertos de la nueva generación, disfrutaban de una posición social elevada que llegó a constituir un matriarcado o ginecocracia, con preponderancia absoluta de las mujeres.⁵⁴

Federico Engels comenta que se dio paso a la familia "punalúa", denominada así por Lewis H. Morgan, ya que un número de hermanas carnales o lejanas, eran mujeres comunes de sus maridos comunes, de los cuales se excluían, sus propios hermanos. A la vez, agrega que esos maridos comunes se llamaban entre sí "punalúa", que significa "compañero íntimo" o "consocio", y que el rasgo

⁵¹ *Ibidem*. Pág. 31.

⁵² MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, Tomo III, *Ibid.*, pp.4- 5.

⁵³ MONTERO DUHALT, Sara; *Ibid.*, Pág. 3.

⁵⁴ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel; *La familia en el Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1984, Pág. 172.

característico era la reciprocidad de maridos y mujeres en un determinado círculo familiar, de los cuales se excluían los hermanos carnales y más tarde también los hermanos más lejanos de las mujeres, así como también las hermanas de los hombres. Continua explicando, que de éste tipo de familias surge la “*gens*”, ya que se prohibió la unión entre parientes consanguíneos, y las anteriores uniones por grupos fueron haciéndose imposibles y ahí apareció la familia “*sindiásmica*”.⁵⁵

Con la Familia Sindiásmica bajo el régimen de matrimonio se infiere que es una etapa en la que el hombre vive con una sola mujer, por un tiempo más o menos largo; aunque manteniéndose para el hombre el derecho a la poligamia; al mismo tiempo que se le exige la más estricta fidelidad a las mujeres, y su adulterio se castigaba cruelmente, como hasta hoy se siguen manteniendo.⁵⁶

Lewis H. Morgan refiere que el hombre al transitar a una nueva forma de unión, como la monogamia adquiere un poder relevante por lo que se da inicio a la *familia patriarcal*. Por el poder monopolizado, el hombre, adquirió las riendas del hogar, la mujer se convirtió en servidora, casi esclava, en un instrumento de producción y servicio. Caracterizándose la familia patriarcal, como un grupo de personas sometidas al poder paterno. Con el matrimonio sindiasmico, es decir, de un sólo hombre con una sola mujer, frente a la verdadera madre, surgía ya el verdadero padre. Correspondía, por tanto, al hombre como único marido cierto procurar los alimentos necesarios para sus hijos y mujer.⁵⁷

La familia *monogámica*, uno de los signos característicos se funda en el poder del hombre para procrear hijos de una paternidad cierta, que se exige por la calidad de herederos de los hijos; nació de la concentración de la riqueza en las mismas manos, y el deseo de transmitir esas riquezas por la herencia de los hijos de este hombre; excluyendo a los de cualquier otro.⁵⁸

⁵⁵Cfr. ENGELS, Federico, *Ibid.*, pp. 45-48.

⁵⁶ *Ibidem*. Pág. 55.

⁵⁷ *Ibidem*. pp.68-69

⁵⁸ *Ibidem*. Pág. 73.

Refiere al respecto Chávez Asencio, que la familia monogámica está apoyada en el poder económico del hombre, radicado en el control masculino por la propiedad privada, y tiene el objeto formal de procrear hijos de una paternidad indudable, no tanto por motivos morales sino por asegurar la continuidad de la propiedad. Se restringe cada vez más la libertad de la mujer, a la vez que el hombre conserva y aumenta sus privilegios.⁵⁹

La familia contemporánea

Manuel Chávez Asencio opina que, hoy en día, encontramos que la industrialización rompió la unidad de producción que era la familia, e hizo que el hombre se empleara en fábricas y oficinas, y la mujer se sometió a quedarse en casa, atendiendo las necesidades del hogar y la educación de los hijos. Refiere el autor en cita, que al dividirse el mundo en productores y consumidores, se fortaleció la división del trabajo entre hombres y mujeres, y la familia se dividió.

De lo dicho en líneas anteriores Manuel Chávez Asencio, asegura que la industrialización no sólo hizo que se dividiera y especializará el trabajo, sino que la repercusión más importante se manifestó en el núcleo familiar; destruyéndose la unidad de producción, basada en el interés económico, y asegura que es necesario encontrar un interés superior para poder volver a la unidad familiar.

Como consecuencia de lo anterior el estudioso Manuel Chávez Asencio, señala sobre el particular, que durante las dos guerras mundiales del siglo pasado, la mujer tuvo que salir de su hogar y desempeñarse en fábricas y oficinas. Desatándose así movimientos de liberación femenina; se modificaron las leyes y entonces se presentaban las posibilidades de desarrollo para la mujer, pilar básico para la familia.⁶⁰

⁵⁹ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel; *Ibid.*, pp. 173-174.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 176-177.

Daniel Hugo D'Antonio al respecto opina, que actualmente se observa en las familias un reducido número de integrantes, falta de cohesión y estabilidad, una delegación de funciones y una deficiente comprensión de los roles que a sus integrantes les corresponde cumplir y, como consecuencia, la inapropiada trascendencia e importancia que se le otorga socialmente a la institución. El autor refiere, que lo anterior deriva en una crisis de sus elementos concurrentes, a lo que actualmente se le denomina la crisis de la familia; ello por la insuficiencia de políticas y valores que decididamente sostengan y resguarden al grupo primario que es la familia.⁶¹

Guillermo A. Borda destaca la pérdida de solidez de la familia y el deterioro que ha sufrido la autoridad paterna; señalando que sería injusto hacer recaer sobre el legislador la culpa de esta situación. Encuentra la causa real de la crisis de la familia en el cambio profundo de las costumbres y hábitos de la sociedad moderna y destaca la pérdida de la tolerancia para la convivencia entre los miembros que la integran.⁶²

De todo lo anterior concluyo que de todas las etapas por las que el ser humano ha atravesado, se encuentra una constante, que es el deseo de relacionarse para poder ser aceptado por los demás individuos, y a medida que experimenta diversas formas de unión, llega a determinar que la más conveniente para sus fines es la monogamia; formando con éste tipo de unión la familia, ya que a través de ésta puede determinar sus vínculos consanguíneos, y transmitir tanto aptitudes morales como bienes materiales; llegando a constituir la familia la unidad más importante para su desarrollo grupal a lo largo de la historia de la humanidad.

Aun cuando la familia ha sido la unidad de desarrollo del ser humano, su unidad como grupo se ha ido debilitando; de manera paulatina, no obstante el desarrollo

⁶¹ MÉNDEZ COSTA, María J. y D'ANTONIO, Daniel Hugo; *Derecho de Familia*, Tomo I, Editorial Rubinzal-Culzoni, Madrid, 1994, pp. 16-17.

⁶² BORDA, Guillermo A; *La Familia hoy, en Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1990. Pág. 11.

del ser humano en sus distintos ámbitos, y la protección amplia que se le otorga al grupo familiar, el individuo ha avanzado de manera individual dejando de lado valores que adquirió en su grupo primario.

1.2.4 Significado Jurídico

Daniel Hugo D'Antonio señala que obtener un significado jurídico de lo que es familia, es un poco complicado, por las distintas dimensiones que adquiere la misma; aunque afirma, que es indudable que no media otra respuesta en el Derecho Positivo para manifestar la esencia del grupo primario, que no sea de INSTITUCIÓN.

El mismo autor, refiere que la familia como institución evidencia matices propios y diferenciales, y los vínculos que se generan como el amor, afecto, solidaridad, valores éticos, morales y que unen a determinadas personas entre sí, para generar efectos jurídicos con los alcances que la ley establezca.⁶³

La maestra María Antonieta Magallón Gómez afirma que:

*"La familia es la organización primaria y nodal que funciona como cimiento de la estructura social y estatal. Por lo que las leyes le otorgan un tratamiento especial, y la califican de orden público e interés social."*⁶⁴

De las ideas anteriores Maurice Hauriou citado por la estudiosa María Antonieta Magallón Gómez refiere, que el orden público se encuentra agrupado con la idea de interés, orden moral o social, la cual está estructurada por un conjunto de acciones puestas en práctica por una sociedad, es decir, son los principios supremos y valores sociales sostenidos por la conciencia social, la cual constituye su ley suprema y es la característica que moldea la vida del ser humano,

⁶³ MÉNDEZ COSTA, María J. y D'ANTONIO, Daniel Hugo; *Ibid.*, Pág. 26.

⁶⁴ MAGALLÓN GÓMEZ, María Antonieta; *Ibid.*, Pág.147.

otorgándole una identidad. Por lo tanto, la conducta de los individuos debe responder a la jerarquía de valores que se deben expresar y conformar dentro del orden público e interés moral o social que las rigen.

Al respecto expresa Maurice Hauriou:

“El orden social de los pueblos civilizados es un individualismo ligado a la ley moral, porque es individualismo desfalleciente. La ley moral, apoyada en un conjunto de ideas religiosas y filosóficas, es un factor integrante del orden social, con los mismos títulos que la conciencia individual y que el instinto gregario. El orden social civilizado es un equilibrio de tres elementos. Si no fuese más que un equilibrio de dos elementos – la conciencia individual y el instinto gregario – podría vacilarse al determinar cuál de ellos predomina sobre el otro. Pero el tercer elemento – la ley moral – arroja su peso en la balanza, a favor de la civilización, en el platillo del individualismo. El orden social de los pueblos civilizados será, pues, individualista, con la reserva de freno moral reforzado con un freno jurídico.”⁶⁵

La autora en cita comenta que de lo expuesto anteriormente hay un elemento que se define a sí mismo como “ley moral o como institución”, en virtud de que Maurice Hauriou designa como institución a:

“... todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados.”⁶⁶

Maurice Hauriou, hace referencia en su libro *Principios de Derecho Público y Constitucional*, que la teoría de la institución se aplica tanto a una regla de derecho consuetudinario, como a una organización corporativa. Añade que el

⁶⁵ HAURIU, Maurice; *Principios de Derecho Público y Constitucional*. 2 Edición, Madrid Reus, 1927. Pág. 3. Apud. MAGALLÓN GÓMEZ, María Antonieta, *Ibíd.*, Pág. 147.

⁶⁶ *Ibíd.* Pág. 148.

carácter común de las instituciones reside en el hecho de que la duración no depende de la voluntad subjetiva de determinados individuos; apreciando que destruir una institución resulta imposible, dado que es un cuerpo espontáneo. Concretando que una institución lo es porque es aceptada voluntariamente por la mayor parte de los individuos que integran una sociedad, mediante el sometimiento y convencimiento propios: razón por la cual la ley moral o institución se manifiesta jurídicamente en un medio social.⁶⁷

Julien Bonnacase, por su parte, señala que la familia es un todo orgánico, cuyos datos fundamentales escapan a nuestro espíritu porque se trata de los mismos de la especie humana; en su base se encuentra la diferencia de los sexos que significa una diferencia de aptitudes, y una diferencia de funciones. El Derecho no crea a la familia; simplemente la organiza con el nombre de matrimonio basado en una estructura natural, revelada por la biología humana; expresando que la familia es:

*"Un organismo social de orden natural. Basada en la diferencia de sexos y en la diferenciación correlativa de las funciones, cuya misión consiste en asegurar no solamente la perpetuidad de la especie humana, sino también el único modo de existencia que conviene a sus aspiraciones y a sus caracteres específicos."*⁶⁸

La Maestra María Antonieta Magallón Gómez, afirma que la familia responde a la noción de institución de orden público e interés social, porque ésta conforma la célula básica de la sociedad y la moral social del Estado, la cual a la vez, participa en la legislación y en la jurisprudencia como bien jurídico de interés superior a tutelar. Por ende la eficacia normativa antes considerada no debe estar sometida al arbitrio de los particulares, ya que es a la vez una institución que genera

⁶⁷ *Ibidem*. Pág. 149.

⁶⁸ BONECASSE, Julien; *Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia*, José M. Cajica, Puebla, México, 1945, Pág. 206, Apud. CHÁVEZ ASENSIO, Manuel; *La Familia en el Derecho*, Editorial Porrúa, México 1984. Pág. 127.

derechos y deberes inalienables, irrenunciables, imprescriptibles, indisponibles y sancionables.⁶⁹

Al respecto concluyo que, jurídicamente, la familia es una institución espontánea, dotada de principios de diversa índole, que otorgan una identidad a un grupo de personas protegida por la estructura del Estado, al designarla célula básica de la sociedad y unidad de interés para la comunidad, y es de interés al ser necesaria su existencia en virtud de su valoración.

La familia tiene una estructura jurídica singular, por lo que sus normas cuentan con una destacada importancia dentro del orden jurídico de nuestro país, no obstante ello, aún no se ha reconocido la especialización de las normas del derecho familiar dentro del Derecho. Lo anterior es necesario ya que no sólo están en juego los intereses de la organización familiar, sino también los intereses de la sociedad al considerarse como normas como de Orden Público.

⁶⁹ MAGALLÓN GÓMEZ, María Antonieta; *Ibid.*, Pág. 149.

1.3 Importancia y Fines de la Familia como Institución natural de Orden Público.

Marcela Olivarreta ha valorado que la familia, desde siempre, ha constituido un campo clave para la comprensión del funcionamiento de la sociedad. A través de ella, la comunidad no sólo se provee de miembros, sino que se encarga de prepararlos para que cumplan su rol social.

Es pues la familia una fuente de transmisión de valores y de tradiciones de una generación a otra. Por lo que el derecho toca valores éticos, morales y jurídicos, los cuales no se pueden excluir unos de otros y busca su armonización.⁷⁰

1.3.1 La familia como institución natural de orden público

Alberto Pacheco considera que la familia es una institución natural en el sentido de que deriva de la naturaleza humana y, por tanto, ha estado presente desde que existe el hombre y seguirá; existiendo mientras haya individuos que participen de nuestra naturaleza.⁷¹

Gerardo Pastor Ramos valora a la familia como una institución natural, por su antigüedad y porque se estructura en torno a la resolución de necesidades básicas, institución social que se formó poco a poco mediante una práctica social continuada y uniforme; considera el autor que constituye una auténtica estructura de normas y valores, organizados de forma fija por la sociedad, que regula necesidades como: procreación, sexo, aceptación, intimidad, seguridad afectiva, educación, e incluso, producción y consumo básico de bienes económicos.⁷²

⁷⁰ OLIVARRETA, Marcela; *La Familia* (Estudio Antropológico), Madrid, 1976. Pág. 11, Apud. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel; *La Familia en el Derecho*, Editorial Porrúa, México 1984, Pág. 6.

⁷¹ PACHECO, E. Alberto; *La Familia en el Derecho Civil Mexicano*, Editorial Panorama México, 1985, Pág. 13.

⁷² Cfr. PASTOR RAMOS, Gerardo; *Sociología de la Familia: Enfoque institucional y grupal*, 2da Edición, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1997, Pág. 21.

Leclercq Jacques por su parte, considera que la unión del hombre y la mujer con la finalidad de formar una familia, es para la sociedad, la más valiosa forma de unión por las muchas virtudes y funciones que cumple la institución. Una de ellas es el fin inmediato que se persigue: la felicidad de la pareja (a lo largo de la vida de un ser humano) que se unió, y la procreación de otros seres humanos que consolidarán la institución.⁷³

El mismo Leclercq Jacques expresa, que es un derecho natural y fundamental del hombre el tener una familia. Hace notar que como todo derecho humano, está limitado por las exigencias del bien común o del orden natural; pero refiere, que dentro de estos límites este derecho es absoluto y ningún poder humano puede atentar contra él.⁷⁴

Considera el autor que es importante tener en mente, que las exigencias naturales a protegerla, son mucho más rigurosas que en otras materias, dado que el progreso de la humanidad va vinculado con la protección y el respeto que se mantenga en la sociedad a las leyes de orden familiar, por ser éstas de orden público, normas e instituciones que no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos, pues no están bajo el imperio de la autonomía de la voluntad.⁷⁵

La familia es la institución natural que surge a la colectividad no sólo de hecho, sino también de derecho. De hecho, porque resulta del curso espontáneo de la actividad humana; de derecho, porque la colectividad (sociedad) por exigencia del orden público, debe protegerla y conservarla; y de oponerse asimismo a que las leyes fundamentales de su naturaleza le sean lesionadas. La negligencia a los deberes familiares produce efectos, que no solamente afectan a los particulares,

⁷³ LECRERCO Jacques; *La Familia según el Derecho Natural*, Editorial Herder, Barcelona, 1964, Pág. 13.

⁷⁴ *Idem*.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 32- 33.

sino a toda la sociedad. Con lo anterior se afirma que es la sociedad quien está obligada a respetar la protección que el Estado a través de la ley le otorga.

La familia es una institución natural, o sea, no es una institución creada por el hombre o por el Estado, es anterior a todo orden jurídico y es una de las instituciones que da razón de ser al Derecho.⁷⁶ En ella podemos encontrar valores superiores, a los perseguidos por el Estado, pues ésta busca la felicidad de sus miembros, desde los niveles más profundos de la intimidad personal hasta la preparación de los mismos para la vida social.⁷⁷

El catedrático Ignacio Galindo Garfías, por su parte, expresa que el orden jurídico le otorga a la institución familiar un tratamiento especial y califica a sus normas de orden público e interés social. Por cuya razón el orden público evita que la institución sea afectada, dándole preponderancia a sus principios supremos y valores sociales, es decir, procurando un bienestar social.⁷⁸

Concluyo que la familia es una institución por ser una estructura espontánea que se formó en función a las necesidades básicas del ser humano como la procreación, el afecto, la educación, entre otras y sobre todo por ser fuente de valores básicos para el ser humano. Al ser para la sociedad un pilar fundamental, debe ser protegida por el Estado y, por tanto, por el derecho, otorgándole a sus normas un trato especializado.

1.3.2 Importancia social de la familia como institución natural de orden público

Pastor Ramos opina que la familia llega hasta nuestros días fuertemente influida por la cultura, la religión, la moral, el derecho, la costumbre entre otras;

⁷⁶ Ibidem, Pág. 19.

⁷⁷ Ibidem, Pág.20.

⁷⁸ GALINDO GARFIAS, Ignacio; *Derecho Civil*. Primer Curso, Parte General, Personas y Familia, Editorial Porrúa, México, 2004, Pág. 456.

importancia que deviene de la función social que está encomendada a realizar, como la educación y formación en su seno de sus integrantes, con un sentido de responsabilidad social. Por lo que el mandato dentro de la familia es velar por los miembros que la conforman, para lograr la consolidación del núcleo familiar. Manifiesta que es la familia quien provee a sus miembros de los bienes corporales y espirituales necesarios para una ordenada vida cotidiana. Es en la familia donde se inicia la educación de los hijos, considerada como una célula biológica, una célula moral y una célula cultural.⁷⁹

Ricardo Ruiz Serramalera, por su parte, comenta que el derecho moderno opta por la familia basada en el matrimonio, porque ella se manifiesta como el ambiente mejor, por la confluencia de obligaciones y de los fines institucionales de las distintas relaciones familiares para la crianza y educación de los hijos. La importancia de la familia como una comunidad de vida, los vínculos de sangre que forzosamente se originan entre los miembros que la integran, la dependencia del grupo respecto de los individuos, y los lazos de unión de tipo afectivo, patrimoniales y de otros tipos que surgen y que ha recogido la institución social dentro de su seno, han sido factores que no podían pasar desapercibidos por el Derecho Positivo para otorgarle un significado jurídico.⁸⁰

Eduardo Ramírez Patiño a su vez, indica que la importancia social de la familia, como institución de orden público, es en razón de la normatividad aplicable a la familia, que interesa al Estado velar por su cumplimiento, porque precisamente se trata de proteger a la familia y a sus integrantes. El orden público también se confirma con la protección de valores dentro de la familia y castigar toda conducta que lesione o que vaya en contra de sus principios.⁸¹

⁷⁹ PASTOR RAMOS, Gerardo; *Ibíd.*, Pág. 21.

⁸⁰ Cfr. RUIZ SERRAMALERA, Ricardo; *Derecho Civil. Derecho de Familia*, Editorial Realigraf, Madrid, 1988, pp.7-8.

⁸¹ RAMÍREZ PATIÑO, Eduardo; "Principios de Derecho Familiar" en Revista *Ius*, Facultad de Derecho de la U. A. de Sinaloa, No 6, Nueva Época, 2003, pp. 154-155.

Manuel Peña Bernaldo de Quiroz, por su parte reconoce que la importancia de la familia, radica en cuanto no es una creación del ordenamiento sino una institución natural que la ley positiva ha de conocer y regular con respecto a sus estructuras fundamentales. Como núcleo social primario constituye la célula social a través de la cual cada persona desarrolla su personalidad y se integra en la sociedad.

El autor antes señalado concluye que para la sociedad y para el Derecho, la familia tiene un significado institucional porque la familia, por naturaleza, es una de las formas básicas y típicas de la organización jurídica total.⁸²

El jurista Ignacio Galindo Garfías, expresa:

“La necesidad de la institución familiar es evidente, es el elemento natural y fundamental de la sociedad de la estabilidad y bienestar, de la institución familiar depende la salud, estabilidad y bienestar de la sociedad misma. La familia constituye un campo clave para la comprensión del funcionamiento de la sociedad, a través de ella la comunidad no sólo se provee de miembros en tanto organismos biológicos, sino que, además, se encarga de prepararlos para que cumplan adecuadamente dentro de ella los papeles sociales que les corresponden posteriormente. Es decir, cumplen funciones educativas de importancia básica, es el canal primario para la transmisión de valores y tradiciones de la sociedad de una generación a otra.”⁸³

De lo expresado por el jurista Ignacio Galindo Garfías, es fácil entender que la familia es la base de una estructura como la sociedad, tan importante es la familia, que en ella se forman y preparan individuos con las más altas aptitudes de un ser humano.

⁸² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel; *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Madrid, 1989, Pág.12.

⁸³ GALINDO GARFIAS, Ignacio; *Ibíd.*,Pág. 458.

