

## DERECHO FAMILIAR

Por el doctor Julián GUITRON FUENTEVILLA

Profesor de la Facultad de Derecho  
de la UNAM

El Derecho familiar es una realidad. Fundar científicamente su contenido y su naturaleza jurídica, es el objeto principal de este estudio; por ello, debe distinguirse el concepto de familia en sentido social y jurídico. Igualmente, dar un concepto de Derecho familiar y de Derecho civil, rama de la ciencia jurídica esta última que ha comprendido tradicionalmente al Derecho familiar.

Sociológicamente, familia “es una agrupación elemental compuesta de individuos conexonados a virtud de una realidad biológica de la que forman parte la unión sexual, el hecho de la procreación y la descendencia de un progenitor común”.<sup>1</sup>

En este aspecto se subraya la importancia de la familia derivada de la unión sexual como hecho, con su consecuencia natural, la prole. En cuanto a la concepción jurídica de la familia, es “un conjunto de personas ligadas por el matrimonio o la filiación, o bien como individuos vinculados por lazos de consanguinidad o afinidad, resultantes a su vez de las relaciones matrimoniales o paternofiliales”.<sup>2</sup>

Carbonnier, destaca ya el concepto legal de familia, derivando la misma del matrimonio, de filiación, del parentesco consanguíneo en línea recta ascendente o descendente, colateral, igual o desigual, incluyendo el de afinidad.

Para Enrique Díaz de Guijarro, Derecho familiar, es el “conjunto de normas que dentro del código civil y de las leyes complementarias, regula el estado de familia, tanto de origen matrimonial como extramatrimonial, los actos de emplazamiento en este estado y sus efectos personales y patrimoniales”.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> CARBONNIER, Jean. *Derecho civil*. Tomo I. Volumen II. “Situaciones familiares y cuasi familiares”. Bosch, Casa editorial. Barcelona. 1961. p. 7.

<sup>2</sup> Loc. cit.

<sup>3</sup> BELLUSCIO, Augusto César, *Nociones de Derecho de familia*. Bibliográfica Omeba. Bernardo Lerner, Editor Ejecutivo. 1977. p. 23.

Díaz de Guíjarro tiene un sentido más profundo que los anteriores, él apunta ya el concepto y origen de familia natural, incluyendo sus aspectos económicos.

Otra definición, señala "que el Derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares".<sup>4</sup>

En cuanto al Derecho civil, no es definible. No tiene género próximo ni diferencia específica. Sólo puede describirse su contenido. El Derecho civil regula la teoría del acto jurídico; la clasificación de los bienes; los derechos reales, la propiedad, el usufructo, el uso y la habitación. La teoría de las nulidades y las modalidades del acto jurídico. El Derecho de las personas y sus atributos, así como el Derecho de obligaciones y la teoría general de los contratos. En cambio, el Derecho familiar, es un conjunto de normas jurídicas, reguladoras de las relaciones entre los miembros de una familia entre sí, de éstos con los de otras familias; así como con la sociedad y el Estado. El Derecho familiar es autónomo del privado, primero, y del civil después, "pues el interés a proteger, es tan fundamental a la misma organización social, que necesita darle su propia legislación, lo cual consecuentemente, evitará su inexorable desmembramiento y permitirá su cohesión. Debemos los juristas, hacernos una pregunta ¿Es tan importante la familia y las instituciones derivadas de ella, que debemos procurarle sus propias leyes y tribunales; o por el contrario, continuar en la situación en que está, con las consecuencias naturales? Nuestra respuesta, sin vacilaciones, es en sentido afirmativo, pues debe darse un código familiar, debe protegerse, porque ella, en última instancia, ha sido la semilla generadora de todas las organizaciones estatales, de todas las épocas".<sup>5</sup>

El Derecho familiar es una rama jurídica, autónoma del Derecho civil. Antonio Cicú en su obra "Diritto de Famiglia" inició en el presente siglo, el movimiento creador del Derecho familiar. En forma brillante fue secundado por Roberto de Ruggiero, en su obra "Instituciones de Derecho civil". Basado en estos autores y en uno de los trabajos de Guillermo Cabanellas. "Los fundamentos del nuevo Derecho", el suscrito ha creado el Derecho familiar moderno, fundándolo científicamente en las tesis mencionadas.

Seis criterios se satisfacen en orden a proclamar, como autónoma cualquier disciplina jurídica; el jurisdiccional, referido a la existencia de Tribunales autónomos para la solución de controversias específicas. El legislativo, se satisface con leyes y códigos específicos.

El científico, consiste en la producción literaria y bibliográfica especializada. El didáctico, referido a la enseñanza del contenido de la materia,

<sup>4</sup> Loc. cit.

<sup>5</sup> GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián. *Derecho familiar*. Editorial Publicidad y Ediciones Gama, S. A. 1a. Edición. México, 1972. p. 324.

como rama independiente. El institucional, relativo a las instituciones jurídicas propias, y el procesal, a la regulación de la materia en un código adjetivo independiente.

*Tesis de Antonio Cicú*

El tema central de esta investigación, es determinar la naturaleza jurídica del Derecho familiar, y sobre este objeto trataremos de fundar nuestro criterio, el cual consiste fundamentalmente, en sustentar que el Derecho familiar, no forma parte del público ni del privado, sino que es un nuevo género, autónomo e independiente de los enunciados.

Iniciaremos este trabajo con una exposición de los diversos tópicos tratados por Antonio Cicú en su obra "El Derecho de familia". La primera ilustra las relaciones entre Derecho familiar y Derecho público. La segunda, se refiere al Derecho privado en relación con el familiar, negando que sea Derecho social, porque "la teoría que distingue entre Derecho individual y Derecho social se separa de nuestra concepción del Derecho público y privado, en cuanto contraponen al individuo no al Estado, no un ente público en general, sino a toda colectividad organizada. La misma ve una profunda diferencia de estructura en las relaciones jurídicas, según que el sujeto de Derecho se presenta en ellas como ente por sí, independientemente, o como miembro de un todo. Ahora bien, hay un dato común a ella y a nuestra teoría, y es la consideración del individuo como centro autónomo, como entidad que es fin por sí misma, independiente. La divergencia fundamental está en que mientras aquella teoría ve desaparecer esta característica, por el solo hecho de que el individuo figure como asociado, como agregado de un todo, la nuestra no reconoce a tal hecho, por sí mismo, la importancia de determinar una diversa estructura de relaciones, sino que ésta deriva de una particular naturaleza del todo, del agregado. De manera que, mientras según aquella a la distinción entre Derecho público y privado no corresponde una diversidad de estructuras de las relaciones, para nosotros hay coincidencia entre la una y la otra".<sup>6</sup>

Cicú rechaza de cierta manera que el Derecho familiar sea social, al afirmar que este no considera la diversidad de la estructura de las relaciones respectivas, la cual es esencial para distinguir entre derecho individual y social. "Hay en realidad, diversidad marcada de posición para el individuo en los dos campos: antítesis en el uno, síntesis en el otro, actividad, voluntad intereses divergentes en aquél por ser extraños; conver-

<sup>6</sup> Cicú, Antonio. *El Derecho de familia*. Traducción de Santiago Sentís Melendo, con adiciones de Víctor Neppi. EDIAR. Buenos Aires. 1947. (Este volumen corresponde a la traducción de la obra italiana, "El Diritto di Famiglia". Athenaeum. Roma. MCMXIV. pp. 40 y 41.

gentes en éste en virtud de una comunidad de fin. Diverso, también, el cometido del ordenamiento jurídico; en el primero, delimitar las singulares esferas individuales, garantizándoles de invasiones recíprocas; en el segundo, organizar; diversa también la causa del vínculo; el interés ajeno en el primero, y el interés común en el segundo”.<sup>7</sup> El Derecho familiar, además de no ser parte del privado ni del público, en la colectividad no hay interés alguno, pues aquél está ubicado sobre el interés de los participantes individual y colectivamente considerados. Funda su criterio, diciendo que el individuo, ha perdido frente al Derecho público, su autonomía. La familia tiene más importancia que el propio Estado. Es un producto natural y necesario. “Antes que el Estado y más que le Estado, la familia se presenta como agregado de formación natural y necesaria. No nos interesa aquí indagar cómo, y de qué diversa manera, el mismo se vino formando. Solamente nos interesa observar que los elementos constitutivos del hecho jurídico-social de la familia, no se agotan únicamente en la necesidad sexual y en la necesidad de la crianza de la prole. Indudablemente, aquellas necesidades operan como fuerza primaria y superior al arbitrio humano; pero no es en su necesidad donde únicamente ni principalmente debe situarse la necesidad del agregado familiar. Ya hemos observado que en tiempos primitivos es predominantemente la necesidad del sustento común y de la defensa la que determina la organización jurídico-social de la familia; y también aquí puede considerarse que esa necesidad no haya operado con motivo de libre determinación voluntaria; y de ahí precisamente el carácter político de la constitución interna del grupo. Si hoy, en la necesidad de la defensa a la familia se ha sustituido por el Estado, y en las necesidades económicas a la familia se ha sustituido al individuo, no por eso puede decirse que haya desaparecido para ella el carácter de agregado necesario, y tampoco puede decirse que su carácter constitutivo sea sólo y principalmente la necesidad sexual y de la conservación de la especie. Insistimos sobre este último punto, porque estamos convencidos de que no se puede entender de otra manera la regulación jurídica de la familia. Convencidos, además, de que frente a una tendencia a reducir a aquellos datos primitivos, la esencia de la familia, legisladores e intérpretes deben reaccionar; siendo su cometido, en cuanto a la familia lo mismo que en cuanto al Estado, no el limitarse a adaptar la norma al hecho social, sino, ante todo, el llevar a cabo una función preventiva y educativa”.<sup>8</sup>

No existe una obligación. Falta el elemento del dominio de la libre voluntad, de donde se infiere que como la familia es semejante al Estado, hay una gran analogía entre ellos, porque hay comunidad de relaciones jurídicas en ambas. El Derecho familiar queda fuera del privado. Respecto

<sup>7</sup> Ibidem. p. 42.