De todo lo anteriormente expuesto, concluyo que la importancia social de la familia como institución natural de orden público, radica en que es una institución formadora de personas, es decir, en su seno se forman individuos portadores de valores dispuestos a seguir con su legado familiar y llevar un bienestar social a su comunidad.

De lo expuesto en este primer capítulo, concluyo que es la familia una institución primigenia para el hombre, en la que se reúnen un sinnúmero de virtudes, principios, valores y esencias forjadoras de individuos. Al tener la familia un carácter singular es, para la comunidad y para el Estado, un punto de interés general, por lo que sus normas cuentan con una supremacía especial dentro del orden jurídico al otorgarse a ellas el carácter de orden público; trascendiendo de los intereses particulares y procurándose por el Estado un bienestar social.

Sin duda alguna la familia una institución mundial, que provee a sus miembros de los instrumentos más valiosos, que no se adquieren en ninguna otra parte, y que sin duda llega a dar una identidad a una comunidad determinada y que su existencia es indispensable para la el bienestar y solidez del Estado mismo.

CAPÍTULO II

CRITERIOS FUNDAMENTALES EN TORNO A LA AUTONOMÍA DEL DERECHO FAMILIAR EN NUESTRO PAÍS DERIVADOS DE LA FUNCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO

En el presente capítulo se tratará de manera breve algunos de los criterios más importantes con relación a la Autonomía del Derecho Familiar, criterios que, no obstante, ser tan debatidos desde hace tiempo por los juristas, hasta el día de hoy no se ha podido concretar las especiales características que reviste el Derecho Familiar en nuestro país.

2.1 Criterios fundamentales en torno a la autonomía del Derecho Familiar en nuestro país

2.1.1 Antonio Cicu

El Doctor Jorge Mario Magallón Ibarra en su libro *Instituciones de Derecho Civil Tomo III*, reconoce la posición en que se ha colocado el Derecho de Familia, a partir de la doctrina del maestro de Bolonia Antonio Cicu, quien aportó una fecunda concepción que ha conmovido los vértices tradicionales de la división clásica del Derecho y que ha tenido una gran repercusión mundial.⁸⁴

El maestro Cicu, fue el primer jurista que sostuvo una tesis sobre los principios fundamentales que gobiernan al Derecho Familiar y que se aplican a la Filiación, dicha tesis fue expuesta por el mismo Antonio Cicu en un discurso inaugural que leyó en la Real Universidad de Macerata el 23 de noviembre de 1913, al cual tituló *El espíritu del Derecho Familiar*. Desde ese momento, refiere el autor en cita, fue que los autores se expresaron en contra de la separación del Derecho Familiar del

⁸⁴ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario; Tomo III, *Ibid.*, Pág. 17.

Derecho Privado; así como también el propósito de querer incluir el Derecho de Familia en el Derecho Público; lo que en realidad buscaba Antonio Cicu era demostrar la semejanza estructural de la relación jurídica entre ambas esferas y la aproximación de uno y otro, por lo que expresa lo siguiente:

“Lo que verdaderamente importa a los fines científicos es examinar si los principios jurídicos del Derecho Privado y el espíritu que anima éste y que debe presidir la interpretación de las normas y la resolución de los casos no previstos en la ley, son o no los mismos que inspiran al Derecho Familiar.”⁸⁵

Por lo que de las ideas antes expresadas por Antonio Cicu citado por el Doctor Jorge Mario Magallón Ibarra, pretende principalmente realizar una distinción estructural entre el Derecho Público y el Derecho Privado, basándose en la relación jurídica que ofrece cada estructura según sea o no, relación orgánica, y si de ello se encuentra que existe una contraposición estructural entre Derecho Público y el Derecho Privado, refiere que por lo tanto, habrá entre éste y el de Familia una mayor oposición, ya que entre estos últimos la diferencia estructural se manifiesta de modo más acentuado. Asimismo expresa que el Derecho de Familia se conservara en el campo del Derecho Privado, mientras no se reconozca como base de todo el Derecho Público el concepto de “interés superior”, interés que debe satisfacerse en el Derecho Familiar.⁸⁶

Cabe mencionar que Antonio Cicu, refiere que el concepto de “interés superior” también tiene que ver en el campo del Derecho Privado y en el modo de concebir éste, pero no podrá cambiar en tanto se reconozcan como principios del mismo la libertad y la iniciativa privada, valores en los que se mezcla el interés evidente del Estado.

⁸⁵ El Derecho de Familia. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediar, Buenos Aires 1947, pp. 30-31 Apud. MAGALLON IBARRA, Jorge Mario; *Instituciones de Derecho Civil, Tomo III. Derecho de Familia*, Editorial Porrúa, México, 1988, Pág.19

⁸⁶ Cfr. Ídem.

Refiere el Doctor Jorge Mario Magallón Ibarra, que de lo expuesto anteriormente y para tener una visión clara del Derecho Familiar dentro del sistema del Derecho, Cicu consideró necesario realizar un estudio sobre la distinción fundamental del Derecho Público y el Privado, con el fin de aclarar la verdadera afinidad entre el Derecho Público y Derecho Familiar como él lo consideraba.⁸⁷

Enrique Díaz de Guijarro, en su libro *Tratado de Derecho Familiar*, cita a Antonio Cicu, quien encuentra la distinción entre los dos campos jurídicos tradicionales del Derecho; examinando el concepto de Estado y la posición que en su seno ocupa el individuo. Presenta al Estado como un organismo, cuyos elementos constitutivos son las personas consideradas como entidades espirituales que se encuentran orgánicamente unidas entre sí, por cuanto los fines del Estado superan los fines del individuo como tal. Los conflictos entre el Estado y los individuos se resuelven dentro del Estado mismo.

El maestro indica que el individuo no está en contra del Estado ni fuera de él, sino en dependencia del mismo. La distinción entre Derecho Público y Derecho Privado se haya en la diversa posición que ocupa el individuo dentro del Estado, que es de dependencia en el primero y de ordenamiento y libertad en el segundo, la reglamentación jurídica de tal libertad es el Derecho Privado. En la relación jurídica pública y en la reglamentación jurídica privada hay, como carácter general, interés y voluntad; en la privada, interés individual con libertad de juicio y de acción. Ejerciéndose la tutela jurídica por medio de la tutela de las voluntades. En la pública, no admitiéndose que el interés del individuo constituya una antinomia con el del Estado; y como el interés del último es superior al individual, la voluntad se subordina a aquel interés, produciéndose coordinación de las voluntades con un fin único al cual se supeditan.

⁸⁷ Ibidem, Pág. 21.

Al ubicar las relaciones de familia dentro de estas categorías de relaciones jurídicas, Cicu observa que no se tutelan los intereses individuales como autónomos ni una libertad de querer referente a aquellos; se subordinan las voluntades a un interés único y superior a los intereses individuales. El examen de la relación conyugal lo comprueba: se forma sobre la base del conocimiento, pero la ley no da a los esposos la libertad de constituir, ni de regular, ni de disolver su relación. Luego, no se toman en cuenta los fines particulares tenidos en vista al contraer matrimonio, sino que la ley es la que señala los fines y somete a ellos la voluntad de los cónyuges. Semejante supeditación es más notoria en la filiación, donde se tutela el interés de los hijos en su carácter de incapaces. Por esto, Cicu sostiene que en el derecho de Familia, la relación jurídica presenta caracteres iguales a los que ofrece la relación de Derecho Público: interés superior y unitario, y voluntad tendiente a su satisfacción.

Como consecuencia afirma que la familia es un organismo idéntico al Estado y que las relaciones de derecho familiar chocan con los elementales criterios de sistematización científica, cuando se les incluye en el Derecho Privado. Hay diferente tutela jurídica: en el Derecho Privado se trata de conflictos de intereses basados en la voluntad y en la responsabilidad de los particulares afectados; en el Derecho de Familia hay "unidad y no antítesis de intereses" y se protege el interés superior frente a los intereses individuales, de modo que "la voluntad sirve para la repercusión del interés que se establece, por consiguiente, frente a los individuos como superior".

Sin embargo, Cicu expresa que el Derecho de Familia no debe ser incorporado al Derecho Público, el Derecho de Familia no es Derecho Público. La familia no es ente público, no por que esté sujeta, como los entes públicos, a la vigilancia y a la tutela del Estado, sino porque los intereses que debe cuidar no son, como los entes públicos, intereses de la generalidad, por lo cual no está garantizado como éstos. Por lo tanto al Derecho de Familia se le podría asignar un lugar independiente en la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado; es decir,

que la bipartición podía ser sustituida por una tripartición que respondiera a los caracteres particulares que socialmente asume el agregado familiar frente al agregado político.

A lo largo de su exposición se destaca que ha intuido la aproximación del Derecho de Familia al Derecho Público y que algunos autores han enunciado rápidas afirmaciones sobre que la familia debe ser concebida como institución de Derecho Público, o sobre que ciertas instituciones familiares como la patria potestad asume naturaleza obligatoria de derecho público frente a la comunidad.

Advierte, que la inclusión del Derecho de Familia en el Derecho Privado se encuentra atenuada por la afirmación de que está constituido predominantemente por normas de Derecho de Familia sobre la base de orden público, tal como lo ha elaborado el Derecho Privado. Puesto que éste tiene su razón de ser en un interés general y superior que viene a limitar la libertad individual, así para decir si cada norma del derecho familiar es o no de orden público podría ser necesario indagar caso por caso si concurre un interés general. Para el maestro de Bolonia el interés general sino superior existe siempre; el mismo excluye y no limita, la libertad individual de establecer y perseguir fines individuales.

Esto significa que el individuo carece de libertad en la formación de los negocios jurídicos del Derecho Familiar, hasta el punto de que el matrimonio es acto del poder estatal; tesis que llega a su máxima expresión en el reconocimiento del hijo natural y en el desconocimiento de la paternidad legítima, que tampoco son negocios privados, sino actos del poder familiar. Todos los negocios del Derecho de Familia consisten en actos del poder estatal o en actos de los poderes familiares, sin que la voluntad privada sea eficaz para constituir, modificar o disolver los vínculos jurídicos familiares.

El interés individual está remplazado por un interés superior, el de la familia, pues la regulación normativa responde a las necesidades del núcleo y no a las del

individuo; por ese medio se protege el más alto interés del Estado, del que depende de la solidez del grupo familiar. El fin de la familia no está constituido por los fines queridos por las personas, sino por el fin superior de la sociedad, lo cual implica la prevalente intervención del Estado para establecer la regulación jurídica de la familia, y para prefijar inflexivamente sus consecuencias.

Éste autor llega a afirmar que, la voluntad y su declaración deben justipreciarse con criterios diferentes de los que utiliza el Derecho Privado, de modo que no habrá que valorarlas en sí mismas, sino en cuanto vician el acto estatal, porque el principio de responsabilidad característico del Derecho Privado es inaplicable al Derecho de Familia, ya que, siendo inoperante el propósito práctico individual, la voluntad real encuentra su límite en las exigencias del interés superior familiar y estatal en determinadas situaciones, como en la separación de los cónyuges, en la reconciliación, en la adopción.

Lo anterior se comprueba, según el maestro italiano, con la responsabilidad individual para restringir o condicionar los efectos jurídicos de los negocios jurídicos familiares; como también con la implicabilidad del principio de representación y la intrasmisibilidad, irrenunciabilidad e imprescriptibilidad de los efectos familiares. Predomina la intervención del poder público en la formación de la relación jurídica familiar, en virtud de que la voluntad privada es importante, por sí sola, para crearla, desde que sólo representa, en ciertas situaciones, un presupuesto de hecho que reviste significación en cuanto actúa como iniciativa o como determinante de la intervención del poder público. En síntesis, la relación jurídica familiar se constituye por la voluntad estatal.⁸⁸

De lo expuesto anteriormente, concluyo que el Derecho Familiar forma parte del sistema de Derecho, es decir, no importando si se ha dividido al Derecho en: Público y Privado. Desde el momento en que tenemos presente que el objeto de

⁸⁸ CICU, Antonio; *El Derecho de Familia*, Traducción de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1947, Pág. 32, Apud. DÍAZ DE GUJARRO, *Tratado de Derecho de Familia*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1953. pp. 371-375.

estudio del Derecho Familiar es *la familia*, podemos comprender que el contenido de sus normas es de notable trascendencia para la comunidad; adquiriendo una jerarquía notable dentro del sistema jurídico, por lo cual, deben ser precisados y destacados, los principios jurídicos que rige la materia familiar.

Sin embargo, es de hacer notar que los principios jurídicos que estructuran tanto al Derecho Público y Privado son distintos a los del Derecho Familiar, y no puede formar parte del Derecho Público dado, que la familia no es un organismo del Estado, y no tiene que ver con la actividad que realiza éste, no obstante, que hay actividades en las que el Estado a través de determinados órganos interviene en protección del núcleo familiar, aún cuando el Derecho Familiar y el Derecho Público encuentren dentro de sus normas puntos convergentes que hagan pensar que forman parte de éste, la realidad es, que la esencia e intereses del Derecho Familiar son más elevados dadas sus normas especiales.

No puede ser parte del Privado en cuanto éste tiene como principio dominante la libre voluntad de cada individuo para que forme sus propios intereses, para beneficio individual, es decir, no corresponde con las normas especiales del Derecho Familiar, sino que éste cuenta con un "interés superior" –así denominado por Cicu–, que escapa a los principios tanto del Derecho Público como del Privado, pero no separándose de lo que es el Derecho, mundo en donde se encuentra y de donde surge con características peculiares que lo hacen ESPECIAL para poder ser autónomo.

2.1.2 Criterio de Roberto De Ruggiero

Roberto De Ruggiero comienza por referirnos que dentro de la división del Derecho Privado, el Derecho Familiar es el que ofrece un carácter singular, tanto que parece que destacar dentro de las ramas del propio Derecho Privado, su historia, el fundamento de sus instituciones, el carácter ético de sus normas, sus relaciones con el Derecho Público y la estructura interna de sus relaciones.

Como organismo social la familia, esta fundada en las necesidades naturales del ser humano; resalta el jurista, que en ninguna otra rama del derecho tiene tanto dominio la religión, la costumbre, la moral y la ética de donde proceden sus preceptos más esenciales, que la ley presupone, transformándolos en preceptos jurídicos; por lo que la familia no se halla regulada exclusivamente por el Derecho.

Establece que si el Estado interviene en el Derecho Familiar, es para fortalecer vínculos y para garantizar la seguridad de las relaciones, así como, para dirigirle rectamente a la consecución de sus finalidades, sin que la ley constituya la única forma reguladora.

Lo que ofrece el Derecho Familiar, según Roberto De Ruggiero, es la primacía de las relaciones personales, es decir, el Derecho Familiar es disciplina de estados y condiciones personales; los derechos y deberes del individuo son determinados por el estado que al individuo se asigna en el grupo familiar, fuera de este y frente a la comunidad.⁸⁹

Roberto De Ruggiero retoma el criterio de Antonio Cicu, y sostiene que el Derecho familiar no forma parte ni del Derecho Público ni del Privado. Si no que es una rama autónoma, es decir, un tercer grupo. Él autor en cita fundamenta su tesis en el *interés*. Refiere que mientras en las demás ramas del derecho Privado, el ordenamiento atiende al interés del particular y al fin individual de la persona, por lo que el derecho subjetivo se atribuye en ellas y reconoce su función en la necesidad del particular que debe ser satisfecha, de modo que ha toda obligación se supone un derecho del titular, y mientras para ejercer tales derechos se conceden acciones cuyo ejercicio se supedita a la libre voluntad del individuo, en las relaciones familiares por el contrario, el interés individual es sustituido por un interés superior que es, el de la familia, porque a las necesidades de ésta y no a

⁸⁹ DE RUGGIERO, Roberto; *Instituciones del Derecho Civil*, trad. de la 4ta edición Italiana, anotada y concordada con la legislación española por Ramón Serrano Suñer y José Santacruz, Tomo II, volumen 2do., Editorial Reus, Madrid, 1929, pp 5-7.

las del individuo ayuda la tutela jurídica. A través del interés familiar exige y recibe protección un interés más alto que es el del Estado, cuya fuerza de desenvolvimiento y vitalidad depende de la solidez del núcleo familiar. Es importante que la familia, institución sobre la que reposa el superior organismo estatal, se halle regulado de conformidad con el fin universal común que persigue éste. Puesto que el fin de la familia no puede ser éste o aquel del individuo, ni un fin querido libremente por el particular, sino el fin superior de la comunidad social que ha de conseguirse necesariamente, no puede abandonarse a la libre voluntad del particular, que podría actuar en forma contraria a la utilidad general, sino que debe confiarse al Estado, el cual lo conseguirá a toda costa. De esto derivan consecuencias notables que influyen de modo decisivo en la naturaleza y en la estructura interna de las normas familiares.

Roberto De Ruggiero dice, que la voluntad de los particulares no significa nada para el Derecho Familiar, el fin perseguido es el de la comunidad social y sólo se puede alcanzar a través del Estado, con una adecuada legislación protectora y reguladora de la familia, en sus relaciones internas y externas.

Señala que las normas del Derecho Familiar, son todas imperativas e inderogables: la ley exclusivamente, es la que regula la relación en todos sus detalles, el contenido y extensión de las potestades, la indisolubilidad de la relación paternal, los efectos y el alcance patrimonial de un estado, sin que la voluntad del particular le sea dado aportar modificación alguna. La potestad surge aunque el particular no quiera, el vínculo liga incluso contra la voluntad del obligado, y cesa aunque haya deseo de hacerlo subsistir, así, en el matrimonio, en la filiación legítima, en la tutela, y lo mismo en las relaciones personales y en las matrimoniales. Y si bien se deja un mínimo de decisión al particular, sucede únicamente, cuando no se opone a las normas de orden público del propio Derecho Familiar.

De todo lo anteriormente dicho, el autor infiere que hay principios jurídicos de Derecho Privado que no pueden ser aplicados al Derecho Familiar, por lo que considera, que no es aplicable el principio de la representación, por cuya virtud, en las demás ramas del Derecho Privado, el interesado puede remitir a la voluntad ajena la determinación y declaración de él mismo, para producir efectos jurídicos. Otro principio no aplicable al Derecho Familiar, así considerado por Roberto De Ruggiero, es el reglamentado para imponer modalidades a los negocios jurídicos familiares, es decir, no pueden sujetarse a término o condición, sea suspensivo o resolutorio. Al respecto él maestro afirma:

“...no puede contraerse matrimonio bajo condición suspensiva o resolutoria o sujetándolo a termino inicial o final; tampoco puede ser reconocido de este modo el hijo natural, ni efectuar en tal forma la adopción, la emancipación, pugna con la esencial naturaleza de estos actos, su sujeción a condiciones o términos; se trata de actos generadores de estados personales, y estos exigen certeza y duración y a estas exigencias se oponen las modalidades de condición y termino. Además, son actos en que interviene el poder público y éste no tolera limitaciones que provengan de los particulares.”⁹⁰

Uno más de los principios no aplicable al Derecho Familiar es la irrenunciabilidad y no enajenación de los derechos subjetivos familiares, por lo que manifiesta el autor que no son transmisibles:

“La potestad paterna, la marital, la tutela; no admisible la trasmisión a otros del ejercicio de algunos de sus atributos; no son trasmisibles los estados personales ni los derechos patrimoniales conexos a dichos estados; el derecho y el deber a administrar la dote o los bienes pupilares en el marido o tutor, el usufructo legal del padre, el derecho alimentario, no se trasfiere de una persona a otra; aunque a veces

⁹⁰ DE RUGGIERRO, Roberto; *Ibíd.*, Pág. 11.

*parezca operarse esa transmisión, no se opera en realidad; así por ejemplo cuando el padre muere y ejerce la madre la patria potestad en la obligación alimentaria, que cesa o se extingue si el pariente más próximo muere o es pobre; surgiendo en cambio en el pariente más remoto.*⁹¹

Lo mismo asevera respecto a la renuncia; y refiere que no son renunciables los poderes familiares, ni tampoco las atribuciones inherentes a éstos; ya que los poderes son creados por la ley, y subsisten independientemente de la voluntad de quien los ejerza; ya que es deber y obligación de quien los ejerce proteger el fin superior, es decir, el padre, la madre, el marido, la esposa, el tutor no puede despojarse de los poderes que les corresponden, porque le son atribuidos para un interés que trasciende del suyo particular. Y si por excepción se autoriza la renuncia de los poderes, es únicamente en casos específicos, y como medida de protección al interés familiar; buscando mantener firme aquel vínculo; aquella relación, que de otro modo, se hubiera disuelto. Con más extensión se permite la renuncia de los derechos de contenido patrimonial; ello es comprensible y no ataca el principio sustentado.

El último de los principios consiste en la intervención del Estado en las relaciones de Derecho Familiar, pues en el Derecho privado las partes deciden a su libre decisión como será su conducta. Ruggiero expresa:

"En algunos casos la voluntad de particulares es un mero supuesto de hecho en cuanto vale como iniciativa o como incitación a la autoridad, de modo que el acto es creado, la relación se constituye por voluntad de ésta última.

Esta autoridad es la judicial en la adopción o en la separación conyugal, el poder real en la legitimación de los hijos por el decreto o un órgano administrativo especial, como el funcionario del estado civil para

⁹¹ *Ibidem.* Pág. 11

*intervenir en el matrimonio. Esto demuestra que la voluntad privada es por sí sola importante para crear la relación, y ello constituye la prueba más palmaria de que la relación familiar es distinta de las demás relaciones.*⁹²

Finalmente refiere, que el Derecho Familiar trata de crear derechos o imponer deberes, ya que la violación del deber, el abuso y hasta el mal uso de las facultades correlativas determinan la privación de ellas, así que los poderes se pierden si se ejercitan mal y, en cambio, no se extinguen por prescripción ni renuncia voluntaria. Es siempre la obligación o el deber el que predomina en toda relación, precisamente porque se trata de un interés superior, cuya protección responden muchas instituciones familiares.