<sup>8</sup> Ibidem. pp. 109 y 110.

al público, en el umbral, pues hay gran similitud entre la familia y el Estado, al grado de que las relaciones jurídicas de cada ente son casi iguales. Aquí cabe señalar un error de Cicú. Trató al Derecho familiar como parte de la sociología y de la historia, y no como disciplina jurídica, pues en 1914, época en que estuvo en boga su teoría, a la fecha, las relaciones familiares y estatales han variado tanto, que es necesario pensar en una nueva reglamentación del Derecho familiar; siguiendo en lo fundamental a Cicú, pero, tratando de superar las discusiones existentes en torno a esa autonomía, pues el interés familiar y lo que representa, es tan grande, que deben revalorarse los juicios mencionados sobre Derecho familiar y su reglamentación autónoma. A Antonio Cicú no le interesa tanto extraer del complejo de las normas, de los institutos, de las relaciones del Derecho positivo, un índice seguro que sirva para repartir, en dos campos distintos, todas las figuras jurídicas que la compleja realidad ofrece, cuanto más bien establecer, si presentan una diversa estructura, aquellas relaciones que con más seguridad deben considerarse públicas o privadas, para instituir después, la comparación con relaciones jurídicas familiares. Aún sin salirnos del ámbito del Derecho positivo, se propone poner en claro, si existe y en qué carácter, la afinidad tan a menudo afirmada, del Derecho familiar con el Derecho público. El primer problema se plantea al incluir el Derecho familiar en el Derecho civil, y en consecuencia, dentro del Derecho privado. Se ha afirmado, en forma tradicional, que el mencionado Derecho es parte del privado. Habiéndose iniciado recientemente un movimiento en la doctrina y aún en la legislación positiva, tendiente a colocarlo dentro del campo del Derecho público. Al mismo tiempo, buena parte de la doctrina, acertadamente, a nuestro juicio, ve en el Derecho de familia un tercer género, se le ubica al lado de la clásica distinción entre el Derecho público y privado, con fisonomía propia y particular, siendo éste, fundamentalmente, nuestro punto de vista sostenido en el presente trabajo.

La inclusión del Derecho familiar, en el seno del Derecho civil, corresponde a la regulación de las relaciones familiares, no desde el punto de vista del grupo, sino en consideración al interés del individuo. La denominación de Derecho familiar es reciente.

Actualmente existen códigos familiares y proyectos de códigos específicos de la familia, como medidas para proteger y preservar el grupo familiar; pues en último término, significará el beneficio del individuo, la familia, la sociedad y el Estado. Estamos de acuerdo con lo sostenido por Cicú. Para nosotros, esa autonomía, está basada en la preocupación del Estado por regular y proteger con legislación y tribunales especiales a la familia; impidiendo la intervención estatal en el núcleo familiar.

El Derecho familiar se coloca junto al Derecho público, no como rama del privado; pues la característica de ésta, radica en la actuación del Esta-

do como extraño en las relaciones particulares, reconociendo al individuo libertad para crear sus relaciones jurídicas y realizar sus propios fines. En cambio, en el Derecho público, como en el familiar el Estado interviene en todas las relaciones jurídicas originadas entre los distintos sujetos interesados. Realiza directamente los fines superiores, sean de la comunidad política, o del grupo familiar.

Difícilmente existe una relación jurídica sin ingerencia del Estado. Ciccú arguye en favor de su teoría: “Erróneo y peligroso es, por tanto, servirse en la valoración de las normas de Derecho familiar, del concepto de normas de orden público como ha venido elaborándose en la ciencia del Derecho privado. Puesto que éste tiene razón en un interés general y superior, que viene a limitar (y no excluir a priori) a la libertad individual; así para decidir si cada norma del Derecho de familia es o no de orden público, podría ser necesario indagar caso por caso si concurre un interés general. Para nosotros el interés no general, sino superior, existe siempre; el mismo excluye y no limita la libertad individual de establecer y perseguir fines individuales. Si el *jus cogens* de las normas familiares se funda: a) sobre el interés público; sobre la intrínseca naturaleza de los hechos de Derecho de familia; en otras palabras decimos nosotros, el mismo se funda sobre la ingerencia que en derecho de familia tiene el Estado y sobre la estructura análoga a la relación de derecho público que tiene la relación de derecho de la familia”.<sup>9</sup>

Antonio Ciccú, afirma que su teoría sobre el Derecho familiar, se interpretó en forma errónea, “no queremos afirmar —dice— que el Derecho de Familia deba incluirse en el Derecho público”.<sup>10</sup> Esta aseveración la hizo el autor italiano algunos años después de pronunciar el discurso inaugural en la Real Universidad de Macerata el 23 de noviembre de 1913 y lo título “El espíritu del Derecho familiar”, ampliándola después en el Derecho de familia, publicado en 1914 en Roma.

Para Ciccú, “la mayor parte de los autores que se ocupan de los problemas por mí planteados, se mostraron poco propicios a admitir la separación del Derecho de familia, del Derecho privado. Algunos de ellos me atribuyen erróneamente el propósito de incluir el Derecho de familia en el Derecho público; lo que en realidad he intentado es aproximar uno a otro, y a ese intento de aproximación me ha movido la identidad estructural de la relación jurídica en ambas esferas.

Otros creen que la diversidad de principios, ampliamente admitida, no constituye razón suficiente para destacar el Derecho de familia del Derecho privado, pudiendo tal diversidad explicarse recurriendo al concepto

<sup>9</sup> Ibidem. pp. 299 y 300.