Los principios jurídicos anteriormente expuestos llevan a Roberto De Ruggiero, a la conclusión de que el Derecho Familiar se destaca de las demás partes del Derecho Privado y se aproxima al Público. Nos refiere que no es un verdadero Derecho Público, pero si que se separa del Derecho Privado y constituye una rama autónoma.⁹³

De lo expuesto en éste apartado concluyo que la familia no sólo es una institución, sino también un organismo, dada su función necesaria para la vida del hombre y de su comunidad, además, de ser social por su evidente desarrollo bajo las leyes comunes del hombre; con lo que se vuelve a confirmar que el fin de la familia es el de la comunidad, ya que para ésta es indispensable el mantener las relaciones que surgen de la familia, y que todas estas relaciones o estados de familia sean tutelados por el Estado, que al fin y al cabo es una protección a él mismo.

⁹² RUGGIERO, Roberto; *Instituciones de Derecho Civil*, Traducción de la 4ta edición Italiana, Tomo II, Vol. Segundo. Instituto Editorial Reus, Madrid 1929, pp. 9-10 Apud. Cfr. GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián; *Derecho de Familia*, Editorial UNACH, México, 1972, pp. 158-161.

⁹³ Cfr. *Ibidem*. pp. 162-163.

Por otra parte es de hacer resaltar que el Derecho Familiar no se sujeta, por completo, a los principios del Derecho Privado, por tener la familia un interés superior que se protege con normas especiales de orden público y por lo que son tuteladas así por el orden jurídico.

2.1.3 Julien Bonecasse

El jurista Julien Bonecasse al tratar la autonomía del Derecho Familiar es indispensable, habla sobre el Derecho Civil y su función en el Derecho en general, y el lugar que ocupa en las diversas ramas del Derecho para, finalmente, comprender tanto la importancia que para él tiene el Derecho Civil, como el lugar que ocupa el Derecho Familiar.

Para el autor en cita el Derecho Civil es la rama del Derecho que se ocupa de dos reglas; la primera de ellas es la relativa a la estructura orgánica y al poder de acción de las personas privadas, tanto individuales como colectivas, físicas o morales o a la organización social de la familia; y la segunda está constituida por las reglas bajo cuyo imperio se desarrollan las relaciones de Derecho, derivadas de la vida de la familia, de la apropiación de los bienes y del aprovechamiento de los servicios.

Por lo que de la definición anterior Julien Bonecasse distingue las diversas ramas constitutivas del dominio de aplicación del Derecho Civil como son: Derecho de la Personalidad, Derecho de Familia, y Derecho Patrimonial.

Así, el Derecho de la Personalidad que considera a la persona en sí misma, en cierta forma la organiza socialmente. Expresa el autor que su objeto es establecer en que condiciones el ser humano o sus agrupaciones son sujetos de Derecho, y la medida en que lo son. De esta manera también asigna una división para el Derecho de la personalidad: Existencia e individuación de las personas físicas;

Capacidad de las personas físicas y sus variaciones; Existencia individuación y capacidad de las personas morales o jurídicas.

Define al Derecho de familia: como el conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal accesorio e indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia.

El Derecho Familiar, lo considera parte del Derecho Civil y es la parte que rige la organización de la familia y que define, dentro de ella el estado de cada uno de sus miembros, y comprende tres materias: Derecho matrimonial, o el conjunto de reglas relativas al estado de esposo; el Derecho de parentesco, o conjunto de reglas concerniente al estado de parientes; el Derecho de parentesco por afinidad, o el conjunto de reglas aplicables al estado de parientes por afinidad.

Con lo anterior Julien Bonecasse determina que estado de familia de una persona es susceptible de presentar tres aspectos: estado de esposo, de pariente por consanguinidad, o de pariente por afinidad; olvidando que también podría existir un estado de adoptado.

Refiere que las disposiciones del Derecho Familiar no tienen como objeto principal y exclusivo a la familia, sino que éstas versan sobre reglas de los regímenes matrimoniales. Aunque el punto medular de los regímenes matrimoniales, recae sobre la existencia de la familia.⁹⁴

De la misma forma realiza una división en cuanto al Derecho Matrimonial, que comprende dos partes: el Derecho Matrimonial relativo a la constitución de estado de esposos y a las relaciones de orden personal que de él se derivan; el Derecho Matrimonial relativo a las relaciones de orden pecuniario engendradas por el estado de esposos, es decir, los regímenes matrimoniales.

⁹⁴ BONECASSE, Julien; *La Filosofía del Código de Napoleón Aplicada al Derecho de Familia*, Traducción de José Cajica, Puebla, 1945, pp. 33-39. Apud. ROJINA VILLEGAS, Rafael; *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 2000, Pág. 14-15.

El Derecho Patrimonial es el conjunto de reglas que rigen las relaciones de Derecho y las situaciones jurídicas, derivadas de la apropiación de las riquezas y del aprovechamiento de los servicios.

El Derecho Patrimonial tiene una división más amplia como es: Derecho de los bienes, Derecho de las obligaciones, Derecho de crédito, Derecho de las sucesiones y disposición a título gratuito. Pero cabe señalar que esta división se sostiene mutuamente, y que el Derecho Patrimonial esta dotado de unidad de principios.

Refiere Julien Bonecasse que el Derecho Patrimonial se contrapone al Derecho de Familia, ya que no siempre se presentan en estado puro. El Derecho Patrimonial está penetrado en un grado acentuado por las directrices que emana el Derecho de familia.⁹⁵

Como conclusión al respecto y en cuanto a la postura del autor sobre la unidad del Derecho Civil, ya que lo concibe como el derecho de las personas, es decir, la parte del Derecho que estudia a las personas en su plena dimensión y sus relaciones legales, por consiguiente, el Derecho de Familia es parte integrante del mismo y sin lugar a su autonomía. No obstante lo anterior, concluyo que él Derecho estudia de manera general las relaciones de las personas en sus diversos aspectos, ya que su esencia es regular la conducta del individuo, por lo que, concibo al derecho civil, un derecho general del que se han independizado otras ramas del derecho, al haber encontrado su propio campo de estudio y su relevancia en la vida tanto del individuo como en la comunidad.

⁹⁵ BONECASSE, Julien; *Elementos del Derecho Civil*, trad. José M. Cájica, Tomo I, Cárdenas Editores y Distribuidor, México, 1985, pp. 27-39.

2.1.4 Guillermo Cabanellas

El Doctor Flavio Galván Rivera, al tratar sobre el tema de la Autonomía del Derecho Familiar, hace mención que los argumentos comúnmente invocados en nuestro país al tratar el tema, son los expuestos por Guillermo Cabanellas al postular la autonomía del Derecho Laboral respecto del Derecho Civil; por tanto, aduce que una rama del Derecho alcanza su autonomía cuando satisface cuatro criterios a saber, la autonomía legislativa, científica, didáctica, y jurisdiccional.⁹⁶

2.1.4.1 Criterio Legislativo

El maestro Julián Guitrón Fuentevilla en su libro *Derecho de Familia* aplica las teorías del Derecho del Trabajo, empleadas por Guillermo Cabanellas, para hacerlas válidas en cuanto al Derecho de Familia.

En razón de lo señalado en el párrafo anterior, el Doctor Guitron Fuentevilla menciona que la autonomía legislativa se da cuando una rama del Derecho tiene sus propias leyes y códigos, que su legislación, aún cuando haya formado parte de otra, sea –en un momento dado–, independiente y autónoma, con principios básicos propios y exposición de motivos; expresa el maestro que hay que tener en cuenta que la autonomía legislativa varía, ya que con la evolución de la humanidad se va haciendo un estudio especializado de cada disciplina jurídica.⁹⁷

En palabras del Doctor Flavio Galván Rivera, el criterio legislativo significa que:

“Deben existir ordenamientos jurídicos que de manera especializada e independiente, se ocupen de regular aspectos de la realidad social.”⁹⁸

⁹⁶ Cfr. GALVAN RIVERA, Flavio; “Autonomía del Derecho Familiar” en Revista *Responsa*, Año 2, No 12, Octubre, 1997, Pág.30.

⁹⁷ GUITRON FUENTEVILLA, Julián; *Ibid.*, Pág.164.

⁹⁸ GALVAN RIVERA, Flavio; *Ibid.*, Pág. 30.

2.1.4.2 Criterio Científico

Este criterio consiste en la producción literaria, bibliográfica y especializada, dada con independencia de cualquier otra rama del Derecho. La elaboración de libros, artículos, ensayos originados; en fin textos independientemente de la disciplina jurídica que los haya creado, permite constatar el carácter científico de una ciencia.

Es incuestionable que en el Derecho Familiar existe una gran producción doctrinal, y que desde hace ya mucho tiempo se han elaborado textos o artículos a favor de la separación del Derecho Familiar del Derecho Civil, o bien, del reconocimiento del carácter especial del Derecho Familiar, que no puede ser incluido en el Civil.

Existe una evidente corriente doctrinal jurídica y social en torno al Derecho Familiar, pues es evidente el interés que existe, entre la comunidad y los diferentes sectores del país, por proteger y reglamentar todo lo referente a la familia.⁹⁹

Algunos países han logrado elaborar una legislación especializada en Derecho Familiar, y en países como el nuestro, tenemos dos Entidades Federativas que han elaborado su legislación Familiar como son Hidalgo y Zacatecas. Asimismo, como es de todos sabido, en el Distrito Federal se incluyó dentro del Código Civil que data de 1928, un capítulo dedicado a las controversias del orden familiar; por consiguiente, en las restantes entidades Federativas la vida familiar se sigue regulando por el respectivo Código Civil.¹⁰⁰

⁹⁹ GUITRON FUENTEVILLA, Julián; *Ibid.*, pp. 174-175.

¹⁰⁰ GALVÁN RIVERA, Flavio; *Ibid.*, Pág.30.

2.1.4.3 Criterio Didáctico

Otro de los criterios para considerar a una disciplina jurídica autónoma es la consistente en la enseñanza del contenido del Derecho Familiar como una materia o disciplina independiente del Derecho Civil.

Es decir, la enseñanza del Derecho Familiar en las Universidades debe ser especializada. En nuestro país en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, se le ha otorgado al Derecho Familiar la importancia que merece, y se imparte como una materia independiente del Derecho Civil, ya que las instituciones que se contemplan dentro de esta disciplina son de gran relevancia para los conocimientos de los estudiantes; por lo que de igual manera en otras universidades, se imparte de forma independiente, al tomar como base los planes de estudio de la Universidad Nacional Autónoma de México.

2.1.4.4 Criterio Jurisdiccional

Este apartado se refiere a la existencia de tribunales autónomos para la resolución de controversias familiares.

En nuestro país, la autonomía del Derecho Familiar se estableció por iniciativa del Presidente Luis Echeverría Álvarez en el año de 1971; creando los jueces familiares al margen de los jueces civiles, por lo que se crean tanto juzgados familiares como salas de lo familiar.¹⁰¹

Siguiendo las ideas del estudioso Guillermo Cabanellas, el maestro José Barroso Figueroa ha propuesto al respecto un Criterio Institucional, que busca la autonomía del Derecho Familiar; afirmando que éste debe ser dueño de instituciones propias y distintas de las pertenecientes a la disciplina de la que se

¹⁰¹ GUITRON FUENTEVILLA, Julián; *ibíd.*, Pág. 184.

independiza,¹⁰² es decir, la rama jurídica cuya autonomía se postula tenga particulares instituciones, principios propios y que se ocupe de una parte específica de la realidad social, que no se objeto inmediato y exclusivo de otra rama del Derecho.

De acuerdo con este orden de ideas, el maestro Flavio Galván Rivera refiere que, al respecto es posible postular la autonomía del Derecho Familiar en éste rubro, ya que cuenta con sus propias instituciones, distintas de las que existen en las otras ramas del Derecho, con características, que la diferencian de las demás y que han surgido como respuesta histórica de la realidad, para ocuparse del aspecto jurídico del grupo primario.¹⁰³

Retomando los criterios propuestos por el Maestro Barroso Figueroa se encuentra el Criterio Procesal, que se refiere a que la disciplina debe contar con un procedimiento propio.

El maestro hace énfasis sobre el hecho de que, dentro del procedimiento familiar, la igualdad de las partes debe ceder el paso a un tratamiento a cada una de ellas, acorde a su condición y posibilidades, lo que debe reflejarse en la carga de la prueba y en la suplencia. Por tanto, el juzgador debe buscar el propósito que el legislador se propuso, no debe esperar a que actúen en diligencia las partes, sino que debe actuar para agilizar el procedimiento hasta llegar a su culminación, para poder alcanzar una justicia real y no formal. El proceso familiar debe asentarse como un instrumento para lograr la aplicación y cumplimiento de lo que la ley prevé para el adecuado funcionamiento y desarrollo del cuerpo familiar.¹⁰⁴

De lo expuesto en este apartado y tomando en cuenta los cuatro criterios para dictar la autonomía de una disciplina, y que, aplicadas al Derecho Familiar desde

¹⁰² BARROSO FIGUEROA, José; "Reflexiones Sobre el Derecho Familiar" en Revista *Lecturas Guerrerenses*, Año 2, No 8, Enero-Marzo 1997, Pág.14.

¹⁰³ GALVAN RIVERA, Flavio; *Ibid.* Pág. 30.

¹⁰⁴ BARROSO FIGUEROA, José; *Ibid.*,Pág. 16.

ya hace muchos años, y después de varias posturas a favor de su autonomía, se hace hoy indispensable que se tome en cuenta la especial naturaleza de sus normas y la importancia que se le han otorgado a las mismas como normas de orden público, ya que protegen al núcleo más importante de la sociedad que es la familia.

Como conclusión general del presente capítulo es necesario resaltar las posturas a favor de la especialización del Derecho Familiar, y hacer mención que aun cuando se han logrado códigos familiares en algunas partes de nuestro país, como en los estados de Hidalgo y Zacatecas no han sido del todo contundentes como para destacar la importancia de la materia y el contenido de sus normas, que son, sin duda alguna, la carta especial de presentación de la materia familiar y por su puesto la necesidad que tiene la sociedad en que no quede desprotegido el interés superior del núcleo familiar.

CAPITULO III

NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO FAMILIAR CON BASE EN LA FUNCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO

Recordemos que dentro de nuestro orden jurídico se considera a la familia como la base de la integración de la sociedad. Para el estudioso Eduardo José Cárdenas ésta institución cuenta con normas y principios únicos, como el reconocimiento universal de ser un agregado natural imprescindible en las sociedades, por las funciones que desarrolla y debe llenar desde el punto de vista de la formación y protección de los individuos que la integran, y por lo tanto, las relaciones de estos individuos entre sí y con la familia, y los de ésta con la sociedad.

El estudioso en cita recalca que, además, el marco jurídico familiar está integrado por normas de Orden Público cuya derogación o cambio para una situación particular no puede ser convenio entre los ciudadanos, porque se trata de normas que hacen instituciones que la sociedad considera esenciales para el bien común.¹⁰⁵

He aquí la importancia e interés que rodea a las normas del Derecho Familiar para toda la sociedad. En el presente apartado quedará resaltada la importancia del Orden Público en el Derecho Familiar, que si bien no es privativo de ésta rama del derecho, es de gran relevancia la forma en que protege al núcleo familiar y a sus intereses como no lo hace en ninguna otra rama del Derecho.

¹⁰⁵ Cfr. CARDENAS, Eduardo José; *La Mediación en los Conflictos Familiares*, Editorial Lumen, Buenos Aires, 1998, pp. 20-21.

3.1 Conceptos Generales

De acuerdo con la doctrina, la familia en nuestro país es regulada por el Derecho Privado, y son consideradas las disposiciones que se refieren a ella como de "orden público e interés social"; comprendida así en toda la legislación positiva, ya que la sociedad está especialmente interesada en la preservación y debida aplicación de las normas que la regulan.

3.1.1 Significado y contenido del orden público en el Derecho Familiar Mexicano

Fernando Vidal Ramírez afianza el contenido del Orden Público en el Derecho Familiar Mexicano, como un conjunto de normas imperativas y prohibitivas, de observancia obligatoria para los ciudadanos y para los poderes públicos, por lo que es el Estado el encargado de velar por ese orden público legal.

El Orden Público es entendido como un catálogo de conductas legales e inmutables que juegan dentro de la sociedad un papel de barrera que impide que las normas del Derecho Familiar sean transgredidas y por lo cual el Estado está obligado a tutelar.¹⁰⁶

De esta manera se plantea que el orden público equivale al concepto de carácter imperativo de la ley, con lo que se explica el funcionamiento obligatorio de las normas de esta categoría. César Augusto Belluscio refiere que las leyes imperativas son aquellas que establecen soluciones de aplicación ineludible, o bien, prevalecen sobre cualquier acuerdo diverso de los particulares sometidos a ella, y casi en su totalidad las normas jurídicas familiares quedan comprendidas

¹⁰⁶ Cfr. VIDAL RAMÍREZ, Fernando; "La Autonomía de la Voluntad y el Orden Público en el Código Civil" en *Revista del Foro*, Lima Perú, Año LXXV, No. 1, Enero-Junio 1988, pp. 335-340.

entre ellas. Ya que no se pueden modificar la regulación que el Estado impone por razones de interés social.¹⁰⁷

Rafael Rojina Villegas comenta que las normas de orden público son imperativas e irrenunciables, éstas determinan la naturaleza, objeto y fines de las diversas instituciones que se encuentran dentro del Derecho Familiar pero se debe tomar en cuenta que lo que regula a la norma, protege o promueve, es algo que se encuentra dentro de la naturaleza humana y surge de ella. Las exigencias legales en materia familiar, su imperatividad y su irrenunciabilidad, no derivan originalmente de la norma, sino de la realidad antropológica y biológica de las instituciones naturales familiares pues éstas tienen su propia naturaleza, objeto y fines que se reflejan en la ley y si, naturalmente, tienen esas exigencias, el legislador al transformarlas en normas jurídicas, debe conservarlas porque se derivan de la misma naturaleza del hombre. Por lo tanto no es el Estado quien hace que la voluntad del particular se vea disminuida, sino la misma naturaleza de las instituciones.¹⁰⁸

Gustavo A, Bossert, comenta que efectivamente en el Derecho Familiar el orden público domina numerosas disposiciones. Ello se debe a que el interés que la ley reconoce no es un mero interés individual o egoísta del titular sino un interés que está en función de los fines de familia. Es por ello que el interés familiar limita las facultades individuales, y exige que las normas legales que las reconocen sean de orden público, para impedir la desnaturalización de los fines familiares a que ella responde.¹⁰⁹

Debo concluir al respecto que no se ha reflejado en la realidad el verdadero valor del Orden Público, aun cuando existen diversas disposiciones de esta índole no se

¹⁰⁷ BELLUSCIO, César Augusto; *Derecho de Familia, Parte General, Matrimonio*, Tomo I, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1979, Pág. 40.

¹⁰⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia* Librería Robledo, México, 1959, Pág. 173. Apud. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel; *La Familia en el Derecho*, Editorial Porrúa, 1ra Edición, México, 1984, Pág. 112.

¹⁰⁹ BOSSERT, A. Gustavo y ZANNONI, Eduardo; *Manual de Derecho de Familia*, 5ta Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, pp. 10-11.

refleja jurídicamente su significado, por lo que, como consecuencia, no se ha logrado exponer el contenido del Orden Público en el Derecho Familiar dándole una mayor jerarquía, de la que ya por sí mismas tienen las normas familiares.

3.1.1.1 Criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

En este apartado nos avocaremos a enunciar alguno de los criterios emitidos por el más alto tribunal de México como lo es, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto al Orden Público y su relación con la institución Familiar.

Habrá que tomar en cuenta que, en nuestra legislación se identifican de la misma manera los términos interés general, interés social, interés público y orden público, lo cual consta en los siguientes artículos de la legislación Civil:

“Artículo 6. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros.

Artículo 8. Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.

Artículo 138 Ter. Las disposiciones que se refieren a la familia son de Orden Público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros basado en el respeto a su dignidad.”

A su vez la Ley de Amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos hace referencia al Orden Público de la manera siguiente:

“Artículo 124.la suspensión se decretara cuando concurren los requisitos siguientes:

II. Que no se persiga perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público.”

El Doctor Jorge Mario Magallón Ibarra en su libro de *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo I, realiza la reflexión antes referida; como lo menciona el maestro, a pesar de que se pretendía hacer una distinción formal entre interés general y orden público, no se ha logrado, por lo cual se identifican a ambas palabras como sinónimo una de la otra.¹¹⁰

Lo anterior nos lleva a buscar en la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación razonamientos jurídicos que nos permitan determinar la realidad del papel del orden público dentro del Derecho Familiar mexicano.

“ORDEN PÚBLICO. Si bien es cierto que la estimación del orden público en principio corresponde al legislador al dictar una ley, no es ajeno a la función de los juzgadores apreciar su existencia en los casos concretos que se les sometan para su resolución. Resulta pues indudable que los Jueces, en casos determinados, pueden calificar y estimar la existencia del orden público con relación a una ley, y no podría declarar éstos que no siendo ya aplicable una ley en los conceptos que la informaron por cuestión de orden público, conserva aún ese carácter y que subsisten sus finalidades.” (Quinta Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Apéndice 2000.Tomo: Tomo VI, Común, Jurisprudencia SCJN. Tesis: 325. Página:274)

“ORDEN PÚBLICO, ESTIMACIÓN DEL. De acuerdo con los principios que informan el derecho, es indudable que la estimación del orden público corresponde al legislador, pero es indiscutible que es al juzgador a quien compete, en cada caso concreto, el apreciar si

¹¹⁰ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario; Tomo I, *Ibid.*, Pág. 158.

concorre o no esa circunstancia.”(Quinta Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XCVII. Página: 142)

“ORDEN PÚBLICO, LEYES DE. *El orden público que tiene en cuenta la ley y la jurisprudencia, para establecer una norma sobre las nulidades radicales, no puede estar constituido por una suma de intereses meramente privados; para que el orden público esté interesado, es preciso que los intereses de que se trate, sean de tal manera importantes, que, no obstante el ningún perjuicio y aun la aquiescencia del interesado, el acto prohibido pueda causar un daño a la colectividad, al Estado o a la nación.” (Quinta Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: XXXVII. Página: 1835)*

“MATRIMONIO Y DE LA FAMILIA, NATURALEZA DEL. *El matrimonio es un instituto de orden público, porque el interés que en él se tutela no es el particular o individual de quienes lo forman, sino un interés superior: el de la familia; siendo ésta la célula de la sociedad, el matrimonio es también de orden y trascendencia social y ya no meramente privado. Por ello, la sociedad está interesada en que se mantenga perdurable el instituto matrimonial y, sólo por excepción, la ley permite su disolución inter vivos, siendo menester, en estos casos, que quienes demande acredite plenamente sus afirmaciones sobre los hechos que integran la causal de divorcio y que ésta se ejercite oportunamente, esto es, antes de su caducidad.” (Octava Época. Instancia Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XII, Noviembre de 1993 Página: 377)*

“NORMAS JURÍDICAS. Si la ley no determina expresamente que sean de orden público e irrenunciables, corresponde al juzgador resolver sobre el particular de acuerdo al análisis de ciertas premisas. El orden público ha sido entendido como el conjunto de reglas en que reposa el bienestar común y ante las cuales ceden los derechos los particulares, porque interesan a la sociedad colectivamente más que a los ciudadanos aisladamente considerados. Funciona, además, como un límite por medio del cual se restringe la facultad de los individuos sobre la realización de ciertos actos jurídicos válidos que tengan efectos dentro de un orden jurídico. El carácter de orden público de las normas adjetivas o sustantivas se determina de acuerdo al objeto de cada disposición y a su naturaleza. Así, el legislador puede declarar que una norma es de orden público y, en ese caso, el intérprete debe limitarse a aplicarla, a menos que se cuestione, desde el punto de vista constitucional, la facultad de hacer esa declaración. En defecto de una disposición expresa que establezca que una norma es de orden público e irrenunciable, la determinación de si tiene ese carácter queda librada al criterio judicial y para llegar a ello, el Juez debe tener en cuenta dos elementos de juicio: el primero, la intervención del Estado, que sólo es de carácter subsidiario en la composición de los conflictos privados, caso en el que las normas están dirigidas a proteger un interés privado, por lo que ante la duda debe considerarse que no afectan al orden público, debido a que es de suponer que si así fuese, el legislador lo habría previsto; y el segundo, que los principios que informan el concepto de orden público tienen su fuente en la Constitución General de la República y que, por consiguiente, se le viola cuando se desconocen algunas de las garantías que ella consagra. De ahí que para determinar cuándo es posible apartarse de las normas sustantivas o del procedimiento debe establecerse si se halla o no comprometido el orden público en cada caso, es decir, distinguir las normas de orden público de las que solamente afectan los intereses privados de los

particulares.” (Novena Época. Instancia: Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XVIII, Julio de 2003. Tesis: I.3o.C.64 K. Página: 1158)

“DIVORCIO NECESARIO. *No le son aplicables todas las reglas especiales de las controversias del orden familiar, pero sí la relativa a la suplencia de la deficiencia de los planteamientos de derecho de las partes cuando de ellas dependa que se salvaguarde a la familia, con independencia de que permanezca o se disuelva el vínculo matrimonial (Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal). Las reglas y formas especiales sólo pueden aplicarse a los casos específicos a que las destinó el legislador. Como el divorcio necesario no se encuentra dentro de los casos que prevé el artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ni tiene una regulación propia para su tramitación dentro del ordenamiento citado, se rige por las disposiciones generales del juicio ordinario y, por tanto, no le son aplicables, en principio, todas las reglas especiales establecidas para las controversias del orden familiar. Sin embargo, como excepción y por mayoría de razón, le es aplicable la regla especial que prevé el segundo párrafo del artículo 941 del propio cuerpo legal, relativa a la suplencia de la deficiencia de los planteamientos de derecho de las partes, cuando la aplicación de esta figura procesal dé lugar a salvaguardar a la familia, en virtud de que la intención del legislador al establecer esta regla para las controversias del orden familiar, a saber, el preservar las relaciones familiares evitando que en estos asuntos una inadecuada defensa afecte a esa institución, y la razón a la que obedece su establecimiento, que expresamente consigna en el artículo 940, a saber que los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad, operan de manera más clara e imperativa tratándose del divorcio*

necesario pues implicando éste la disolución del vínculo matrimonial, problema capital que afecta a la familia, debe garantizarse que no se perjudique a ésta con motivo de una inadecuada defensa. Lo anterior se reafirma si se considera que la razón por la que el legislador no incluyó al divorcio necesario dentro del procedimiento para las controversias del orden familiar fue porque rigiéndose aquél por las disposiciones del juicio ordinario, que exigen mayores formalidades y establecen plazos más amplios para el ofrecimiento y recepción de pruebas, se tiene la posibilidad de preparar una defensa más adecuada, lo que favorece la preservación y unidad familiar. Por la importancia social de la familia, prevista en el artículo 4º, de la Constitución, se debe admitir la suplencia referida, lógicamente cuando la aplicación de esa figura procesal tenga como efecto la salvaguarda de la familia, independientemente de que ello se consiga con la disolución o no del vínculo conyugal. Además justifica lo anterior el que al introducir esa figura procesal el legislador, no la circunscribió a las controversias de orden familiar especificadas en el artículo 942 citado, sino que usó la expresión "en todos los asuntos de orden familiar", aunque, respecto del divorcio, que tiene esa naturaleza, debe limitarse a la hipótesis precisada, en que la suplencia conduzca a proteger a la familia." (Octava Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 56, Agosto de 1992. Tesis: 3a./J. 12/92. Página: 23)

De las tesis que se acaban de presentar podemos percatarnos que no sólo es tarea del legislador el atender y estar al pendiente en toda circunstancia de las normas de orden público, también es necesario que los jueces lo consideren al dictar las sentencias en los casos concretos, así como estimar que se proteja y no se vulnere el mismo.

Es por demás aclarar que la jurisprudencia declara a los problemas del orden familiar “como de Orden Público”, porque tienen una primacía dentro de todo el orden jurídico, además de que se consideran como normas imperativas, ya que sus disposiciones suelen ser de obligatorio cumplimiento en cuanto regulan el contenido y eficacia de las relaciones familiares, además de no poder renunciar a ellas o no ser parte las mismas de una negociación entre particulares, ya que lo que se protege es el bienestar de un grupo social como lo es la familia y los intereses de la sociedad.

3.1.2 Significado y contenido de la función del orden público en el Derecho Familiar Mexicano

Ya se abordó el tema del contenido del orden público, ahora se iniciará un tema relacionado, pero, en éste caso, observando la función que éste tiene en el Derecho Familiar Mexicano.

Ospina y Ospina en su Teoría de los Actos y Negocios Jurídicos citado apunta que, la noción de Orden Público se encuentra constituida por una fusión de normas destinadas a regular las relaciones individuales y las de la sociedad en su conjunto, indispensables para la coexistencia social. De esta forma sintetiza que el Orden Público constituye el instrumento adecuado para que el Estado tutelador del bien común pueda cumplir su función fundamental por conducto de todos sus órganos de expresión jurídica y no exclusivamente del legislador.¹¹¹

Para juristas como Antonio Cicu y Roberto De Ruggiero, la voluntad de los particulares carece de importancia en materia de Derecho Familiar. Esto se da pues el fin perseguido es el de la comunidad social y sólo se puede alcanzar por medio de normas de orden público, cuyo funcionamiento es deber del Estado

¹¹¹ OSPINA Y OSPINA, Teoría General de los Actos y Negocios Jurídicos, Pág. 11. Apud. VIDAL RAMÍREZ, Fernando; “La Autonomía de la voluntad y el Orden Público en el Código Civil”, Revista del Foro, Lima Perú, Año LXXV, No. 1 Enero –Junio 1988.pp. 335-340.

salvaguardar, con una adecuada legislación protectora y reguladora de la familia, en sus relaciones tanto internas como externas.¹¹²

Giuseppe Branca, refiere al respecto, que es una función de las normas de Orden Público, es decir, protege un interés anteponiéndolo a cualquier otro, crea para los depositarios una posición de preeminencia respecto de los particulares y en protección de un interés colectivo tutelado.¹¹³

En relación con lo antes mencionado, Enrique Días de Guíjarro en su obra Tratado de Derecho de Familia, citado por César Augusto Belluscio, refiere que la imperatividad del Derecho Familiar está destinada a satisfacer el interés familiar que, según él, consiste en la realización de los fines esenciales del núcleo y en la protección del interés individual dentro del grupo siempre que armonice con dichos fines esenciales.¹¹⁴

Se vislumbra como punto importante que el Estado es coadyuvante en el funcionamiento del Orden Público, sin que ello quiera decir que existe una ingerencia total, o una violación en las normas por parte del Estado en el núcleo familiar.

El maestro Rafael Rojina Villegas citado por el estudioso Manuel Chávez Ascencio, asevera que el Estado sí debe intervenir en la organización jurídica de la familia, toda vez que debe tutelar un conjunto de intereses de Orden Público que existen en el seno de la familia.¹¹⁵

Con relación a la participación del Estado, ésta ha sido severamente cuestionada en la doctrina. El jurista Rafael Rojina Villegas opina que, aun cuando no se niega

¹¹² CHÁVEZ ASENCIO, Manuel; *Ibid.*, Pág. 108.

¹¹³ BRANCA, Giuseppe; *Instituciones de Derecho Privado*, trad. a la 6ta. edición italiana por Pablo Macedo, Editorial Porrúa, México 1985, Pág. 15.

¹¹⁴ BELLUSCIO, César Augusto; *Ibid.*, Pág. 41.

¹¹⁵ ROJINA VILLEGAS; Rafael, *Derecho Civil Mexicano, Derecho de Familia*, Vol. I, Librería Robledo, México, 1959, Pág. 47. Apud. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel; *La Familia en el Derecho*, Editorial Porrúa, 1ra Edición, México 1984, Pág. 110.

la necesidad y el derecho que tienen la comunidad y el Estado para participar, y, en algunos casos, intervenir en las instituciones familiares, se debe respetar un límite, para no violar la privacidad ni lo propio de cada institución. El equilibrio en esta materia es delicado y difícil de encontrar, porque no es asequible definir hasta donde es razonable la participación del Estado. Por lo que dice el maestro que el Estado, en esta materia, debe actuar de acuerdo a la naturaleza propia de cada institución; buscando promoción, protección y respaldando el derecho inalienable de los sujetos del derecho familiar de resolver sus propias situaciones familiares.

Siguiendo con las ideas del maestro Rafael Rojina Villegas, se destaca que el Estado debe actuar de dos formas: como auxiliar para ayudar a la familia y a sus miembros a cumplir sus fines, y como autoridad para dictar las normas y actuaciones de los organismos públicos, para promover a las familias y sancionar todo aquello que vaya en contra del interés y vida familiar.

El orden público es el conducto por medio del cual el Estado cumple su función de protección y vigilancia, es decir, ya que la familia es portadora de tan valiosos valores es necesario que el Estado resguarde todos sus ámbitos y que la tenga como preeminencia para la satisfacción del interés superior familiar.

3.2 Naturaleza Jurídica

3.2.1 Naturaleza Jurídica del Derecho Familiar

En el presente tema nos avocaremos a dilucidar la naturaleza jurídica del Derecho Familiar, ubicándola en una de las ramas del Derecho, ya que es un problema que la doctrina debate desde hace ya varias décadas. Recordemos que el Derecho considerado en su acepción integral, se ha dividido en dos ramas principales que engloban respectivamente, a todas las demás: Derecho Público y Derecho Privado.

El propósito será determinar la Naturaleza Jurídica del Derecho Familiar, realizar una resolución en cuanto sí éste es parte del Derecho Público, o del área del Derecho Privado; tomando en cuenta el contenido de sus normas, para lo cual es necesario diferenciar ambas ramas; apoyándonos en criterios sostenidos por los juristas para, por último, dar una conclusión personal al respecto.

3.2.1.1 Distinción entre Derecho Público y Derecho Privado

El maestro Rafael Rojina Villegas al respecto refiere: Que la cuestión en éste apartado se torna un tanto difícil en cuanto que es una de las clasificaciones más discutidas de fundamentar jurídicamente, no obstante, que en la doctrina no existe un acuerdo distintivo entre Derecho Público y Derecho Privado.

Por otra parte, también dice que la distinción de Derecho Público y Privado viene desde el Derecho Romano, los criterios de diferenciación aportados por los estudiosos del Derecho, no han ayudado del todo para encontrar los elementos suficientes que funden esa distinción. El autor en cita, hace hincapié, en que el problema ofrece complicaciones importantes, en virtud de que, en su opinión, en el Derecho no es posible lograr categorías cerradas, dada la relación estrecha que

existe entre las ramas jurídicas y, en especial en la clasificación del derecho: Público y Privado.¹¹⁶

El maestro José de Jesús Ledesma aprecia, que la distinción de lo *publicus*, alude lo referente al pueblo, dicho por Cicerón “es lo propio de la ciudad o del imperio”; y lo *privus*, que según Ulpiano “es lo que se refiere a la utilidad de los particulares”. Aun cuando para algunos autores se trata tan sólo de posiciones, y que resultan ser expresiones diversas de un mismo todo.¹¹⁷

En las fuentes romanas, en ocasiones se pierde claridad cuando se confunden estos términos con Autoridad Política y Dominio. De acuerdo con Lacroz Berdejo se aprecia ésta distinción a lo largo del siglo XVIII, por obra de la doctrina política y Jurídica en auge en esa época, en la que, se da la afirmación liberal del individuo y de su libertad frente a una organización social represiva.

Así pues, a través de corrientes filosófico-culturales se presenta tal clasificación. La postura de los iusnaturalistas en cuanto a los derechos y deberes del hombre, dio pauta a la reflexión del individuo, en sus relaciones inmediatas en el matrimonio y en la familia, así también, en su entorno social. Incluso cuando ya se había divulgado que el Derecho es un todo, no era propósito del pensamiento racionalista realizar una distinción, pero la progresiva elaboración doctrinal de la significación del hombre en dos contextos, propuso la distinción de éstas dos categorías jurídicas generales, dotadas de principios e instituciones jurídicas diferenciadas, por las perspectivas en que el hombre sitúa su realidad.

El liberalismo político formula la distinción tradicional entre el Derecho Público y Privado, en lo dogmático se observaba ámbitos normativos diferentes en función de la protección del individuo frente a la intromisión del Estado, mediante un

¹¹⁶ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael; *Compendio de Derecho Civil*, 30 Edición, Editorial Porrúa, México 2001, Pág. 19-20.

¹¹⁷ BERNAL, Beatriz y LEDESMA, José de Jesús; *Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neoromanistas*, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México, 1995, Pág. 40.

Derecho Público dotado de categorías y reglas específicas, indiferente a la realidad de la organización estatal.¹¹⁸

Para autores como José Arias Ramos, los términos "*publicum*" y "*privatus*" aportados por los romanos, no son contrastes esenciales, sino posiciones que se determinan al enfocar el interés tutelado que se presenta como dominante o preferente en una situación determinada. Lo anterior hace referencia a que, en tiempos de los romanos, dentro de la esfera del Derecho Público, el interés tutelado implicaba: el gobierno romano. Dentro del ámbito del Derecho Privado, se establecían los términos de la actividad individual; incluyendo las relaciones de los ciudadanos romanos, tanto familiares como patrimoniales,¹¹⁹ de acuerdo con los juristas Luis Alberto Peña Guzmán y Luis Rodolfo Argüello, el Derecho Público, regula la constitución, fundamentos y actividad del Estado, las relaciones que éste tiene con los individuos que integran la comunidad y las que surjan con otros Estados; en tanto que el Derecho Privado, rige las relaciones que se den entre los particulares que forman una sociedad.¹²⁰

Desde el punto de vista de Roberto De Ruggiero, para determinar cuáles son normas de Orden Público y las de Orden Privado, precisa tomar en cuenta los sujetos a los que las normas se refieren y también los fines que las normas persiguen. Por lo que encontraremos normas que tienen por sujetos: el Estado, y en otras en que el sujeto es: el particular, y se puede distinguir los fines, que son en el Derecho Público: la regulación de las relaciones políticas, organización de los poderes del Estado, desenvolvimiento de la actividad de los órganos del mismo para la conservación de los fines estatales; y en el Derecho Privado: la regulación de la actividad privada de los ciudadanos.

¹¹⁸ Cfr. LACROZ BERDEJO, José Luis; *Elementos del Derecho Civil*, Volumen 1, Editorial Bosch, Barcelona, 1988. pp. 22-25.

¹¹⁹ ARIAS RAMOS, José; *Derecho Romano*, Vol. I, Pág. 13. Apud. MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario; Tomo I, Editorial Porrúa, México 1987, Pág. 43.

¹²⁰ PEÑA GUZMÁN, Luis A. y ARGÜELLO, Luis Rodolfo; *Derecho Romano*, Tomo I, Tipográfica Editorial Argentina, 1962, Pág.35 Apud. MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario; Tomo I, Editorial Porrúa, México 1987, Pág. 44.

Aunque no se limita con dar las características antes mencionadas. Precisando los conceptos:

“El Derecho Público: es el conjunto de normas que regulan la organización y la actividad del Estado y de los demás entes políticos menores o disciplinan las relaciones entre los ciudadanos y estas organizaciones políticas.

Derecho privado es el conjunto de normas que regulan las relaciones de los particulares entre sí o las relaciones entre éstos y el Estado o las demás susodichas agregaciones, con tal que éstas no ejerzan en la relación funciones de poder político o soberano.”¹²¹

Por su parte Julien Bonnecase en su libro *Elementos del Derecho Civil* determina que el Derecho Público:

“Es el conjunto de las reglas e instituciones que, por una parte traducen tanto la estructura jurídica del Estado como la de las personas morales públicas en general, y que, por otra, rigen las relaciones de estos organismos entre sí, en primer lugar, y después con los particulares.”¹²²

El mismo Bonnecase refiere que el Derecho Privado es:

“El conjunto de reglas y de instituciones que, por una parte, rigen las situaciones jurídicas y las relaciones de derecho extrañas a la idea de poder público o de servicio público y que por la otra, presiden tanto la organización social de la familia, tanto como la noción de personalidad en su aplicación a las personas físicas y a los grupos y fundaciones emanadas de la iniciativa privada y relativas a intereses privados.”¹²³

¹²¹ DE RUGGIERO, Roberto; *Ibíd.*, pp. 43-45.

¹²² BONNECASE, Julien; *Ibíd.*, Pág.64.

¹²³ *Ibíd.* Pág.65.

La gran mayoría de los autores está de acuerdo en que las normas jurídicas relacionadas con la organización del Estado de una manera directa o indirecta, son Derecho Público. En tanto que las relacionadas con la organización de la familia y el patrimonio son consideradas de derecho privado.¹²⁴

Calixto Valverde Valverde, citado por Rafael De Pina considera que: si bien la clasificación en tela de juicio no es del todo exacta en tanto los términos en cuestión no son distintos, y mucho menos opuestos, da una idea aproximada de los grupos de relaciones jurídicas que más se diferencian, y nos da una analogía entre Derecho Público y Derecho privado:

1. La distinción entre ambos no puede ser absoluta, ya que no hay más que un elemento preponderante en cada relación pues la utilidad y el fin de la convivencia social tienen una relación constante: Derecho público y Derecho privado.
2. El Derecho Público priva el criterio del Interés general y el otro el interés particular.
3. El Derecho Privado se mueve bajo la protección de Derecho Público. El Derecho privado es un derecho más común, al regular las relaciones íntimas y frecuentes de la vida social, siendo la acción más positiva que él público.¹²⁵

Rafael De Pina también dice, que tradicionalmente se han manifestado dos criterios distintos respecto de la distinción de Derecho Público y Derecho Privado; el más antiguo el teleológico, que sostiene que el Derecho Público es el que protege los intereses generales, en tanto que el Privado tutela intereses particulares.

¹²⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael; *Ibíd.*, Pág. 20.

¹²⁵ Cfr. VALVERDE, Calixto; *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo I. Pág. 64. Apud. DE PINA, Rafael; *Elementos del Derecho Civil Mexicano*, Volumen I, 21 Edición, Editorial Porrúa, México, 2000. Pág. 56-57

Por otra parte, el criterio funcional afirma que el Derecho Público está constituido por el conjunto de normas que limitan la libre voluntad del hombre, y el Privado por aquellas que dejan al libre juego su voluntad.¹²⁶

De tal manera que el discutir y determinar que es Derecho Público y que es Derecho Privado, no es tan sencillo como parece, sin embargo de las diversas posiciones referidas de los grandes maestros del Derecho, concluyo que el Derecho es una Unidad, en la cual coexisten intereses que son tutelados con procederes distintos. Al encontrarse que dichos intereses cuentan con principios, características y esencias diferentes, el ser humano, para su estudio y protección los ha agrupado en dos campos distintos Derecho Público y Privado. Tutelando en uno de esos campos al Estado, al no poder mezclar los intereses de éste con los de un sujeto individual o con los de un sujeto en un núcleo familiar, por lo que a todo lo que se relacione con el Estado será de Derecho Público.

Sin duda no se pueden mezclar los intereses de un sujeto en lo particular, toda vez que encuentra éste la libertad para decidir en cada acto que realiza, que desea realizar y hasta donde lo quiere realizar; por lo cual esto es Derecho Privado.

De los dos grandes campos jurídicos y de los principios de ambos no se ha logrado conciliar los principios del núcleo familiar dentro de ellos, ya que no corresponden los intereses con los suyos, por lo cual el Derecho Familiar no es parte de ellos, ya que la especialidad de sus normas y el gran contenido de las mismas lo hacen estar ocupando dentro de la Unidad del Derecho un punto alejado, en busca del reconocimiento total de autonomía.