<sup>10</sup> Ciccú, Antonio. *La filiación*. Traducción de Faustino Jiménez Arnau. y José Santacruz Teijeiro. 1a. Edición. Madrid. Revista de Derecho Privado. 1930. p. 14.

normas de orden público, el cual hallaría en el Derecho de familia una extensa aplicación. Los autores que esto propugnan no advierten que tal concepto presupone el principio de libre disposición privada, que la norma de orden público limita para tutelar el interés de los terceros o el público; ahora bien, no puede haber libre disposición privada, allí donde la tutela jurídica atiende a la satisfacción de un interés superior.

Lo que verdaderamente importa a los fines científicos, es examinar si los principios jurídicos propios 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 gobiernan e inspiran el Derecho de familia. Si no lo son, para mantener el Derecho de familia en su puesto, dentro del Derecho privado, habría que dar a este último mucha mayor amplitud. Yo no veo otra solución posible que la de atribuir a la expresión "Derecho privado" en la distinción entre el Derecho privado y público, un valor meramente negativo, según el cual sería Derecho privado todo lo que no fuera Derecho público. Pero en este caso, la distinción carecería de valor científico; mientras que sí es cierto que la relación orgánica, en esta diversidad estructural habrá de basarse en la distinción de las dos ramas fundamentales de la ciencia jurídica, y si aquella distinta estructura hace que el Derecho público se contraponga al privado, mayor oposición habrá entre éste y el de familia, ya que en estos últimos, la diferencia estructural de la relación, se manifiesta de modo más acentuado.

Será posible ciertamente, conservar el Derecho de familia en el campo del Derecho privado y contraponer a ambos el Derecho público, mientras no se reconozca como concepto base de todo el Derecho público, el concepto de interés superior.

Pero tal concepto, acogido hoy en Italia, como principio cardinal de la concepción política del Estado y de la actividad estatal, se afirma cada día más vigorosamente en el terreno científico. Ciertamente también que tal concepto influye en el Derecho privado y en el modo de concebir éste, pero la concepción del Derecho privado no podrá transformarse en tanto se reconozca a la iniciativa y libertad privadas calor y eficiencia en una esfera, en la que el interés superior del Estado se manifiesta evidente. No puede negarse en modo alguno, en el Derecho de familia, la idea del interés superior, familiar y estatal que la familia debe satisfacer".<sup>11</sup>

Fue en su tiempo una declaración precisa. Permitió aclarar dudas sobre el pensamiento de Antonio Cicú. Fijó sus criterios distintivos en las diversas ramas del Derecho tradicionalmente aceptadas, la pública y la privada.

La mayoría de las corrientes, consideran al Derecho de familia, como una parte del Derecho privado y encuadrado, en éste, los derechos reales,

<sup>11</sup> Ibid. pp. 6 y 7.

personales, los de familia y las sucesiones, con una introducción general que abarca las bases comunes de todo el Jus. Sin embargo, y en esto estamos completamente de acuerdo con Antonio Cicú, "al derecho de familia no se le pueden aplicar los principios doctrinarios del derecho privado, razón, entre otras, por la cual debe estudiarse como disciplina autónoma".<sup>12</sup>

Para que el acerto anterior pueda sostenerse, es necesario, distinguir el Derecho público del privado, "distinción que nos lleva, necesariamente, al concepto de Estado y a la posición que en él ocupa el individuo. A nuestro modo de ver, el Estado es un organismo",<sup>13</sup> porque hay una dependencia de las partes constitutivas ligadas a un fin a esos elementos que forman parte del Estado son los hombres "no en cuanto entidades biológicas, sino como entidades espirituales; es decir, en cuanto tienen fines que realizar y conciencia y voluntad para realizarlos.

Los individuos se encuentran en el Estado, originalmente unidos entre sí, por los fines por los cuales el Estado surge y vive, superan los fines del individuo como tal, se ofrecen no como fines del individuo aisladamente considerado, sino del individuo como género; no como fines comunes a todo individuo, sino como fines superiores a los fines individuales.

Por ser superiores tales fines, se presentan al particular como necesarios, debiendo ser realizados, el individuo depende de ellos, y como consecuencia, del Estado que los personifica, se hable de situación de interdependencia con relación a los demás individuos".<sup>14</sup> Se trata de explicar que el individuo como tal, en el Derecho público, no tiene mayor importancia, porque existe un interés superior como el del Estado y hay la teoría, que niega la existencia del Estado; sólo el hombre y su voluntad deben considerarse; sin embargo, existe la posición intermedia de colocar al sujeto como medio autónomo y medio sujeto al poder estatal. Para Cicú, "tal desdoblamiento es absurdo",<sup>15</sup> porque no se distingue la ubicación jurídica del individuo, de plena obediencia y dependencia del Estado. Como muestra, está el sacrificio individual, en aras de la soberanía del Estado y la ubicación política del individuo, en el Estado.

Esta situación plantea el problema de distinguir entre Derecho público y privado. Siguiendo en su análisis a Cicú, al hablar del conflicto entre hombre y Estado, se resuelve en el Estado. "No implica una afirmación del individuo en contra o sobre el Estado, sino que se nos presenta en los siguientes términos; o interesa al Estado considerar como fines y, por consiguiente, le interesa dejar al individuo una más o menos amplia esfera de libertad individual en la cual, él mismo sea dueño de fijarse y realizar

<sup>12</sup> Ibid. p. 9.

<sup>13</sup> Loc cit.