¹²⁶ Ibidem. Pág. 58.

3.2.1.2 Teoría del Interés

El maestro Eduardo García Máynez refiere que la clasificación del Derecho desde el punto de vista: Público y Privado, es obra de los juristas romanos. Cuyos juristas clásicos fueron quienes advirtieron entre los dos ordenes o planos: colectivo o individual; señalando una doble vertiente. Así el jurisconsulto Ulpiano sentenciaba:

“Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem” (Derecho Público es el que atañe a la conservación de la cosa romana; Privado, el que concierne a la utilidad de los particulares.)

A esta determinación se le conoce como la *“Teoría del interés en juego”*. En ésta teoría, la naturaleza privada o pública de un precepto o conjunto de preceptos, dependen de la índole de interés que garanticen o protejan. Así pues, las normas del Derecho Público corresponden a un interés colectivo, mientras que las del Privado corresponden a intereses particulares exclusivamente. Por lo tanto, el Derecho Público, en ésta teoría: es aquel que rige los poderes que se hallan directamente al servicio de todos, es decir, al servicio de la comunidad. En el Derecho Privado los poderes los tiene el interesado para sí, él es quien dispone de su poder o de su voluntad.¹²⁷

El Doctor Jorge Mario Magallón Ibarra nos ilustra con respecto a esta teoría; refiriendo que hay un criterio teleológico, en donde la división del Derecho en Público y Privado, encuentra un punto de apoyo en el examen del interés protegido; señalando que el Derecho Público es calificado como un sistema de protección de los intereses generales, o bien, se atiende preponderantemente los intereses del Estado; en tanto, que en el Derecho Privado se tutelan intereses individuales.¹²⁸

¹²⁷ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo; *Introducción al Estudio del Derecho*, 54 Edición, Editorial Porrúa, México, 2002, Pág. 131-132.

¹²⁸ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario; Tomo I, *Ibid.*, Pág. 45.

Por su parte él maestro Rafael Rojina Villegas, citado por Manuel Chávez Ascencio, opina que:

“El criterio del interés en juego, para considerar que son normas de derecho privado las que atienden a los intereses particulares y, por lo contrario, que son normas de derecho Público las que se refieren a los intereses generales, resulta notoriamente insuficientes, pues en toda norma se conjugan a la vez intereses privados y públicos, aún cuando pueda hablarse de una cierta predominancia de uno respecto de otro.”¹²⁹

La presente teoría ha sido debatida, por los estudiosos del Derecho, pues consideran que la nota del interés en juego es un término vago, la cual nadie ha logrado definir. Además de que no se determina en la teoría si los intereses públicos y privados, se hallan desvinculados por lo que no se aprecia cuando termina el particular y donde comienza el colectivo.¹³⁰

Hay quienes refieren que si se acepta la teoría del interés en juego, la valoración de una norma, en pública o privada, quedará al arbitrio del legislador, ya que será éste quien determine en cada caso, y de acuerdo a sus convicciones, que intereses son de naturaleza pública y cuales de naturaleza privada. Y en tal situación la distinción formal de las normas: en publicas y privadas, quedara sujeta a consideraciones fundamentalmente políticas, que le quitan valor científico.¹³¹

¹²⁹ ROJINA VILLEGAS Rafael; *Derecho Civil Mexicano, Derecho de Familia*, Vol. I, Librería Robledo, México 1959 Pág. 10,26, Apud. CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel; *La Familia en el Derecho*. Editorial Porrúa, 1ra Edición, México 1984, Pág. 134.

¹³⁰ *Ibidem*. Pág. 132.

¹³¹ *Ibidem*. Pág. 134.

El maestro Rafael Rojina Villegas, considera que no es posible darle una validez absoluta a esta teoría en tanto que las normas e instituciones reconocidas como parte del Derecho Privado cuenten con un marcado interés público.¹³²

El jurista Eduardo García Máynez considera, que el error se encuentra en proponer, como criterio de una clasificación que pretende obtener un valor objetivo, un término esencialmente subjetivo, ya que el hablar de “*interés*”, significa: la apreciación que hace una persona de determinados fines. Tener interés en algo significa darle valor a su realización. De ahí que todo interés sea subjetivo.¹³³

Por lo tanto, como se menciona en líneas anteriores y tomando en cuenta que “*interés*” es un término subjetivo, la determinación de los fines del Derecho queda al arbitrio del legislador.

Por su parte Kelsen en su libro *Teoría General del Estado*, asegura que no es posible dividir las normas en función de los fines que aspiran realizar. No es posible hablar de normas exclusivamente destinadas al logro del interés individual, porque todo precepto jurídico tiene como fin realizar intereses de ambos géneros tanto público como privados.¹³⁴

Es verdad que no podemos consolidar una definición de lo que es Derecho Público o Privado con base en “*intereses*”, pero es una parte necesaria para lograr comprender las dos áreas y por consiguiente ubicar en alguna el Derecho Familiar.

¹³² ROJINA VILLEGAS, Rafael; *Ibid.*, Pág. 20.

¹³³ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo; *Ibid.*, Pág. 132

¹³⁴ *Ibidem.* Pág.133.

3.2.1.3 Teoría de la Naturaleza de la Relación

El maestro Eduardo García Máynez dice que a pesar de no estar de acuerdo con las clasificaciones aportadas, esta es la teoría más aceptada para diferenciar entre el Derecho Público y el Derecho Privado, refiere que no debe buscarse en los intereses protegidos, sino en la naturaleza de las relaciones, que las normas de aquellos establecen.

Refiere la teoría, que una relación será de coordinación cuando los sujetos que en ella figuran se encuentran colocados en un plano de igualdad, es decir, se da, por ejemplo, cuando dos particulares celebran un contrato de compra-venta.

Se presenta una relación de subordinación, cuando las personas a quienes se aplican las normas jurídicas, no son consideradas jurídicamente iguales, es decir, cuando en la relación interviene el Estado, en su carácter de entidad soberana.

Se determina que una relación es de Derecho Privado, si los sujetos de la misma se encuentran colocados por la norma en un plano de igualdad y ninguno de ellos interviene como entidad soberana. Se presenta una relación de Derecho Público, si se establece entre un particular y el Estado, o si los sujetos de la misma son dos órganos del poder público o Estados soberanos.¹³⁵

El maestro Rafael Rojina Villegas establece, que para aclarar el ámbito al que pertenece el Derecho Familiar, no es necesario considerar que son normas de Derecho Privado las que regulan la coordinación entre sujetos que se encuentran en el mismo plano y, normas de Derecho Público las que determinan la subordinación entre sujetos colocados en planos diferentes por virtud de la existencia misma del Estado.

Para el autor Rafael Rojina Villegas, el Derecho Familiar cuenta con relaciones de coordinación entre sujetos iguales y de subordinación respecto de padres e hijos

¹³⁵ Cfr. Ibídem. Pág.134.

y, en general de todos aquellos que ejercen una patria potestad o tutela sobre otros.

Para el autor en cita, el único criterio válido para determinar si una norma es de Derecho Público o Privado, habrá de atenderse a la naturaleza de los sujetos cuya conducta jurídica es objeto de regulación, es decir, aquellas normas que tienen por objeto la estructura del Estado, definir sus órganos, sus funciones, las relaciones entre los mismos o con los particulares, así como las que se originen entre los diferentes Estados de la comunidad internacional, tienen que ser normas de Derecho Público. Por lo que el Derecho Público es el Derecho del Estado.

Y por el contrario las normas que regulan la conducta de los particulares, independientemente del interés en juego y de la igualdad de sus situaciones jurídicas, serán normas de Derecho Privado, porque no atiende a la estructura jurídica de Estado. En los casos en los que intervenga el Estado como persona de Derecho Privado, para los efectos de la clasificación expuesta, debe considerársele siempre en tal calidad, es decir, como particular y, las normas que regulen las relaciones patrimoniales o contractuales en general, deberán ser de derecho privado.¹³⁶

El querido maestro Eduardo García Máynez no acepta esta teoría, ya que la determinación de la indole privada o pública de un precepto de derecho, depende también de la autoridad del Estado, pues considera que: *“ningún fenómeno de la vida privada o publica es ajeno al Estado”*¹³⁷

El autor Guillermo Borda considera que es válido para distinguir el Derecho Público del Privado el criterio que se funda en el sujeto de la relación en la cual:

¹³⁶ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel; *Ibid.*, Pág. 134.

¹³⁷ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo; *Ibid.*, Pág. 135.

“Si el Estado interviene como poder Público, estamos en presencia de una relación de Derecho Público; si intervienen los particulares o el Estado como simples personas jurídicas, se trata de Derecho Privado.”¹³⁸

Al respecto de este tema concluyo que intereses y relaciones jurídicas son la pauta para entender que el Derecho Familiar cuenta con un interés superior a los del Estado y a los de los individuos en particular, además de que las relaciones jurídicas que las normas establecen para el Derecho Familiar no cumplen exactamente con los principios del Derecho Público o Privado, si no por el contrario vienen a ser incompatibles, así que adentrémonos a los estudios realizados por juristas para llegar a puntualizar esta posición.

3.2.2 Diversos criterios en torno a la naturaleza jurídica del Derecho Familiar con base en la función del orden público

3.2.2.1 Antonio Cicu

En el capítulo anterior se señaló que uno de los juristas que iniciaron la propuesta de separar al Derecho Familiar del Derecho Civil y aun del Derecho Privado, fue el maestro bolones Antonio Cicu, quien sostuvo la tesis de la clasificación tripartita del Derecho, en la cual, el Derecho Familiar sería el tercer género distinto al Derecho Público y el Derecho Privado.

El maestro Antonio Cicu para fundar la autonomía del Derecho Familiar, distingue entre el Derecho Público y el Privado. Encuentra que en el Derecho Público el individuo se halla en una relación de subordinación con respecto al fin del Derecho, en el segundo el individuo está en una posición de libertad al mismo respecto, de ahí extrae la conclusión que en el Derecho Privado los intereses tutelados son distintos y opuestos, mientras que en el Derecho Público no es

¹³⁸ BORDA, Guillermo; *Ibid.*, Pág. 8.

admisible un interés del individuo contrapuesto al del Estado, sino que hay un sólo interés el del Estado, exigencia superior que debe ser satisfecha.

Con relación a lo que observó el maestro Antonio Cicu, dentro de las normas del Derecho Familiar nos refiere que no tutela intereses: individuales, autónomos, independientes u opuestos, sino que los intereses que protege están subordinados a un interés superior y distinto a los intereses individuales que es el "interés familiar".¹³⁹

Lo que le hizo ver al maestro Antonio Cicu, relaciones similares al Derecho Público, pero existe una diferencia fundamental: que mientras en éste el interés superior que tiende a salvaguardar es el del Estado, en aquél es el del interés familiar. A su vez, asemeja a la familia como un organismo similar al Estado, aunque en escala menor.

Refiriéndose a los actos jurídicos de Derecho Familiar, señala que no serían actos jurídicos privados, sino actos de los poderes familiares, o bien actos del poder estatal. Los derechos subjetivos familiares, constituirán, un poder de voluntad no vinculado al interés propio del titular o bien una mera acción judicial tendiente a absolver el cumplimiento del deber.¹⁴⁰

Las relaciones jurídicas en la familia no tutelan intereses jurídicos individuales, sino un interés superior, es decir, supraindividual. Señala Cicu que en la familia existe una interdependencia entre individuos y una dependencia respecto a un fin superior, caracterizándose el vínculo orgánico y funcional que origina la solidaridad doméstica y afirma que los derechos familiares están subordinados a un fin superior que constituye el interés familiar.

¹³⁹ CICU, Antonio; *El Derecho de Familia*, Traducción de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1947, Pág. 126, Apud. CHAVEZ ASENCIO, Manuel; *La Familia en el Derecho*, Editorial Porrúa, 1ra Edición, México 1984, Pág. 138

¹⁴⁰ *Ibidem*. Pág. 139.

Comparando la relación jurídica con la del derecho público Cicu afirma:

“...la distinción neta entre la posición jurídica del individuo como ente por sí, y la posición misma como miembro de un todo. Característica de la primera es la libertad; de la segunda la subordinación a un fin; fuerza operante en la primera, la voluntad libre, en la segunda, la voluntad vinculada. A esta diversa posición corresponde una diversa estructura de la relación jurídica; ésta es siempre relación entre sujetos de derecho; pero en ella los sujetos pueden figurar o como plenamente independientes, autónomos o bien como llamados a la realización de una función, subordinados a un fin superior, en un caso la relación jurídica gravita sobre la afirmación de un derecho; en el otro sobre la afirmación de un deber ésta última que hemos demostrado, es la característica de la relación del derecho público, se presenta con mayor relieve en el derecho familiar.”¹⁴¹

La similitud entre la familia y el Estado, también es señalada por el maestro de la Facultad de Derecho en la UNAM, Julián Guitrón Fuentesvilla, quien cometa que esa similitud llega “al grado de pretender que las relaciones de cada ente son casi iguales, y su error es que trató al Derecho Familiar como parte de la sociología y de la historia y no como disciplina jurídica ya que desde la fecha en que estuvo en boga la teoría de Cicu hasta el día de hoy, hay una nueva reglamentación del Derecho Familiar, pues el interés familiar y lo que representa en sí es tan grande que deben revalorarse los juicios mencionados sobre el Derecho Familiar y su reglamentación autónoma.¹⁴²

El maestro Cicu, citado Chávez Ascencio, señala que si se analizan las relaciones de Derecho Familiar en su estructura, será más fácil convencerse de que ellas no

¹⁴¹ Ibidem. Pág.140.

¹⁴² GUITRÓN FUENTEVIILLA, Julián; *Derecho de Familia*. Editorial UNACH, México 1972, Pág. 125, Apud. CHAVEZ ASENCIO, Manuel; *La Familia en el Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1984, Pág. 140.

tutelan los intereses individuales como intereses autónomos, independientes, opuestos; ni se tutela tampoco la libertad de querer referente a estos intereses. Es más, la subordinación de las voluntades es de interés unitario, superior, por consiguiente, a los intereses individuales se manifiestan mucho más claramente que en el Derecho Público.¹⁴³

Cicu volvió a replantear sus ideas en un trabajo titulado *Principios Generales del Derecho Familiar*, en el cual rectificó la posición sostenida; admitiendo que no puede trazarse una analogía entre el Estado y la Familia, pues la ausencia de concepto de soberanía en el Derecho Público, aleja al Derecho Familiar de éste. Advierte que si en las relaciones de familia priva la idea de potestad o poder, a diferencia de la soberanía del Estado, ese poder es ejercido por y sobre personas determinadas, la potestad paterna y materna, y durante un tiempo determinado. En cambio el poder que encarna el Estado actúa sobre todos los individuos y es limitado en el tiempo.¹⁴⁴

Sostuvo que la relación jurídica con caracteres de Derecho Público: interés superior unitario, y voluntades convergentes a su satisfacción, siendo entonces una relación orgánica que muestra a la familia como un organismo igual al Estado.¹⁴⁵

3.2.2.2 Friedrich Karl Von Savigny

Recordemos que las normas reguladoras del Derecho de Familia tienen la característica de ser normas de orden público; es decir, la ley y no la voluntad es la que regula y el contenido, extensión y eficacia de las relaciones familiares.

¹⁴³ CHAVEZ ASENCIO, Manuel; *Ibíd.*, Pág. 140

¹⁴⁴ CICU, Antonio; *El Derecho de Familia*, Traducción de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1947, Apud. ZANNONI, Eduardo; *Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tomo I, 2ª Editorial., Astrea, Buenos Aires, 1989, Pág. 19

¹⁴⁵ CICU, Antonio citado por D'ANTONIO, Daniel; *Ibíd.*, Pág. 40.

Al ser las normas familiares protectoras se elevan a rango constitucional (artículo 4 constitucional) al protegerse la institución familiar y su desarrollo.

El estudioso del Derecho Manuel Chávez Ascencio asevera que existe una primacía del interés social sobre el individuo, al cual se le imponen limitaciones al principio de autonomía de la voluntad. Por lo tanto, el interés individual ha sido sustituido en esta materia por el interés superior familiar y, a través de ésta, el de la sociedad y el Estado¹⁴⁶.

A continuación trataremos a uno de los más importantes estudiosos del Derecho: Friedrich Karl Von Savigny, exponiendo de manera breve su posición en cuanto al orden público, para así determinar si en verdad éste juega un papel decisivo en la naturaleza jurídica del Derecho Familiar.

Friedrich Karl Von Savigny fue un tratadista alemán profesor de la Universidad de Berlín y uno de los juristas más importantes y destacados del siglo pasado.

Ricardo Balestra nos refiere que uno de los estudios realizados por Friedrich Karl Von Savigny, es con relación al conflicto de leyes, en el cual propone una comunidad jurídica entre los Estados que permita la interpretación de leyes, es decir, analizó las distintas comunidades según su diverso grado de evolución: la familia, el municipio, la provincia y el Estado.

Friedrich Karl Von Savigny, citado por Ricardo Balestra, reconoce como pilares de la civilización jurídica de los pueblos dos ordenamientos fundamentales: el derecho romano y el derecho canónico; en donde descubre que son el basamento común de la evolución de los Estados y de su similar grado de cultura y civilización. Es esa semejanza la que hace concluir a Friedrich Karl Von Savigny, que existe una concordancia básica de principios que informan a las legislaciones, esta es "la Comunidad Jurídica de los Estados".

¹⁴⁶ Cfr. 155-156

Según Friedrich Karl Von Savigny, citado por el maestro Ricardo Balestra, la Comunidad Jurídica de los Estados en materia de Derecho Internacional permitiría prescindir de posibles derechos conflictivos, esto es, mediando en la comunidad un mínimo de equivalencia entre sus instituciones jurídicas, que no afectaría la esencia de sus instituciones.

Explica Friedrich Karl Von Savigny que cuando no se da ese mínimo de equivalencia entramos en el ámbito de las leyes de orden público¹⁴⁷:

*“... cierta clase de leyes por su naturaleza especial, no admiten esta independencia de la comunidad de Derecho entre diversos Estados. En presencia de estas leyes el juez debe aplicar exclusivamente, el Derecho nacional, es decir, su propia ley, aun cuando nuestros principios exigiesen la aplicación del derecho extranjero...”*¹⁴⁸

Ricardo Balestra menciona que en todo el Derecho el orden público constituye una categoría fundamental, siendo el mundo jurídico un ordenamiento de la conducta social.

A través de preceptos normativos, el orden público constituye una base fundamental, subyacente e imperativa, a la que se recurre cuando determinada conducta atenta contra dicha base fundamental, aunque sin violar normas expresas y escritas del derecho.

Para autores como Friedrich Karl Von Savigny la noción de Orden Público:

¹⁴⁷ BALESTRA Ricardo R.; *Manual de Derecho Internacional Privado*, Parte General, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, pp. 65-67.

¹⁴⁸ ARRELLANO GARCÍA, Carlos; *Derecho internacional Privado*, duodécima Edición, Editorial Porrúa, México 1998. Pág. 881.

“...tiene un alcance territorial basado en el interés del orden social o moral que el Estado tiene de mantener la aplicación de determinados principios”¹⁴⁹.

De lo anterior, Friedrich Karl Von Savigny, citado por Ricardo Balestra, refiere que el orden público interno actúa como límite a la autonomía de la voluntad de los particulares en sus relaciones contractuales, dentro de un Estado en sus normas.¹⁵⁰

De lo anterior concluyo que del estudio realizado por Friedrich Karl Von Savigny, de conflictos de leyes entre los Estados, nos da la pauta para tener en cuenta que cada Estado se ve protegido con normas que no permiten transgredir su orden jurídico, ni sus instituciones, siendo éste el orden público; y que al interior éste se presenta como un límite a la libertad de los individuos en sus relaciones contractuales con el objeto de preservar un orden social y así de mantener principios arraigados dentro de una comunidad. Es por ello que el orden público es parte de la naturaleza jurídica de la familia, la cual siempre la determinaremos como la fuente de los principios y valores del hombre dentro de la sociedad.

3.2.2.3 Maurice Haurio

En el presente trabajo hemos dejado claro que la Familia es una institución jurídica, por lo que, también forma parte de la naturaleza jurídica del Derecho Familiar, y es necesario abundar un poco al respecto de la institución.

Rafael Rojina Villegas señala que una institución jurídica:

¹⁴⁹ TRIGUEROS SARAIVA, Eduardo; *Estudios de Derecho Internacional Privado*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1990, Pág. 191.

¹⁵⁰ BALESTRA Ricardo R.; *ibíd.*, pp. 96-97.

"Es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y que persiguen una misma finalidad".¹⁵¹

Maurice Hauriou fundador de la teoría de la institución, citado por el maestro Rojina Villegas determina que la institución es:

"Una idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en un medio social. En virtud de la realización de esta idea se organiza un poder que requiere órganos; por otra parte entre los miembros del grupo social interesados en la realización de esta idea, se producen manifestaciones comunes, dirigidas por los órganos del poder y regidas por procedimientos".

"Es todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados; tal es la familia, que no puede ser destruido ni siquiera por la legislación."¹⁵²

Por lo que la familia como idea de obra significa la común finalidad de una pareja hombre-mujer de reproducirse y realizar un estado de vida permanente. Para el logro de las finalidades comunes que impone la institución, se organiza un poder que tiene por objeto mantener la unidad y la dirección dentro del grupo. En la familia, los cónyuges son los órganos del poder asumiendo ambos la autoridad o uno de ellos.

Para el Maestro Rafael Rojina Villegas la tesis de Maurice Hauriou tiene una gran significación pues comprende los lazos de unidad y el estado de vida que le da la significación social y jurídica; y la estructuración normativa de la familia a través de la cual se establecen las finalidades, órganos y procedimientos de la institución.¹⁵³

¹⁵¹ HAURIOU, Maurice Teoría de la Institución y la Fundación, Apud. ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Tomo I, *ibíd.*, Pág. 291.

¹⁵² *Idem.*

¹⁵³ ROJINA VILLEGASA, Rafael, *ibíd.*, Pág. 292.

Al ser la familia el objeto de estudio del Derecho Familiar es necesario reconocer que ésta es una institución, constituye una comunidad de vida permanente, en ella se encuentran un conjunto de principios éticos y morales, es decir, encontramos elementos sociales y jurídicos que se regulan dentro de ella misma, por lo que los miembros que la conforman deben cumplir fines dentro y fuera de la familia para preservar la institución.

3.2.2.4 Roberto De Ruggiero

En el segundo capítulo del presente trabajo se vio reflejada la posición de este autor en cuanto a la autonomía del Derecho Familiar. Recordemos que sigue el criterio del maestro Antonio Cicu en cuanto no forma parte del Derecho Público o Privado, sino que es autónomo dentro del Derecho.

La posición de Roberto De Ruggiero en cuanto a la naturaleza del Derecho Familiar es la de ser un género nuevo en el cual no tiene cabida el interés individual de la persona, sino que encuentra en las relaciones familiares un interés superior, que es el de la familia, porque a las necesidades de ella asiste la tutela jurídica, además que al recibir protección la familia también la recibe el Estado.

Al respecto el autor en cita hace constar que el fin de la familia es el fin de la comunidad social que ha de conseguirse indudablemente, y no puede confiarse a la voluntad del particular ya, que es actuar contrariamente a la utilidad general.¹⁵⁴

Como corolario de lo anterior, se refleja que la voluntad de los particulares se ve nulificada en el Derecho Familiar, pues el fin perseguido es el de la comunidad social y sólo ha de alcanzarse, a través del Estado con una legislación a favor de la protección y regulación de la familia.

¹⁵⁴ DE RUGGIERO, Roberto; *Ibid.*, pp. 7-8.

Distingue las normas del Derecho Familiar como imperativas e inderogables, es la ley quien regula las relaciones jurídicas, determina la extensión y contenido de las potestades, sin que el particular pueda realizar modificación alguna.¹⁵⁵

De lo expuesto anteriormente propone cuatro principios del Derecho Privado que no pueden ser aplicados al derecho Familiar; principios que fueron expuestos con anterioridad, por lo que es necesario precisar su posición en cuanto a la naturaleza jurídica del Derecho Familiar:

Todo el Derecho Familiar reposa en esta idea: que los vínculos que establecen y los poderes se otorgan no tanto por crear derechos como por imponer deberes. Lo cual se manifiesta no solamente en el hecho de la violación del deber, sino en el uso y en el abuso de las facultades correlativas determinan la privación de ellas, así que los poderes se pierden si se ejercitan mal, en cambio, no se extinguen por prescripción ni por renuncia voluntaria. Es siempre el aspecto de obligación o deber el que predomina en toda relación, precisamente porque se trata de un interés superior, que se evidencia especialmente cuando nos referimos al reducido círculo de la familia, a cuya protección responde muchas instituciones familiares.

Todas estas ideas llevan a Roberto De Ruggiero a concluir que el Derecho Familiar se destaca de las demás partes del Derecho privado y lo aproxima al público, sin embargo, no se puede decir que sea un verdadero derecho público, pero sí constituye una rama autónoma.¹⁵⁶

De lo anterior es claro que uno de los fines que se persiguen en el Derecho Familiar distinto a los del Derecho Privado es el de la comunidad social que ha de satisfacerse para bien no únicamente de ella misma sino también del Estado.

¹⁵⁵ Ídem.

¹⁵⁶ DE RUGGIERO, Roberto; Tomo II, *Ibid.*, pp. 12 y 13.

Además de que los vínculos, poderes y deberes de las relaciones jurídicas familiares son establecidos por la ley; no hay lugar para que la libre voluntad del particular en donde existe un interés superior familiar.

3.2.2.5 Julien Bonnecase

Para Julien Bonnecase la familia se ha revelado como una realidad orgánica, constituida por la unión íntima y jerarquizada, de un grupo extenso de personas. Precizando que no se trata de un grupo de personas unidas arbitrariamente, sino que es un organismo especial de contornos precisos.¹⁵⁷

Refiere que es un error considerar a los derechos de familia, como derechos de carácter personal, lo cual es contrario a la naturaleza de la familia a la cual debe regir. Pues considera que dentro del Derecho Familiar hay un elemento personal y otro patrimonial que aún se encuentran confundidos orgánicamente, en el seno de la familia moderna.¹⁵⁸

Realiza una aclaración relativa a la función del Derecho en la organización, vida y disolución de la familia. Dice que se debe evitar la tendencia de atribuir al Derecho Civil todas las virtudes; aun cuando es verdad que en el Derecho Familiar el Derecho no es el todo, la estructura jurídica de la familia no deja de influir gravemente sobre sus propios destinos.¹⁵⁹

Una vez que hemos definido a la familia como institución, es indispensable tomar en cuenta lo dicho por Julien Bonnecase al respecto, ya que aunado con la naturaleza jurídica del Derecho Familiar enriquece su aportación al tema tratado.

¹⁵⁷ BONNECASE, Julien; *Elementos del Derecho Civil*, trad. José M. Cajica Jr., Tomo I, Cárdenas Editor, México, 1985, pp. 501 y 502.

¹⁵⁸ *Ibidem* Pág. 503.

¹⁵⁹ BONNECASE, Julien; *La filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia*, trad., José M. Cajica Jr., Puebla, 1945, Pág. 26

Refiere el jurista en cita que la institución es una entidad jurídica que tiene su raíz en la persona, sin embargo, la traspasa en duración, en continuidad, y en permanencia, así los hombres mueren, las generaciones se suceden, y *la familia* permanece con su espíritu, con sus tradiciones. Por lo que al ser la familia una de las instituciones más altas, conserva una virtud de conservación que desarrolla la usura del tiempo y que resiste toda destrucción y toda opresión y cuyo servicio se impone tan imperiosamente a la conciencia individual.¹⁶⁰

Asevera el autor que las doctrinas jurídicas se empeñan en reducir el orden jurídico al contrato y se obstinan en no admitir fuera del individuo ningún sujeto, sino ha de ser a favor de una ficción de personalidad gratuita y arbitrariamente conferida por el Estado,¹⁶¹ es decir, que aun a la comunidad la quieren reducir por medio del contrato.

“Toda institución elemental se enriquece con lo que da a la institución superior, y toda institución superior se refuerza con la autonomía.”¹⁶²

Aun cuando Julien Bonnecase no precisa del todo la autonomía del Derecho Familiar, por considerar que el Derecho Civil en una época brindó la armonía social fundado, por una parte, en las aspiraciones colectivas e individuales, sí deja asentada la importancia de la familia como institución, observando que tiene contornos precisos, y que no es posible que dentro del Derecho Civil todo se reduzca al elemento individual dejando siempre de lado la importancia colectiva o social.

Concluyo al respecto que si bien el Derecho Civil como parte del Derecho Privado albergó al Derecho Familiar dentro de sus principios, aun cuando se ha reconocido por grandes juristas, como los expuestos, que éste derecho en cuestión tiene

¹⁶⁰ BONNECASE, Julien; *Introducción al estudio del Derecho*, 2ª Ed., Editorial Themis, Santa Fe, Bogotá, Colombia, 2000, Pág. 54.

¹⁶¹ *Ibidem* Pág. 56.

¹⁶² *Ibidem*. Pág. 58.

principios divergentes a los que cuenta el derecho privado, al contar con una tutela jurídica plena por el derecho no es posible reducir el interés superior familiar a la libre voluntad del individuo, pues la familia se constituye en un ente intemporal e impersonal y, por lo tanto, está muy por encima del individuo.

CAPITULO IV

PRINCIPIOS JURÍDICOS DEL DERECHO FAMILIAR EN NUESTRO PAÍS DERIVADOS DEL ORDEN PÚBLICO.

4.1 Principios Jurídicos del Derecho Familiar derivados del Orden Público

No cabe duda que el Derecho Familiar es parte fundamental del mundo del Derecho, por lo que cuenta con normas de un carácter especial, es decir, que las prescripciones legales que lo conforman tienen el valor de orden público. En efecto, toda vez que la sociedad está interesada en la aplicación de las reglas concernientes a la organización de la familia,¹⁶³ pues es la unidad social más importante a la que pertenece el hombre.

4.1.1 Principios Jurídicos Especiales del Derecho Familiar

En el presente apartado se desarrollan de manera breve cuatro principios singulares y medulares en el Derecho Familiar, relacionados por su puesto con el Orden Público que lo hacen ser un Derecho especial, dentro del universo del Derecho.

4.1.1.1 Sujetos

El punto de partida en el presente apartado es determinar quien o quienes son los sujetos en el Derecho Familiar. Rafael Rojina Villegas señala que en el campo del Derecho se entiende como sujetos: los entes que sirven de centros de imputación

¹⁶³ COLIN, Ambroise y CAPITANS, Henry; *Colección Grandes Maestros del Derecho Civil*, Volumen 1, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002, Pág.43.

de derechos subjetivos, deberes jurídicos, sanciones, actos y normas de derecho.¹⁶⁴

Ricardo Sánchez Márquez cita a Recasens Siches quien en su libro *Introducción al Estudio del Derecho*, por su parte, nos indica que el sujeto de una relación jurídica es el portador del derecho subjetivo. Es el elemento esencial de toda relación jurídica, tanto en el Derecho Privado como en el Derecho Público.¹⁶⁵

En otras palabras y como lo expresa Rafael Rojina Villegas, todo derecho pertenece a alguien que se halla investido de la facultad de exigir, en su propio beneficio o en beneficio de otro, el cumplimiento de los deberes que impone la norma legal.

Refiere el propio maestro que en el Derecho Familiar los sujetos que intervienen son personas físicas; podemos considerar como sujetos del mismo a todos aquellos que tengan la calidad de parientes (por consanguinidad, por afinidad, adopción). Dicha calidad de pariente, otorga la función de sujeto activo o pasivo en una determinada relación jurídica.¹⁶⁶ Son de gran relevancia estos sujetos ya que es obligación de los parientes protegerse mutuamente por ser uno de los corolarios del principio de familia.¹⁶⁷

Otros sujetos que se determina indudablemente es la calidad de cónyuges, quienes son la parte medular para la formación del núcleo familiar, es decir, son los sujetos especiales del matrimonio, a quienes corresponden derechos y obligaciones que recíprocamente la ley les concede, y que se proyectan sobre los parientes legítimos y, especialmente, en las relaciones paterno-filiales.

¹⁶⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael; *Ibid.*, Pág. 99

¹⁶⁵ Cfr. SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo, *Derecho Civil, Parte General Personas y Familia*, Editorial, Porrúa, México, 1998, p.137-138.

¹⁶⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Ibid.*, Pág. 107

¹⁶⁷ MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil, Tomo III, Ibid.*, p. 514.

Además se encuentran las relaciones inherentes a la patria potestad y a la tutela. El maestro Galindo Garfías nos comenta que la patria potestad toma su origen de la filiación, y tiene como finalidad la asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación a sido establecida legalmente, sea de hijos nacidos dentro del matrimonio fuera de él o de hijos adoptivos. Marcel Planiol citado por el Doctor Jorge Mario Magallón Ibarra, determina a la patria potestad como:

“El conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre o la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales. El resumen de esas obligaciones lo encuentra en una sola frase: la educación de los hijos.”¹⁶⁸

Es bien conocido que la patria potestad es parte del régimen de familia, por lo que el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal determina que los ascendientes (parientes) en segundo grado pueden ejercer la misma; es por ello que Ricardo Couto hace resaltar que los preceptos que la reglamentan interesan, en alto grado, al orden público y no puedan por lo mismo modificarse por virtud de convenios privados.¹⁶⁹

Cabe mencionar que el artículo 424 del Código Civil para el Distrito Federal hace alusión al carácter tutelar de la Patria Potestad:

“El que esta sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni puede contraer obligación alguna, sin expreso

¹⁶⁸ *Ibidem.* Pág. 524.

¹⁶⁹ COUTO, Ricardo; Colección Grandes Maestros del Derecho Civil. Volumen 3, Serie Personas y Bienes, Editorial Jurídica Universitaria, México 2002, Pág. 351.

consentimiento del que o los que ejerzan aquel derecho.”(*Código Civil para el Distrito Federal*)

Por otra parte el Doctor Jorge Mario Magallón Ibarra refiere que la tutela es considerada una institución supletoria de la patria potestad. Opera en aquellos casos en que la patria potestad no existe, y excepcionalmente concurre en circunstancias especiales, a proveer de protección a los menores e incapacitados.

170

Por su parte Ricardo Couto manifiesta que una función importante del Estado es la de velar por aquellos individuos que, por su corta edad, o por el defectuoso desarrollo de sus facultades mentales, no tienen plena conciencia, no pueden conducirse por sí mismos; en estas condiciones se encuentran los menores y los dementes, por lo que se ponen al cuidado de un tutor, o sea de un representante que atienda su persona e intereses.

Por lo dicho en el párrafo anterior, el maestro Ricardo Couto define a la tutela como:

“Una institución creada por el Estado para salvaguardar la persona y los bienes de los que, careciendo de protectores naturales, son incapaces para conducirse por sí mismos.”¹⁷¹

De esta manera refiere el maestro Ricardo Couto que la organización de la Tutela:

“Interesa al orden Público; es decir que la sociedad tiene el interés en que no estén sin protección aquellos hijos que, por haber perdido a sus padres y ascendientes, han quedado solos, y privados de apoyo; para

¹⁷⁰ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario; Tomo III, *Ibid.*, Pág. 539.

¹⁷¹ COUTO, Ricardo, *Ibid.*, pp. 382-384.

*asegurarles esta protección, que tan necesaria les es. Para satisfacer aquel interés, que es propiamente una exigencia social, se ha creado la tutela; ésta como medida protectora de la familia, base de la sociedad, concierne al orden público. De aquí que haya que deducir que las consecuencias de que las disposiciones referentes a la tutela están por encima de la voluntad de los particulares, quienes no pueden ampliar ni restringir las facultades y obligaciones de los tutores, no modificar la forma en que la ley manda.*¹⁷²

De las relaciones antes referidas surgen derechos y deberes subjetivos que recíprocamente se imputan tanto a las personas que ejerce los derechos como a los incapacitados que se encuentran bajo éstas. Por lo que, tanto los incapacitados como quienes desempeñan la patria potestad o tutela, tienen la doble calidad de sujetos activos y pasivos, pues se trata de relaciones sinalagmáticas que imponen derechos y obligaciones recíprocas.¹⁷³

De lo expuesto en este primer principio concluyo que los sujetos del Derecho Familiar son los entes jurídicos ligados por razones de parentesco dentro de un todo organizado, y que le dan al mismo la estructura singular, ya que la ley les otorga una combinación de funciones por demás importantes y que por su relevancia dentro de la sociedad son absolutamente irrenunciables para los sujetos integrantes del núcleo familiar.

4.1.1.2 Derechos Subjetivos

Rafael de Pina nos refiere que el tema de los derechos subjetivos es diversamente concebido dentro de la doctrina, aunque advierte, que existe una teoría que trata de explicar su verdadera significación: la teoría de la voluntad y la del interés.

¹⁷² Ibidem Pág.385.

¹⁷³ ROJINA VILLEGAS; Rafael. *Ibid.*, Pág. 107.

La teoría de la voluntad es representada por Hegel, Savigny y Widsched, quienes consideran al derecho subjetivo como un poder de la voluntad individual.

En este sentido, y por su parte, Widsched citado por el maestro Rafael De Pina, lo ha definido como:

*"La potestad o señorío de la voluntad conferida por el ordenamiento jurídico; aclarando que la voluntad a que se refiere no es la del titular del derecho, si no la del ordenamiento jurídico, que toma esa voluntad como el contenido de su precepto."*¹⁷⁴

El autor Rafael de Pina hace alusión a que la teoría del interés a la que se hacía mención en líneas anteriores tiene su representante en Rudolf Von Ihering quien considera el derecho subjetivo, como un interés jurídicamente protegido, elemento esencial del Derecho, es un bien o el interés para el que el ordenamiento jurídico otorga su protección.¹⁷⁵

Con apoyo en lo anterior Giovanni Gentile citado por Rafael De Pina, ha manifestado que el derecho subjetivo, es un derecho derivado que tiene en el derecho objetivo su razón de ser y su esencia, ya que éste, en su realidad, confiere al derecho una fuerza con respecto a otro, correspondiente a la obligación, respectiva de éste hacia el primero.¹⁷⁶

Ahora bien, veamos como funciona el término de derecho subjetivo en el campo del Derecho Familiar, Alberto G. Spota citado por Daniel Hugo D'Antonio refiere que los derechos subjetivos han llevado a concebirlos como derechos-funciones o poderes-funciones. Su correcta valoración es reconocer que cumplen una función

¹⁷⁴ DE PINA Rafael, Elementos del Derecho Civil Mexicano, Volumen I, 16 Edición, Editorial Porrúa, México, 1989, Pág. 62

¹⁷⁵ IHERING VON, Rudolf; Apud. DE PINA, Rafael; Elementos del Derecho Civil Mexicano, Volumen I, 16 Edición, Editorial Porrúa, México, 1989, Pág. 62.

¹⁷⁶ GENTILE, Giovanni Apud. DE PINA, Rafael; Elementos del Derecho Civil Mexicano, Volumen I, 16 Edición, Editorial Porrúa, México, 1989, Pág. 62.

social y que el acento es puesto con mayor énfasis al tratarse de la familia, por lo que en tal circunstancia, nunca pierde su esencia como derechos subjetivos.¹⁷⁷

Ahora bien, ya que tenemos una base sobre la cual determinar qué es un derecho subjetivo, revisemos la característica que presenta dentro del Derecho Familiar para ser considerado como un principio.

Cesar Augusto Belluscio, en su libro *Derecho de Familia*, señala que los derechos subjetivos familiares se distinguen por ir unidos a deberes o ser correlativos de ellos. Tienen una finalidad moral, por ser además una característica de las normas familiares su alto contenido moral, de manera que en general son otorgados a su titular para cumplir aquellos deberes jurídicos impuestos por ley. Por tal se han denominado como ya lo había dicho Alberto G. Spota como: derechos- funciones, derechos-deberes, o poderes-funciones.¹⁷⁸

Eduardo Zannoni, cita a Elías Gustavino quien aporta una definición clara al respecto de los derechos subjetivos familiares; enunciando que los derechos subjetivos familiares son:

*"Las facultades otorgadas a las personas como medio de protección de intereses legítimos determinados por las relaciones jurídicas familiares."*¹⁷⁹

Así mismo, Rene Ramos Pazos determina los derechos subjetivos en el Derecho Familiar como las facultades que nacen de aquellas relaciones que, dentro del grupo familiar, mantiene cada uno de los miembros con los demás para el cumplimiento de los fines superiores de la entidad familiar. Los derechos subjetivos son el efecto de las condiciones personales o estados que son

¹⁷⁷ SPOTA, Alberto G.; *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Vol. I, Buenos Aires, 1968, Pág. 25. Apud. MENDEZ COSTA, María J. Y D'ANTONIO, Daniel Hugo, *Ibid.*, Pág. 44.

¹⁷⁸ BELLUSCIO, César Augusto; *Ibid.*, Pág. 41

¹⁷⁹ ZANNONI, Eduardo; *Ibid.*, Pág.32.

inherentes a la persona y se imponen como derechos absolutos, respecto de todos, y aun cuando pueden surgir relaciones económicas pero son consecuencias de dichos estados.¹⁸⁰

Enrique Díaz de Guijarro cita al maestro Antonio Cicu para abordar éste tema, y según este último, existe el derecho subjetivo en cuanto concurre el interés familiar y un poder para actuar. El interés familiar refiere, es un *Interés Superior*, autónomo y eventualmente opuesto a los intereses individuales de quienes integran el grupo. Se trata de un interés único, en cuanto es interés del agregado familiar y no de las personas, aunque está graduado por la diversidad de funciones y de personas. Es un interés de miembros, vinculado a la posición que ocupa la persona en la familia, por lo que, cualquiera que sea el interés particular que promueva una controversia sobre determinada relación familiar no es éste interés particular el objeto de valoración, sino el interés único superior. Advierte que esto se corrobora con la evidencia de determinada posición en la familia y a la cual la ley vincule el derecho que se ejerce, o que se quiera comprobar o reclamar dicha posición.¹⁸¹

Por lo que Antonio Cicu, el interés familiar se manifiesta en dos formas: como interés en la función familiar, y como interés en vigilar su ejercicio. El primer aspecto se subdivide en interés en ser investido de la función e interés en ejercitarla. La realización del interés familiar significa que el interés de la familia debe decidir el problema judicial, en prevalencia sobre el interés individual.

Comprende Antonio Cicu, que la parte más difícil es conciliar el interés individual y el interés familiar. Esto le hace diferenciar, el interés, de los destinatarios de la función y el interés de los demás miembros de la familia, en que tal función satisfaga. Por lo mismo, afirma que el interés individual es simple motivo de la

¹⁸⁰ Cfr. RAMOS PAZOS, Rene; *Derecho de Familia*, 3ra Edición, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000. Pág. 14.

¹⁸¹ DIAZ DE GUJARRO, Enrique; *Tratado de Derecho Familiar*, Editorial Tipográfica, Buenos Aires, 1953, Pág. 31.

acción y que la ley lo utiliza para garantizar el interés familiar, en otras palabras en toda acción sobre un derecho emergente del estado de familia, se ampara el interés familiar, no el interés particular.¹⁸²

De acuerdo al criterio de Enrique Díaz de Guijarro, el interés familiar debe valorarse como medio de protección del interés individual dentro del núcleo y sobre la base de que su amparo satisfaga los fines familiares, en supuesto de colisión de ambos, cederá el interés individual, porque es la única manera de que el vínculo jurídico familiar se realice.