<sup>14</sup> Ibid. p. 10.

<sup>15</sup> Loc. cit.

sus fines particulares. Basta plantear el problema de esta manera para comprender que, aunque el individuo goce de un cierto grado de libertad, no está en contra ni fuera del Estado, y que depende siempre de éste.

La distinción entre derecho público y derecho privado resulta, por tanto, de una diversa posición que el individuo reconoce al Estado: posición de dependencia con respecto al fin en el derecho público, posición de libertad, en el derecho privado”.<sup>16</sup>

Interesante resulta la aportación de Cicú. Entre otras cuestiones, diferencia Derecho público y privado, fundado en el interés y la voluntad del individuo. Señala que de la posición del individuo con el Estado, resulta una relación jurídica, la cual tiene como factores principales, la voluntad y el interés, este último, en el Derecho privado, se manifiesta por lo que cada individuo de los que intervienen en la relación, pretenden, dándose esta situación entre entes autónomos, donde cada uno busca satisfacer su interés personal, con la libertad en su juicio y voluntad.

En el Derecho público, es a la inversa. A pesar de la relación entre hombre y Estado, y actuando este como ente soberano, no es posible, ni admisible, la oposición del individuo, al interés del Estado, “el interés del Estado, es interés superior a los intereses individuales; no puede equipararse a éstos. En el individuo, su interés es interés, no del individuo como parte orgánica, como miembro del Estado; es siempre el mismo interés del Estado. Es decir, que en la relación de Derecho público, no entra como elemento constitutivo otro interés que el superior del Estado.

Encontramos pues, en ella, interés único y voluntades convergentes a su satisfacción. La voluntad, incluso cuando es soberana, se subordina aquí al interés, ya que este se presenta como exigencia necesaria, superior, que debe ser satisfecha. Llamamos a esta relación, relación orgánica, precisamente porque hay coordinación de las voluntades a un fin único y subordinación de esas voluntades a tal fin”.<sup>17</sup>

Con esto es suficiente para hablar sobre la distinción entre Derecho público y privado, además con objeto de trasladar las relaciones jurídicas de Derecho público o privado, al campo del Derecho familiar, en este sentido, Cicú manifiesta: “si analizamos ahora las relaciones del derecho de familia en su estructura, será fácil convencerse de que en ellas no se tutelan los intereses individuales como intereses autónomos, independientes, opuestos; ni se tutela tampoco una libertad de querer referente a estos intereses.

Es más, la subordinación de las voluntades a un interés unitario, superior por consiguiente a los intereses individuales, se manifiesta mucho más claramente que en el Derecho público”.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Cicú, *La filiación*. cit. p. 11.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>18</sup> *Loc. cit.*

En otras palabras, las relaciones familiares, concretamente el matrimonio, a pesar de ser algo de lo más privado en el hombre el Estado interviene para regularlo en todos sus aspectos, pues no hay libertad alguna para su celebración o terminación, pues el Estado determina todo en ese sentido, esto significa que al derecho no le importan los fines personales de los sujetos del Derecho familiar, sino se los impone y los coloca en subordinación a esos derechos, de donde se considera al Derecho familiar, semejantes al público, y diverso del privado, así encontramos algunas similitudes entre Derecho familiar y público (según Cicú son: "interés superior, unitario y voluntades convergentes a su satisfacción. Es, pues, una relación orgánica. La familia, es cierto, no se nos presenta como un organismo igual al Estado, en cuanto que no hay en ella (sino esporádicamente) una organización de sus miembros; pero esto depende de que las funciones a ella confiadas suelen ser temporales y a veces hasta accidentales, de que son, sobre todo designadas a priori las personas a las cuales se les encomiendan tales funciones".<sup>19</sup>

De donde se infiere que es un error, atendiendo a la estructura tan diversa, incluir al Derecho de familia en el privado.

También tienen objetos diferentes que tutelar, así en el derecho privado se regulan "los conflictos de intereses, principalmente sobre la base de la voluntad y de la responsabilidad de los particulares interesados",<sup>20</sup> y en el derecho de familia, a semejanza del público "se garantiza el interés superior frente a los intereses de los individuos".<sup>21</sup>

A pesar de lo dicho hasta ahora, Cicú insiste en no estar de acuerdo, en que el Derecho de familia sea parte del público y tiene razón, pues a pesar de haber elaborado su teoría con base en la distinción del Derecho privado y público, y en las relaciones jurídicas, fundadas en el interés, ha sido bastante enfático al negar que el Derecho de familia sea parte del público. El propio Cicú expone respecto al tema en cuestión: "con todo esto no queremos afirmar que el derecho de familia deba incluirse en el Derecho público. Si Derecho público es del Estado y de los demás entes públicos, el Derecho de familia no es público. La familia no es ente público, no porque no esté sujeta, como los entes públicos, a la vigilancia y a la tutela del Estado (No se ha garantizado todavía a la familia frente al Estado, una libertad y una autonomía de la misma naturaleza que la privada), sino porque los intereses que debe cuidar no son, como en los entes públicos, intereses de la generalidad, por lo cual no está organizada como estos. Por tanto, al Derecho de familia se le podrá asignar un lugar independiente en la distinción entre Derecho público y Derecho privado; es decir, que la bipartición podría ser substituida por una tripartición que

<sup>19</sup> Ibidem. p. 14

<sup>20</sup> Ibidem. p. 15.

<sup>21</sup> Ibidem. p. 14.

respondiera a los caracteres particulares que socialmente asume el agregado familiar frente al agregado político.

El Derecho de familia no puede estar regido, por consiguiente, por los principios propios del Derecho privado, tiene, por el contrario, principios y conceptos específicos que, más bien que exponer y discutir en líneas generales y de un modo abstracto, convendrá recordar en su aplicación a la materia que nos proponemos desenvolver".<sup>22</sup>

Qué brillante exposición la de Cicú, para sostener científicamente que el Derecho de familia, no es parte del Derecho público, y mucho menos del Derecho privado. Es admirable el tratamiento que le dá, al considerar el interés familiar con características especiales y el interés estatal también; pero haciendo la distinción de interés general de este último, e interés no general, además en la época en que Cicú sostuvo su teoría, el interés familiar no estaba garantizado frente al Estado y menos aún tenía una autonomía que le permitiera desenvolverse como tal, pero con la protección estatal, afortunadamente en la actualidad en unos países más y en otros menos; pero todos con la idea de proteger a la familia, han resuelto otorgar a la familia, y en consecuencia al derecho que la rige, una autonomía absoluta, bástenos en este caso citar el tratamiento dado en los países socialistas, al Derecho familiar.

En resumen de lo dicho por Cicú, estamos plenamente de acuerdo con él para separar el Derecho de familia del privado y formar con él un tercer género autónomo, en el más amplio sentido de la palabra, atendiendo además del interés de la agrupación familiar, a las consecuencias inherentes a una mala reglamentación familiar, que desgraciadamente nos puede llevar a un estancamiento en el progreso del país, pues no debemos olvidar que la familia ha sido la semilla generadora de todas las formas de gobiernos pasadas y presentes, además tenemos como ejemplo, países como Suecia, totalmente socializados y con una organización familiar ejemplar, siendo esto lo que les ha permitido alcanzar su desarrollo actual. En fin, una legislación autónoma para la familia, a nadie perjudica y si beneficiará a todo el país, claro, es una tarea dura, sin embargo, el bienestar redituado, permitirá el mejor desarrollo de la institución familiar.

Por considerarlo de interés para la tesis de Cicú y la nuestra, mencionaremos la posición de Enrique Díaz de Guijarro, con la cual desde ahora manifestaremos nuestro desacuerdo. Cuando dice que Antonio Cicú rectificó su doctrina sobre el Derecho de familia, al hacer una revaloración de conceptos. Esto lo sostuvo Díaz de Guijarro en una conferencia dictada en el Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de Buenos Aires, Argentina, el día 21 de mayo de 1968. En 1955, "Cicú rectificó la posición doctrinaria sobre la bipartición del Derecho

<sup>22</sup> *Ibidem.* p. 15.

que hemos venido difundiendo y criticando desde hace años".<sup>23</sup> ("Revista trimestrale di Diritto e Procedura Civile", publicada en 1955, en la página 1).

Señala Díaz de Guijarro que este artículo, escrito por Cicú, "estaba destinado a abrir la parte relativa al Derecho de familia, dentro del tratado de Derecho civil que Cicú dirigía, conjuntamente con Messineo".<sup>24</sup> Aquí empieza Díaz de Guijarro con presunciones; al decir 'estaba destinado', no podemos aceptarlo como un hecho consumado, sino sólo como una presunción. Tiene gran mérito su trabajo, pues como bien lo señala, autores tan importantes en Derecho civil que no de Familiar, entre otros Llambías, en 1961, no lo cita al hablar del Derecho en general; ni Spota, en 1962; ni Borda en el mismo año; ni Belluscio en su reciente y útil manual de 1967".<sup>25</sup>

Díaz de Guijarro también señala que entre los críticos de Cicú está Jordano, el cual en 1963 "también ignora la rectificación".<sup>26</sup> Señala que él ha encontrado esta rectificación en un libro "Tratado teórico práctico de Derecho civil", en el volumen correspondiente a Derecho de Familia. El matrimonio y su autonomía, concretamente en la página 20, la nota uno. Fue analizada por Beltrán de Heredia, catedrático español y magistrado del Tribunal Supremo, en un artículo aparecido en la 'Revista de Derecho Privado' en 1965, concretamente, "La doctrina de Cicú sobre la posición sistemática del Derecho de familia".<sup>27</sup> (Revista de derecho privado, 1965 en la página 819). También Díaz de Guijarro lo critica diciendo que efectivamente, Cicú, después de más de 40 años, cambió su teoría. Nosotros hemos encontrado en el libro titulado "Derecho de familia", debido a José Luis Lacruz Berdejo y a Francisco de Asís Sancho Rebullida, publicado por la Librería Bosch en Barcelona, el año de 1976, página 11, una referencia a esta presunta modificación, con la cual no estamos de acuerdo. Es decir, no es suficiente para nuestro punto de vista, que Cicú haya mencionado algunas cuestiones en su teoría, para decir hoy categóricamente, que rectificó una tesis sostenida con una magistral exposición, en una conferencia primero y en una obra después. Para ello comentaremos algunas cuestiones de la nota citada. "En 1955 rectifica

<sup>23</sup> DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. *Tratado de Derecho de familia*. Tomo I. p. 31 y ss. Introducción al Estudio del Acto Jurídico Familiar, publicada en Jurisprudencia Argentina en el año de 1956-IV. Sección de documentos. p. 108. (Véase también, "El acto jurídico familiar" y otros estudios en la p. 11, así como "El acto jurídico de emplazamiento en el estado de familia en Jurisprudencia Argentina, en 1955-IV. Sección de documentos, p. 12. Vol. de Recopilación del Tratado de Derecho de Familia, p. 25).