El segundo elemento del derecho subjetivo familiar es una voluntad a la que jurídicamente se le reconozca la potestad de actuar y tutelar el interés familiar. Esa voluntad, es una voluntad familiar; y la define como voluntad vinculada al fin de la satisfacción del interés familiar, que se encuentra, en todo hombre, junto a la voluntad libre individual.

La voluntad familiar en esta concepción se ejerce como un poder, puesto que de todo agregado social emerge, como fenómeno indefectible, la formación de un poder superior, destinado a realizar sus fines.¹⁸³

De lo anterior concluyo que es un segundo principio ligado al primero, pues los derechos subjetivos van unidos a los sujetos, o bien los sujetos cuentan con facultades jurídicas originadas por condiciones personales entre los individuos como son: el matrimonio, el parentesco, la patria potestad, la tutela; dicha facultad o deber se ejercita en beneficio, cuidado y atención de intereses legítimos mismos que están debidamente atendidos por la norma jurídica.

¹⁸² Ibidem. Pág. 32

¹⁸³ Ibidem. Pág. 33.

4.1.1.3. Supuestos jurídicos especiales

Para poder adentrarnos en el presente tema tratemos de manera general, expresar que es un supuesto jurídico; según el gran maestro Eduardo García Máynez:

*"el supuesto jurídico es, la hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias establecidas por la norma y es uno de los elementos integrantes del precepto de derecho, y su importancia es capital, ya que señala los requisitos que condicionan las facultades y deberes del mismo precepto."*¹⁸⁴

Los supuestos jurídicos especiales del Derecho Familiar son aquellos elementos necesarios y constantes dentro de las relaciones jurídicas familiares. Rafael Rojina Villegas refiere que en el Derecho Familiar encontramos como supuestos jurídicos especiales todos los que derivan del parentesco consanguíneo y, particularmente, los que se establecen por la filiación o vínculo entre padres e hijos. De éstos supuestos jurídicos especiales se derivan las consecuencias.¹⁸⁵

Entre los supuestos jurídicos especiales del Derecho Familiar encontramos al parentesco, matrimonio y concubinato.

El parentesco, se define como el nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes de otro cónyuge, o entre adoptante y adoptado.¹⁸⁶ Refiere el maestro Jorge Mario Magallón Ibarra que los estudiosos del derecho Civil definen al parentesco como la relación que existe entre dos personas, de las cuales una desciende de otra o ambas de un autor, tronco o progenitor común.¹⁸⁷

¹⁸⁴ GARCIA MÁYNES, Eduardo *Ibid.*, Pág.171.

¹⁸⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael; *Ibid.*, Pág. 108.

¹⁸⁶ GALINDO GARFÍAS, *Ibid.*, Pág. 445.

¹⁸⁷ MAGALLON IBARARA, Jorge Mario, Tomo III, *Ibid.*, Pág. 53.

Por lo que los sujetos de esa relación son entre sí parientes; y el grupo de parientes y los cónyuges constituyen una familia. Por lo que el parentesco, al mismo tiempo que vincula a los miembros de la familia, limita el círculo del vínculo familiar. Los derechos y deberes se generan entre parientes en razón de pertenecer a un determinado grupo familiar, parten de un supuesto previo: la existencia del parentesco.

El maestro Ignacio Galindo Graffías resume diciendo que el parentesco, no es sino la adscripción de una persona a una determinada familia.

El parentesco halla su razón de ser en la solidaridad social y en los lazos de afecto que derivan de la comunidad de sangre, del matrimonio y la adopción.¹⁸⁸

La celebración del matrimonio produce entre los cónyuges el nacimiento de una serie de relaciones jurídicas. Es decir se compone de un complejo de deberes y facultades, derechos y obligaciones, en vista y para protección de los hijos y la mutua colaboración y ayuda de los cónyuges.

El conjunto de deberes y facultades, obligaciones y derechos que constituyen ese complejo de relaciones jurídicas matrimoniales, se presentan convergentes y coordinadas hacia los fines antes dichos que para ser realizados requieren el esfuerzo y ayuda de los cónyuges. Esa comunidad de vida ente el varón y la mujer, es un hecho natural que se impone al derecho y que este eleva a la categoría jurídica, para organizarlo y sancionarlo por medio del complejo de relaciones jurídicas que constituyen ese estado.¹⁸⁹

Lo esencial en el matrimonio desde el punto de vista jurídico, radica en que a través de él, la familia como grupo social encuentra adecuada organización jurídica; la seguridad y la certeza de las relaciones entre los consortes, la situación

¹⁸⁸ GALINDO GARFÍAS, *Ibid.*, Pág. 445.

¹⁸⁹ *Ibidem*, Pág.473.

y estado de los hijos, de sus bienes y sus derechos familiares. El matrimonio, a través de la seguridad y la certeza que le imparte el Derecho, fortalece al grupo familiar y permite que cumpla las finalidades sociales éticas y aún económicas que le competen dentro de la comunidad.¹⁹⁰

El maestro Jorge Mario Magallón Ibarra asevera que el Derecho define al matrimonio como una institución jurídica de orden público, de la que deriva un estado matrimonial a la vez que una situación conyugal. Lo define como Refiere el un "sistema jurídico". Sistema porque estructura y organiza un hecho que se expresa en forma de institución, de la que resulta en forma concreta un conjunto de relaciones, situaciones y estados que se conjugan en un todo, en el cual sus partes son independientes; no pudiendo comprender un hecho aislado de él, sin abarcar todo el conjunto, es decir, todas las formas de Derecho Familiar se encuentran vinculadas ordenadamente en una universalidad: el matrimonio.¹⁹¹

Por otra parte, el concubinato es la cohabitación entre el hombre y la mujer para hacer una vida en común de forma permanente, es un hecho lícito que produce efectos jurídicos.¹⁹²

De acuerdo con el artículo 291-Bis del Código Civil para el Distrito Federal, en la que se establece la unión denominada:

"Concubinato: ambos concubinos tienen obligaciones recíprocas, deben estar libres de matrimonio, deben vivir en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años." (Código Civil para el Distrito Federal).

¹⁹⁰ *Ibidem*, Pág.474.

¹⁹¹ MAGALLON IBARRA, Jorge Mario; Tomo III, *Ibid.*, Pág.104.

¹⁹² GALINDO GARFIAS, *Ibid.*, Pág. 483.

Se distingue el concubinato del matrimonio, en que este produce plenitud de derechos y obligaciones. Es un acto y un estado que el Estado sanciona y protege plenamente.¹⁹³ Aun cuando en el artículo 291-Ter. se establece que:

“regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia en lo que fueren aplicables.” (Código Civil para el Distrito Federal).

Para el maestro Jorge Mario Magallón Ibarra, en el concubinato se ausenta el honor matrimonial, por lo que la mujer no tiene el rango de esposa y de ahí que se califique como una unión inferior.¹⁹⁴

Hemos observado en este apartado que los supuestos jurídicos que se derivan del Derecho Familiar son distintos a los del Derecho Privado y en particular a los del Derecho Civil, es por ello que se considera como uno de los principios del Derecho Familiar; no encontraremos dentro del Derecho, supuestos más importantes, en los que toda la sociedad se interese en las consecuencias que se generan alrededor de los mimos.

4.1.1.4 Consecuencias

De acuerdo con Rafael Rojina Villegas las consecuencias son todas aquellas situaciones jurídicas que sobrevienen en virtud de la realización de los distintos supuestos previstos en las normas jurídicas.¹⁹⁵

El maestro Rafael Rojina Villegas al respecto menciona que en el Derecho Familiar las consecuencias se presentan respecto a los estados jurídicos, que a su vez originan un conjunto de derechos y obligaciones de manera permanente. Dichos estados jurídicos se crean dentro del seno de la familia, y constituyen las

¹⁹³ *Ibidem*, Pág.484.

¹⁹⁴ MAGALLON IBARRA., Jorge Mario; Tomo III, *Ibid.*, Pág. 338.

¹⁹⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael; *Ibid.*, Pág.144.

diversas manifestaciones del estado civil de las personas en sus distintas calidades de parientes, cónyuges, incapaces sujetos a patria potestad y tutela. De esta forma y en atención a lo expuesto por el maestro Rojina Villegas cada uno los estados familiares origina tanto de derechos y obligaciones.¹⁹⁶

Dichas consecuencias como principio jurídico existen en razón de la particularidad que presentan en el área del Derecho Familiar; creando derechos y obligaciones permanentes, como consecuencia de los diversos estados que se crean a los individuos como parte de un núcleo familiar.

El estudioso del Derecho Rafael Rojina Villegas refiere que en este principio del Derecho Familiar los particulares no pueden fijar a su placer los fines que habrán de alcanzar en un acto jurídico familiar, por lo que carecen de relevancia sus propósitos individuales. Es decir, el fin impuesto por el ordenamiento jurídico es de carácter superior en todo el Derecho Familiar y a él deben tender las partes al constituir la relación jurídica.

Hay que hacer notar que aun cuando en determinados actos como el matrimonio o la adopción existe una manifestación de voluntad por la que se crean derechos y obligaciones, dicha voluntad humana es tan sólo para dar nacimiento al estado, pero no para dar alcance y naturaleza a los derechos y obligaciones que del mismo se derivan. Por lo que señala Rafael Rojina Villegas que es exclusivamente la ley, la que viene a determinar, una vez realizado el acto jurídico constitutivo del estado, el alcance y naturaleza.¹⁹⁷

Siguiendo el criterio de Rafael Rojina Villegas, se puede afirmar que existen situaciones naturales que la ley simplemente reconoce. Tales son las relaciones jurídicas que se crean por el parentesco consanguíneo y las que se constituyen por la patria potestad.

¹⁹⁶ Ibidem, Pág. 224.

¹⁹⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael; *Derecho Civil Mexicano*, Tomo II, *Derecho de Familia*, 21 Edición, Editorial Porrúa, México, 2000. Pág. 140.

De lo anteriormente dicho concluyo que las consecuencias jurídicas que se generan por los distintos estados familiares, son diferentes de las que se generan en el derecho privado ya que en éste las consecuencias son en razón de los alcances que se pretenda dar a un acto jurídico entre particulares, limitado únicamente por no contravenir disposiciones de interés general o de buenas costumbres, en cambio las consecuencias que se derivan de los supuestos jurídicos familiares se encuentran establecidos en la ley sin la posibilidad que los sujetos del Derecho Familiar determinen el alcance de los derechos u obligaciones que se crean.

De lo anteriormente dicho las consecuencias adquieren el grado de principio jurídico del Derecho Familiar, por la importancia que revisten y, en atención de que la sociedad se interesa y reclama que se cumplan en todo seno familiar.

4.1.2 Principios jurídicos incompatibles al Derecho Familiar por la función del Orden Público

El presente apartado abarca cuatro conceptos por demás importantes y medulares en campo del Derecho Civil: Autonomía de la voluntad, Representación Jurídica, Modalidades del Negocio Jurídico y Disposición de los Derechos Subjetivos, que dadas las características de éstos son inaplicables al área del Derecho Familiar, por la función que desempeña dentro del mismo el orden público.

4.1.2.1. Autonomía de la Voluntad

Recordemos que uno de los pilares de la Teoría del Acto Jurídico es la autonomía de la voluntad la cual no es eficaz en el Derecho Familiar, luego entonces determinaremos qué es la autonomía de la voluntad y cómo se ve limitada al contraponerse al orden público que se encuentra; protegiendo al núcleo fundamental.

Fernando Vidal Ramírez refiere que, la autonomía de la voluntad es un principio general del Derecho Civil y una de sus características fundamentales. La autonomía de la voluntad implica un reconocimiento a la libertad individual y a su correspondiente tutela jurídica es, además, un poder de los sujetos para la regulación de sus propios intereses; entendiendo a los intereses como: todo aquello susceptible de recibir la tutela del Derecho.¹⁹⁸

Al respecto Ricardo Ruiz Serramalera determina que la autonomía de la voluntad, es la modificación de una realidad concreta, que tienen su base en una actividad querida por el sujeto; tomando en cuenta su voluntad.¹⁹⁹

Para juristas como León Duguit la autonomía de la voluntad es un elemento de la libertad general; es libertad jurídica y es el poder que tiene el hombre de crear por un acto de voluntad una situación de derecho. Por lo que éste autor resume; diciendo que en el sistema civilista:

"La autonomía de la voluntad es el poder de querer jurídicamente, y por lo mismo el derecho a que ese querer sea socialmente protegido."²⁰⁰

León Duguit realiza la siguiente descripción respecto a la autonomía de la voluntad para resaltar su importancia: Desde el punto de vista jurídico son personas todos los seres susceptibles de adquirir derechos. Todo ser está dotado de voluntad, es decir, tiene un conjunto de derechos que la ley le confiere o le reconoce y que se encuentran dentro de su esfera jurídica, por lo que el sujeto cuenta con una voluntad libre, autónoma.

¹⁹⁸ VIDAL RAMÍREZ, Fernando; *"La Autonomía de la Voluntad y el Orden Público en el Código Civil"* en *Revista del Foro*, Lima, Perú, Año LXXV, No. 1, Enero-Junio, 1988, Pág.336.

¹⁹⁹ RUIZ SERRAMALERA, Ricardo; *Derecho Civil. El negocio Jurídico. Elementos de Eficacia del Negocio. La Representación*, Universidad Complutense, Facultad De Derecho, Madrid, 1980, Pág. 13.

²⁰⁰ DUGUIT, León; *Las Transformaciones del derecho (publico y privado)*, Editorial Heliasta, Argentina 1975, Pág. 245

De esta manera resume La Teoría de la autonomía de la voluntad de la manera siguiente:

1. Todo sujeto de derecho es sujeto de voluntad.
2. Todo acto de voluntad de un sujeto de derecho está socialmente protegido como tal.
3. Está protegido a condición, sin embargo, de que tenga un objeto lícito.
4. Toda situación jurídica es una relación entre dos sujetos de derecho.²⁰¹

Dice Ricardo Ruiz Serramalera, que el hombre al manifestarse como un ser libre, cuenta con la posibilidad de actuar según su arbitrio; limitado por el sólo hecho de vivir en sociedad. Y es esta circunstancia la que va a determinar una serie de limitaciones en la actuación libre, desde el punto de vista natural, en donde el hombre queda sometido, a lo que física y moralmente le prohíbe la sociedad a la que pertenece; y desde un punto de vista legal a recortar su libre iniciativa en bien de un interés jurídico y de un orden público general preponderado. Además de que deberá de tomar en cuenta como parte de su autonomía privada las reglas que van a influir en el ámbito de su libertad como sujeto y en la de los demás que van a formar parte de la relación jurídica. Destaca el maestro que, aun cuando el Derecho deja un amplio campo de libertad para que los individuos decidan crear con otros sujetos vínculos, se ve en la necesidad de intervenir para señalar que actos estima son jurídicos, y de esta manera conjugar el interés privado con el público, pues aunque se tenga mucho respeto, éste debe ser ponderado en su justo valor, a fin de armonizar el deseo individual con la realidad social en donde se desenvuelve.

“Por lo que el Orden Jurídico interno se ve en la necesidad de establecer normas de carácter imperativo que, por regla general, van encaminadas a limitar la autonomía de la voluntad.”²⁰²

²⁰¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 245-246

²⁰² RUIZ SERRAMALERA, Ricardo; *Ibid.*, pp. 17-18.

Por su parte Fernando Vidal Ramírez al respecto nos menciona que, en la actualidad, la autonomía de la voluntad ha cedido ante el orden público, ante la necesidad de dar vigencia activa a principios superiores, que integran la vida social y cuya aplicación y observancia depende la coexistencia social, como consecuencia de ello se ha dado lugar a una creciente aparición de normas de carácter imperativo que disminuyen las posibilidades de la voluntad privada, para regular aisladamente sus relaciones jurídicas. Esta necesidad es un efecto de las transformaciones sociales y económicas, que ha dado lugar, además, a que el Estado intervenga en ámbitos hasta entonces librados a la voluntad privada.²⁰³

Tratándose de la materia familiar base de este trabajo, el maestro Ricardo Ruíz Serramalera, nos refiere que las valoraciones que se han hecho acerca del por qué es de orden público la normatividad aplicable a la familia, son en razón de que le interesa al Estado velar por su cumplimiento, porque precisamente se trata de apoyar a la familia y a sus integrantes. El orden público de las normas, hace que éstas instituciones deban ser protegidas por el Estado, que no las puedan modificar sus interesados, que sus derechos sean irrenunciables, a menos que la renuncia beneficie a la familia, que no sean negociables y que no prescriban.²⁰⁴

La imperatividad de las normas jurídicas del Derecho de Familia al decir de Belluscio, es destinada a satisfacer el interés general. Ello nos evidencia la limitación natural que encuentra la voluntad particular y su corolario, el interés individual, supeditado en medida cada vez más adversible al interés general.²⁰⁵

Como conclusión al tema, es necesario resaltar que el principio de la autonomía de la voluntad, como expresión de voluntad de los individuos para regular sus propios intereses, es sin duda el pilar de distinción del Derecho Privado al que

²⁰³ VIDAL RAMÍREZ, Fernando; *Ibid.*, Pág. 340.

²⁰⁴ RUIZ SERRAMALERA, Ricardo; *Ibid.*, Pág. 13.

²⁰⁵ FERRI, Luigi; *"La autonomía privada"*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pp. 12-13.

pertenece el Derecho Civil, por lo que la libertad que se maneja en el derecho privado, se ve limitada en el Derecho Familiar por la función que desempeña el Orden Público; ya que es de protección y resguardo a los “intereses familiares”, ya que así lo exige la sociedad de ello el carácter tutelar de la materia familiar.

4.1.2.2 Representación Jurídica

El maestro Ignacio Galindo Garfías opina que, la institución de la representación desempeña un papel importante en las relaciones jurídicas. Por medio de la representación, la voluntad de una persona capaz, se sustituye a la voluntad de otra persona que es incapaz o de quienes no pueden por sí, proponerse fines por carácter de voluntad propia.²⁰⁶

Ambrosie Colin determina que existe representación cuando un acto jurídico se realiza por una persona por cuenta de otra, en condiciones tales que los efectos se producen directa e inmediatamente para el representado como si él mismo hubiera ejecutado el acto.²⁰⁷ Al respecto Ignacio Galindo Garfías opina, que a pesar de que el representante toma parte en la celebración propiamente no es parte en la relación, pues ésta categoría corresponde al representado.²⁰⁸

Antonio Cicu comenta que es:

“Improcedente la representación en el Derecho Familiar ya que ésta es consecuencia de la autonomía de la voluntad; y que en el derecho familiar, no es que exista una representación legal, sino una función orgánica en determinados casos. El problema principal que veía Antonio Cicu, era determinar si los derechos subjetivos familiares

²⁰⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio; *Ibid.*, Pág. 221.

²⁰⁷ AMBROSIE COLIN, CAPITANS Henri; *Ibid.*, Pág. 60.

²⁰⁸ GALINDO GARFIAS, Ignacio; *Ibid.*, Pág. 220.

pueden ser ejercitados por conducto de un representante, dado que no existe la posibilidad de disponer como en el derecho privado."²⁰⁹

En nuestro Derecho casi todos los actos jurídicos pueden celebrarse por un representante. Existe sin embargo, determinadas limitaciones en el Derecho Familiar, en las cuales la regla es inversa: los actos han de ser celebrados precisamente por el interesado y no a través del representante, la adopción, el reconocimiento de hijos naturales, el ejercicio de la patria potestad, la tutela, todos estos actos deben ser celebrados personalmente.²¹⁰ Aun cuando otros actos pueden ser realizados a través de representante, determinado así en el artículo 44 del Código Civil para el Distrito Federal:

"Cuando los interesados no puedan concurrir personalmente, podrá hacerse representar por un mandatario especial para el acto, cuyo nombramiento conste por lo menos en instrumento privado otorgado ante dos testigos. En los casos de matrimonio o reconocimiento de hijos, se necesita poder otorgado en escritura pública o mandato extendido en escrito privado firmado por el otorgante y dos testigos y ratificadas las firmas ante Notario Público, Juez de lo familiar o de Paz."(Código Civil para el Distrito Federal).

Otros casos singulares son el divorcio contencioso que puede tratarse por un representante; no siendo en el caso de un divorcio voluntario, en el que se requiere la presencia personal de las partes en el proceso.

Se podría mencionar que existe dentro del Derecho Familiar la representación legal ya que independientemente de la voluntad de los representados (incapaces), es impuesta por la ley. Tal es el caso de la representación que compete por ley, a los que ejercen la patria potestad y que representan al menor que se encuentra

²⁰⁹ ROJINA VILLEGAS; Tomo II, Rafael; *Ibid.*, Pág. 111.

²¹⁰ GALINDO GARFIAS, Ignacio; *Ibid.*, Pág. 222.

bajo de ella; o el caso del tutor, a quien compete la representación legal del pupilo, es decir la representación legal que se presenta en estas figuras jurídicas, tiene lugar para suplir la falta de capacidad del representado; que por ser jurídicamente incapaz, requiere necesariamente intervención de un representante legal, para hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones.

Caso distinto se presenta en el Derecho Civil en donde se presenta una representación convencional o voluntaria en la cual una persona capaz autoriza a otra persona también capaz, para que en su nombre actúe en uno o varios actos, en tanto que en la representación convencional no tiene que suplir la falta de capacidad del representado, antes la supone en forma plena y sólo tiene por objeto facilitar la celebración del acto.²¹¹

Antonio Cicu, citado por Rafael Rojina Villegas menciona que en los actos familiares puros que consisten en el ejercicio de una acción, no acepta la representación. Excluye tanto la legal como la voluntaria, de tal suerte que el progenitor, el cónyuge, el pariente no pueden confiar a un tercero el encargo de ejercer de terminadas acciones o de pedir la nulidad del matrimonio o declarar el abuso de la patria potestad, la interdicción o la invalidación. Admite la existencia de un mandato cuando se determina en forma precisa a través de instrucciones expresas la voluntad del mandante.²¹²

Concluyo al respecto que, aun cuando nuestra legislación admita la representación, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la ley es necesario que las cuestiones familiares sean tratadas en forma personalísima, toda vez que se tratan cuestiones tan delicadas como la estabilidad y la unidad familiar, es por ello que se le da el carácter de Derecho tutelar debido a que

²¹¹ Ídem.