<sup>24</sup> Jurisprudencia Argentina. Tomo: Doctrina. Buenos Aires, 1969. p. 198.

<sup>25</sup> Ibidem.

<sup>26</sup> Ibidem.

<sup>27</sup> Ibidem.

Cicú esta postura —la de la tripartición del Derecho— entendiéndolo que si la estructura de la relación jurídica separa netamente al Derecho de familia, del común del Derecho privado, con toda la ausencia del concepto clave del Derecho público — la soberanía— le aleja de su ámbito. Ciertamente, no es extraño al Derecho de Familia el concepto de poder; pero, a diferencia de la soberanía, es un poder sobre individuos determinados (por ejemplo, del pater familias sobre sus hijos), y de duración limitada.

Y también el interés por el cual la relación asume naturaleza orgánica, es el de personas determinadas, privadas, de contenido limitado. Queda, así, el Derecho de familia, dentro del Derecho privado siquiera como parte autónoma y muy característica del “él”.<sup>28</sup> Nos preguntamos ¿cómo es posible que en ocho o diez renglones se pretenda encontrar la rectificación a una teoría tan importante y tan trascendente, como lo fue en su tiempo la de Cicú? Sembró seguidores, nuevos teóricos, nuevos estudiosos han elaborado teorías semejantes a la de Cicú, pero fundados en criterios diferentes. Quién puede negar hoy en día, que el Derecho familiar tiene mayoría de edad. Cómo se puede arguir que el Derecho familiar sigue siendo parte del privado, si la sola enunciación de Derecho privado, no resiste el más mínimo análisis para seguir sosteniendo con criterio del siglo pasado, que todavía existen dos grandes ramas del Derecho, el público y el privado. La trascendencia de la tesis de Cicú, referida a la tripartición, Derecho público, Derecho privado y Derecho familiar, ha encontrado eco y se ha convertido en varios países, tanto socialistas, cuanto de otros signos, en verdaderos cuerpos de leyes para regular las relaciones jurídicas de la familia.

Como lo señalamos más adelante, México fue el primer país del mundo, que en el año de 1917 se dio una legislación familiar autónoma, “La Ley Sobre Relaciones Familiares”. Esta ley tuvo como características haberse separado, expresamente así se señala en uno de sus artículos transitorios, que toda la materia familiar quedaba abrogada del correspondiente Código Civil para el Distrito y Territorio de la Baja California de 1884. Por eso decíamos, nos parece insuficiente, si bien nos señala el acucioso espíritu de investigador de Enrique Díaz de Guijarro, este punto de vista para sostener que Antonio Cicú rectificó su tesis original.

Para abundar en su tesis, Enrique Díaz de Guijarro, al hablar de la revaloración de los conceptos de Cicú señala, que “la familia ‘es una institución típicamente privada, la más privada de todas las instituciones’”. Estas son palabras textuales y así ahora asevera Cicú tal cosa, está rectificando su anterior afirmación de que el matrimonio era obra del poder

<sup>28</sup> LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA. *Derecho de familia*. Librería Bosch, Casa Editorial. Barcelona. 1976. p. 11.

<sup>29</sup> *Ibid.* p. 203.

estatal. Se va de la luz a la noche en esta materia”.<sup>29</sup> ¿Existirá un acto más privado, celebrado entre un hombre y una mujer, que el matrimonio? Categóricamente lo negamos. Pero una vez creado por la privada voluntad de los cónyuges; señala como han de ser las relaciones jurídicas, pues bien entendido, los esposos no son parientes, pues están unidos por vínculos jurídicos; y esos han sido regulados, señalados por el Estado, mediante la legislación correspondiente. “Sería anticientífico ignorar y no darse cuenta —dice Cicú— de la posición especial que presenta en él mismo, a causa de la particular estructura que ofrece la relación familiar y someterla a principios propios del Derecho Privado, que le son extraños”.<sup>30</sup> Si estas son las palabras de Cicú, no aceptamos que haya una rectificación, si bien algunos autores quieren ver en esto que el propio Cicú varió su tesis. No estamos de acuerdo con la afirmación de Díaz de Guijarro cuando dice “ahora bien, la rectificación de Cicú no ha resumido totalmente el problema. Ha desaparecido la tesis de Cicú en cuanto a tesis de Cicú, pero las semillas sembradas y expandidas por tantos surcos y llevadas por tantos vientos, no pueden ser recogidas. Eso es, lo tremendo de las ideas, la fuerza comunicativa de la idea lanzada, que no basta rectificarla para destruirla o aniquilarla”.<sup>31</sup>