²¹² CICU, Antonio; El Derecho de Familia, Traducción de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1947, Apud. ROJINA VILLEGAS, Rafael; Compendio de Derecho Civil, 30 Edición, Editorial Porrúa, México 2001, pp. 111-113.

siempre la sociedad estará involucrada en el buen desarrollo de la institución familiar como portadora de valores universales.

4.1.2.4 Modalidades del negocio jurídico

En ocasiones la voluntad manifestada por la una parte o por ambas, para la celebración de un acto jurídico, puede supeditarse o hacerse depender de la realización de ciertos acontecimientos o limitaciones en el futuro. A estas limitaciones o acontecimientos se les da el nombre de modalidades.

De acuerdo con Cabanellas, se entiende por modalidad " Naturaleza o modo de ser. Manifestación de una cosa. Singularidad."²¹³

Rafael Rojina Villegas, anota que la modalidad en las obligaciones es un hecho que afecta su naturaleza, en cuanto a su existencia, exigibilidad, sujetos u objetos; es decir, afecta la existencia misma de la obligación por medio de una condición suspensiva o resolutoria, su exigibilidad a través de un término, o bien hace compleja la naturaleza del vínculo.²¹⁴

Las modalidades del negocio jurídico son: la condición y el término o plazo.

La condición en un acto jurídico significa que éste se sujeta a un acontecimiento futuro e incierto. La condición se puede signar todos los actos jurídicos, salvo aquellos que por la ley o su naturaleza no lo toleren. El término es un acontecimiento futuro de realización cierta que suspende los efectos de un acto jurídico o extingue sus efectos.²¹⁵

Normalmente la voluntad se expresa en el acto jurídico lisa y llanamente, sin que el sujeto subordine los efectos de su declaración a ningún otro acontecimiento. Aunque en ocasiones los efectos de la declaración de la voluntad quedan

²¹³ SÁNCHEZ MARQUEZ, Ricardo; *Derecho Civil. Parte General Personas y Familia*, Editorial Porrúa, México, 1998, Pág.137.

²¹⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael; *Derecho Civil Mexicano, Derecho de Familia*, México 1960, Pág.50 Apud. SÁNCHEZ MARQUEZ, Ricardo; *Ibid.*, pp. 137-138.

²¹⁵ *Ibidem*, pp. 138-139.

sometidos a ciertas limitaciones. El autor del acto limita su voluntad. A estas limitaciones se les denominan modalidades.

No se puede sujetar a termino o condición los actos del derecho familiar en los que la voluntad privada funciona como condición de un pronunciamiento estatal y que se distingue de aquellas en donde sólo existe manifestación del poder familiar.

Concluyo al respecto que los supuestos jurídicos familiares no pueden estar sujetos a las modalidades del negocio jurídico, ya que la esencia de las normas jurídicas Familiares no se proyectan como parte de una negociación contractual para beneficio de una persona en lo particular, además de que las mismas no gozan de una libertad en la celebración de un acto jurídico, si no que, por el contrario lo que buscan es el bienestar de los intereses de un conjunto o grupo de personas.

4.1.2.4 Disposición de los derechos subjetivos

Tenemos que tomar en cuenta que en el Derecho Familiar no es posible disponer de los derechos subjetivos como se hace dentro del Derecho Privado, ya que aquí cuenta el particular con la plena libertad de regular sus actos jurídicos, o como lo marca el artículo 6 del Código Civil para el Distrito Federal: "... el particular puede renunciar a sus derechos privados que no afecten al interés público".

En relación con este tema debe advertirse que los derechos subjetivos familiares son intransmisibles en virtud de que se conceden en consideración a la persona del titular o a la relación jurídica que se constituye, este estado de sujeción jurídica es permanente. Además del carácter de orden publico que existe en las normas.

La diferencia con los derechos subjetivos personales, es decir, los que existen a cargo del deudor, se caracterizan generalmente por tener un modo natural de

ejercicio como lo es la renuncia, la transmisión, no obstante, de ser derechos temporales que se extinguen o pueden ser renovados en determinados casos.²¹⁶

Como corolario de lo anterior se quiere decir que, los derechos subjetivos familiares que se desprenden de las relaciones jurídicas familiares, como en el matrimonio, el parentesco o el concubinato no pueden transmitirse o renunciarse debido al interés público que se presentan alrededor de las situaciones familiares.

²¹⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael; *Ibíd.*, Pág. 86.

4.2 La autonomía de los principios jurídicos del Derecho Familiar en nuestro país

Hoy día se debe tomar en cuenta que la segmentación del Derecho en diversas ramas constituye una adecuada solución para el adecuado estudio de las relaciones jurídicas. El ordenamiento de la vida del hombre en sociedad tiene como meta la justicia, y tal orientación impregna el contenido de toda normatividad.

4.2.1 Ubicación del Derecho Familiar Mexicano

Un problema que la doctrina debate desde hace varias décadas es, la ubicación del Derecho Familiar entre las ramas del derecho. Tradicionalmente forma parte del Derecho Civil y por lo tanto es parte del Derecho Privado.²¹⁷ Sin embargo, la característica de que la mayor parte de sus normas sean de Orden Público ha hecho que se dude si dicha ubicación es o no correcta.

La cuestión se toma problemática en la doctrina, en cuanto que no existe un criterio que determine al derecho Público y al Derecho Privado. En cuanto a dicha distinción existen diversas tesis que abordan el problema sin resolverlo realmente: tesis sustanciales o materiales; tesis formales, es decir, donde existen normas de coordinación y subordinación y tesis que niegan la diferencia entre derecho público y privado.

En nuestro país se adopta la tesis formalista, la cual atiende a la naturaleza de los sujetos cuya conducta es objeto de regulación jurídica. En cuanto a lo referido es clara la ubicación del Derecho Familiar en México como parte del Derecho privado. No obstante que las normas familiares sean distintas en esencia tanto del Derecho público como del privado; tienen una gran influencia moral, es un derecho tutelar de intereses e ideales imprescindibles para la sociedad en general,

²¹⁷ BELLUSCIO, César Augusto; *Ibid.*, Pág. 30.

en el se toman en cuenta el interés de todo un grupo, regulando las relaciones de los sujetos que se encuentran colocados en planos distintos.

La conclusión con respecto a la ubicación del Derecho Familiar es la de no ser parte del Derecho Privado toda vez que no comparte con este el pilar de la autonomía de la voluntad,

4.2.2 Autonomía del Derecho Familiar mexicano

Se debe atender al Derecho Familiar como una rama autónoma por los principios jurídicos que en ella se encierran, los cuales comprenden todas las relaciones jurídicas familiares y no sólo son las paterno-filiales, sino también todas las de parentesco, conyugales y las concubinarias.²¹⁸

Es obvio que el objeto de estudio del Derecho Familiar es la familia, y es por demás repetitivo decir que es una de las instituciones más importantes dentro de la historia de la humanidad. Ya no es tiempo de seguir discutiendo si el Derecho Familiar es parte del Derecho público o privado, lo más importante es proteger las instituciones que en ella se comprenden.

Refiere el Doctor Julián Guitrón Fuentevilla que las instituciones que se estudian en el Derecho Familiar son tan ambiguas y tan complejas que necesitan sus propias reglas y proyecciones. Además de que su autonomía se funda en que el interés que se protege es tan fundamental a la misma organización social que necesita que se le otorgue su propia legislación y que en palabras del Doctor Guitrón Fuentevilla "evitara su desmembramiento y permitirá su cohesión."

La importancia social de la familia debe ser la guía para los legisladores, de ser conscientes de que la institución familiar tiene una enorme influencia en la estabilidad de una nación por lo que se debe proteger y favorecer procurando no

²¹⁸ Ibidem, Pág. 50.

descuidar ningún rincón; atendiendo de ella siempre, como fin último el interés colectivo y superior, el cual se basa en la solidez de la familia.²¹⁹

Apunta al respecto Alicia Pérez Duarte que dado el sinnúmero de satisfactores que proporciona la familia, es una evidencia clara de su prioridad como grupo social y por ende la importancia de las normas sobre la familia y las relaciones o los estados de familia que se crean.

Es primordial que el derecho sea vanguardista y que responda a las verdaderas necesidades de la familia contemporánea y le permitan fortalecerla para seguir cumpliendo sus funciones.²²⁰

Aun cuando ya es un gran paso en el que por decreto del 25 mayo de 2000 dentro del Código Civil para el Distrito Federal exista un nuevo capítulo dentro de un nuevo título (Cuarto Bis) titulado De la Familia en el que se confirma que las disposiciones relativas a la misma son de orden público e interés social, lo cual no se señalaba anteriormente en el código civil, aunque sí lo hacia la doctrina y la jurisprudencia.²²¹

En mi opinión no basta un capítulo dentro del *Código Civil para el Distrito Federal*, para reflejar la verdadera especialidad de las normas del Derecho Familiar dado que sus principios jurídicos son diferentes a los del Derecho Público y Privado, además la materia familiar cuenta ya con su propia autonomía, es decir cumple con todas las condiciones para presentarse como una disciplina independiente del derecho civil, el hecho de contar con una doctrina, jurisprudencia, juzgados familiares y por ende jueces que conocen y se interesan en las controversias familiares hace indispensable para concretar su autonomía la elaboración de un Código Familiar para el Distrito Federal.

²¹⁹ GUTRON FUENTEVILLA, Julián; *Ibid.*, Pág. 230

²²⁰ PEREZ DUARTE, Alicia Elena; "Perspectivas Sociojurídicas de las relaciones familiares" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, D.F., Mayo-Agosto 1987, Pág. 366.

²²¹ CHÁVEZ ACENCIO, Manuel; "Comentarios al Código Civil para el Distrito Federal" en Anuario del departamento de la Universidad Iberoamericana, México, D.F., Número 30, 2000. Pág. 359.

La conclusión al respecto de este capítulo es determinar definitivamente al Derecho Familiar como una rama independiente del Derecho Civil; toda vez que es una rama especial, la cual no se encuentra determinada dentro de las características del Derecho Público o Privado para ubicarse dentro de una de ellas.

El Derecho Familiar como rama especial del Derecho tiene su propio objeto y método de estudio, cuenta con el manejo de un sistema de principios, conceptos e instituciones lo cual explica su autonomía científica y didáctica. Lo que la hace ser especial, son sus principios jurídicos las características singulares de ésta, pues ninguna otra rama del derecho se ocupa tan íntimamente de los intereses de un grupo unido por lazos de consanguinidad, cariño y solidaridad. Más sin embargo adquieren las normas familiares una, mayor relevancia al ser la sociedad quien demanda el resguardo del interés superior familiar y se plasma así en la legislación, al adquirir una jerarquía de normas de orden público e interés social.

Además de que sus normas de orden público, son la base de sus principios para considerar su especialización e independencia del Derecho Civil. Por tener como prioridad el bienestar e interés superior familiar.

Por lo expuesto anteriormente cabe decir que es ya innegable la posibilidad de que el Derecho Familiar adquiera su autonomía, pues se presentan todas las piezas necesarias para construir un Código Familiar para el Distrito Federal en el que se proteja de manera amplia toda figura referente

CONCLUSIONES.

Primera.- El Orden Público es un principio jurídico rector del Derecho Familiar, ningún sujeto puede sustraerse de su cumplimiento; su función es limitar la actuación de la voluntad privada con el objeto de no afectar intereses de la sociedad, y en particular proteger el interés superior familiar.

Segunda.- El Interés Superior Familiar es un principio que deriva del orden público, subordina la voluntad y trasciende el interés de los particulares; protegiendo directamente el interés de la sociedad.

Tercera.- El cumplimiento de los actos jurídicos familiares en forma personalísima, es un principio jurídico que tutela el debido ejercicio de las relaciones familiares, que se imponen inexorablemente por encima de la voluntad del obligado (excepto para contraer matrimonio).

Cuarta.- La Imperatividad de las normas en el Derecho Familiar, es un principio jurídico destinado a satisfacer las necesidades del núcleo familiar; por tanto, el interés superior familiar prevalece y no admite la enajenación o renuncia de los deberes familiares.

Quinta.- La Seguridad Jurídica que el orden público otorga a los actos jurídicos familiares, es un principio jurídico y por tanto, no admite pacto alguno que los modifique.

Sexta.- El Derecho Familiar es Autónomo, al contar con Principios Jurídicos peculiares, a la vez de poseer una estructura: legislativa, jurisdiccional, científica y didáctica propia.

Séptima.- Los Autonomía de los Principios Jurídicos del Derecho Familiar, permiten considerarlo como un “todo especializado” dentro del ámbito del Derecho, por lo que debe independizarse y legislarse en un Código Familiar por cada Entidad Federativa.

BIBLIOGRAFÍA

ASIMOV, Isaac; *Guía de la Biblia, Antiguo Testamento*, Editorial, Plaza & Jane, España, 1989.

BORDA, Guillermo A; *La Familia hoy, en Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1990

BEL BRAVO, María Antonieta; *La familia en la historia, propuesta para su estudio desde la nueva historia cultura*, Editorial Encuentra, Madrid, 2000.

BELLUSCIO, César Augusto; *Derecho de Familia*, Tomo I, Parte general, Matrimonio, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1979.

BONECASSE, Julien; *Elementos del Derecho Civil*, Traducción José M. Cájica, Tomo I, Cárdenas Editores, México, 1985.

BONNECASE, Julien; *Introducción al Estudio del Derecho*, 2da Edición, Editorial Themis, Sante Fe, Bogotá, Colombia, 2000.

BONNECASE, Julien; *La filosofía del Código del Napoleón aplicada al derecho de Familia*, Traducción por José M. Cajica jr. Puebla, 1945.

BORDA, Guillermo A.; *Manual de Derecho Familiar*, Décima Edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1988.

BOSSERT, A., Gustavo y ZANNONI, Eduardo; *Manual de Derecho de Familia*, 5ta Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001.

BRANCA, Guiseppe; *Instituciones de Derecho Privado*, Traducción de la 6ta edición italiana, por Pablo Macedo, Editorial Porrúa, México, 1985.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio; *Dos Estudios Jurídicos, algunas consideraciones sobre el artículo 28 Constitucional, las normas de orden público y el interés social*, Editorial Porrúa, México, 1953.

CALVO, Joaquín; *Orden Público y Factor Religioso en la Constitución Española de 1978*, Ediciones Universidad de Navarra, S. A, Pamplona, España. 1983.

CARDINI, Eugenio Osvaldo; *Orden Público*, Editorial Abeledo- Perrot, Argentina, 1959.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel; *La Familia en el Derecho*, Editorial Porrúa, 1ra Edición, México, 1984.

CHAVÉZ ASENCIO, Manuel, *La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares*, 5ta edición, Editorial Porrúa, México 1999,

COLIN, Ambrosie y CAPITANS Henry; *Colección Grandes Maestros del Derecho Civil*, Volumen 1, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002.

COUTO, Ricardo; *Colección Grandes Maestros del Derecho Civil*, Volumen 3, Serie Personas y Bienes, Editorial Jurídica Universitaria, México 2002.

DE PINA, Rafael; *Elementos del Derecho Civil Mexicano*, Volumen I, 21 Edición, Editorial Porrúa. México, 2000

DE RUGGIERO, Roberto; *Instituciones de Derecho Civil*, Traducción de la 4ta edición italiana, Anotada y concordada con la legislación española, por Ramón Serrano Suñer y José Santacruz, Tomo II, Volumen 2, Editorial Reus, Madrid, 1929.

DIAZ DE GUIJARRO, Enrique; *Tratado de Derecho de Familia*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1953.

ENGELS, Federico; *Origen de la Familia de la Propiedad Privada y el Estado*, Editorial Época S.A. México 1985.

FERRI, Luigi; *La Autonomía Privada*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo; *Introducción al Estudio del Derecho*, 54 Edición, Editorial Porrúa, México 2002.

GALINDO GARFIAS, Ignacio; *Derecho Civil. Primer Curso, Parte General, Personas y Familia*, Editorial Porrúa, México, 2004,

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo; *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1990.

GÓMEZ PIEDRAHITA, Hernán; *Derecho de Familia*, Editorial Themis, Santa Fe Colombia, 1992.

GUITRON FUENTEVILLA, Julián; *Derecho de Familia*, Editorial UNACH, México, 1972.

HAURIOU, Maurice; *Principios de Derecho Público y Constitucional*. 2 Edición, Madrid Reus, 1927.

LACROZ BERDEJO, José Luis; *Elementos del Derecho Civil*, Volumen 1, Editorial Bosch, Barcelona, 1988.

LECRERCO, Jaques; *La Familia según el Derecho Natural*, Editorial Herder, Barcelona 1964.

LEDESMA, José de Jesús y BERNAL, Beatriz; *Historia de Derecho Romano y de los Derechos Neoromanistas*, 6ta Edición, Editorial Porrúa, México, 1995.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario; *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo I, Editorial Porrúa, México 1987.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario; -----, Tomo III, Editorial Porrúa, México 1987.

MENDEZ COSTA, María J. y D'ANTONIO, Daniel Hugo; *Derecho de Familia*, Tomo II, Editorial Rubinzal Culzoni, Madrid, 1994.

MONTERO DUHALT, Sara; *Derecho de Familia*, Editorial Porrúa, México, 1990.

PACHECO E, Alberto; *La Familia en el Derecho Civil Mexicano*, Editorial Panorama, México, 1985.

PASTOR RAMOS, Gerardo; *Sociología de la Familia: Enfoque institucional y grupal*, 2da Edición, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1997.

PEÑA BERNALDO DE QUIROZ, Manuel; *Manual de Familia*, Universidad de Madrid, Madrid, 1989.

RAMOS PAZOS, Rene; *Derecho de Familia*, 3ra Edición, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000.

ROJINA VILLEGAS, Rafael; *Derecho Civil Mexicano. Tomo II Volumen I, 21 Edición*, Editorial Porrúa, México, 2000.

ROJINA VILLEGAS, Rafael; *Derecho Civil Mexicano*, Tomo II, *Derecho de Familia*, 21 Edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

ROJINA VILLEGAS, Rafael; *Compendio de Derecho Civil*, 30 Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.

RUIZ SERRAMALERA, Ricardo; *Derecho Civil. El negocio Jurídico. Elementos de Eficacia del Negocio. La Representación*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid 1980.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von, *Sistema de Derecho Romano*, Tomo IV, Traducción Española de Mesías y Pouly, 1878.

SÁNCHEZ MARQUEZ, Ricardo; *Derecho Civil. Parte General Personas y Familia*, Editorial Porrúa, México, 1998.

TRIGUEROS SARAIVA, Eduardo; *Estudios de Derecho Internacional Privado*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1990, Pág. 191.

ZANNONI, Eduardo; *Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tomo 1, 2da Edición, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, 1989.

DICCIONARIOS

Diccionario de Ciencias Sociales, Instituto de Estudios Políticos, Tomo II, Madrid, 1976.

Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo V, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1983.

HEMEROGRAFÍA

BARROSO FIGUEROA, José, " Reflexiones sobre el Derecho Familiar" Revista Lexturas Guerrerenses, Año 2, No 8, Enero- Marzo 1997.

CHAVEZ ACENCIO, Manuel, "Comentarios al Código Civil para el Distrito Federal" Anuario del Departamento de la Universidad Iberoamericana. México, D.F. Número 30, 2000.

GALVAN RIVERA, Flavio, "Autonomía del Derecho Familiar, Revista Responsa, Año 2, No 12, Octubre 1997.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, "El Marco Jurídico de la Familia", Revista Anuario Jurídico, Instituto de Investigaciones Jurídicas, XIII, 1986.

IZU BELLOSO, Miguel José, "Los Conceptos del Orden Público y Seguridad Ciudadana tras la Constitución de 1978", Civitas Revista Española de Derecho Administrativo, No 58, Abril-junio 1988.

MAGALLON GÓMEZ, María Antonieta, "Consideraciones Jurídicas Sobre la Iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia de 26 de abril de 2001, que presenta la H. Asamblea Legislativa del D.F., II Legislatura", Revista de Derecho Privado, Nueva época, Año 1, No. 3, Sep-Dic. 2002.

QUISPE CORRE, Alfredo, "El Orden Interno, El Orden Jurídico y El Orden Público", Revista IUS ET PRAXIS, No 7, Julio 1986, Lima.

PEREZ DUARTE, Alicia Elena. " Perspectivas Sociojurídicas de las Relaciones Familiares", Boletín Mexicano de Derecho Comparado. México, D.F. Mayo-Agosto 1987.

RAMÍREZ PATIÑO, Eduardo, "Principios del Derecho Familiar", JUS Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Sinaloa, Nueva Época, No 6, 2003.

SMITH, Juan Carlos; *El Orden Público como concepto y como status social*, en Revista de Derecho Español y Americano, No. 10, Madrid, 1965.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando, "La Autonomía de la Voluntad y el Orden Público en el Código Civil". Revista del Foro. Lima, Perú. Año LXXV, No. 1. Enero-Junio 1988.

LEGISLACIÓN

Código Civil para el Distrito Federal, Editorial SISTA, México, 2004

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial SISTA, México, 2004.

Ley de Amparo, Editorial SISTA, México, 2004.

JURISPRUDENCIA

Quinta Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Apéndice 2000.Tomo: Tomo VI, Común, Jurisprudencia SCJN. Tesis: 325. Página:274

Quinta Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XCVII. Página: 142

Quinta Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: XXXVII. Página: 1835

Octava Época. Instancia Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito.
Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XII, Noviembre de 1993
Página: 377

Octava Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de
la Federación. Tomo: 56, Agosto de 1992. Tesis: 3a./J. 12/92. Página: 23

Novena Época. Instancia: Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer
Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XVIII,
Julio de 2003. Tesis: I.3o.C.64 K. Página: 11