No es suficiente lo citado hasta ahora, para afirmar el cambio. Mucho menos a calificar como un problema a su tesis, pues si bien y así lo señala Enrique Díaz de Guijarro, es una tesis que ha conquistado adeptos y ha hecho crecer al Derecho familiar, dotando a la familia en algunos casos, hasta de legislación familiar, cómo podemos aceptar que esta tesis haya sido un problema. De donde rechazamos categóricamente los argumentos sostenidos por Enrique Díaz de Guijarro respecto a esta cuestión. Para finalizar este punto de vista, mencionaremos textualmente las palabras de Díaz de Guijarro, en las cuales hemos encontrado su gran respeto a las tesis de Antonio Cicú, así como su reconocimiento a la extraordinaria tesis comentada: “y para concluir sólo destacaremos la enorme trascendencia que ha tenido la labor de Cicú, porque ha dado nueva vida a los estudios sobre el Derecho de familia. Debemos mucho a la lectura de su obra. Despertó en nosotros inquietudes intensas. Nos ha llevado al convencimiento, incluso, de la necesidad de una etapa superior en cuanto al estudio del Derecho de Familia y que es la formulación de una teoría general del Derecho de Familia, esfuerzo en el que estamos empeñados actualmente. Por eso, con nuestra crítica a Cicú, nuestro homenaje y nuestra gratitud al maestro”. (sic)<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> Ibid.

*Tesis de Roberto de Ruggiero*

Este autor sigue las tesis planteadas por Cicú. Destaca que “a través del interés familiar, exige y recibe protección un interés más alto, el del Estado, cuya fuerza de desenvolvimiento y vitalidad dependen de la solidez del núcleo familiar. Importa mucho al Estado que el organismo familiar sobre el que reposa el superior organismo estatal se halle regulado de conformidad con el fin universal común que persigue. Puesto que el fin de la familia no puede ser éste o aquél 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 tal consecución a la voluntad libre del particular que podría actuar contrariamente 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 relaciones”.<sup>33</sup>

Nos hace pensar Ruggiero en Cicú porque casi utiliza los términos usados por éste, para fundar su teoría en el interés superior representado por la familia, tanto en el derecho público, cuanto en el privado. Para Ruggiero la voluntad de los particulares no tiene significación para el Derecho familiar, pues 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. Más adelante, Ruggiero manifiesta: “las normas del Derecho familiar son todas, o casi todas, imperativas e inderogables: la ley exclusivamente y no la voluntad del particular regula la relación, determina en todos sus detalles el contenido y extensión de las potestades, la eficacia de la relación paterna, los efectos y el alcance patrimonial de un Estado, sin que al 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 empeño en hacerlo pervivir, así, en el matrimonio, en la filiación legítima, en la tutela, lo mismo en las relaciones personales, cuanto en las matrimoniales. Y si bien se deja un margen de libertad y autonomía para que campee en él la iniciativa particular, ello sucede excepcionalmente y sólo cuando no se oponen al interés general el otorgar al particular tal libertad”.<sup>34</sup>

De lo comentado, se infieren cuatro principios de Derecho privado en cuanto a no poder aplicar algunos de ellos, al Derecho familiar, así “No

<sup>33</sup> RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones de Derecho civil*. Traducción de la cuarta edición italiana, aumentada y concordada con la legislación española, por Ramón Serrano Suñer y José Santacruz Teijero. Tomo II. Volumen II. (Derecho de Obligaciones. Derecho de Familia. Derecho hereditario. Instituto Editorial Reus. Madrid. pp. 9 y 10.

<sup>34</sup> *Ibidem*. p. 10.

es aplicable el principio de la representación, por cuya virtud en los demás campos del Derecho privado el interesado puede remitir a la voluntad ajena la determinación y declaración productivas de efectos jurídicos”,<sup>35</sup> en este caso, el principio sostenido por Ruggiero sufre algunas excepciones, entre otras, que el matrimonio, cuando menos en México, se puede realizar por medio de un apoderado legal.

El segundo principio de Derecho privado, no aplicable al Derecho familiar, es el reglamentado para imponer modalidades a los negocios familiares; es decir, no se pueden sujetar a término o condición, sea suspensivo a resolutorio; “no puede contraerse el matrimonio bajo condición suspensiva o resolutoria o sujetándolo a término inicial o final; tampoco puede ser reconocido de este modo el hijo natural ni efectuar en tal forma la adopción, la emancipación, etcétera. Pugna con la esencial naturaleza de estos actos su sujeción a condiciones y 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 término. Además, son actos en que interviene el poder público, y este no tolera limitaciones que provengan de los particulares”.<sup>36</sup>

Otro principio es la irrenunciabilidad y no enajenación de los derechos subjetivos familiares. “No pueden transmitirse a otros la potestad paterna, la marital, la tutelar; no es apenas admisible la transmisión a otros del ejercicio de alguno de sus atributos (por ejemplo, función educativa y encomendada a un preceptor); no son transmisibles tampoco los estados personales ni los derechos patrimoniales conexos a dichos estados; el derecho y el deber de administrar la dote o los bienes pupilares en el marido o tutor, el usufructo legal del padre, el derecho de alimentos, no se transfieren de una persona a otra; aunque a veces parezca operarse esta transmisión, no se opera, en realidad; así por ejemplo, cuando el padre muere y ejerce la patria potestad en la obligación alimentaria, que cesa o se extingue si el pariente más próximo muere o es pobre, surgiendo en cambio, en el pariente más remoto. Lo mismo puede decirse de la renuncia; no son renunciables los poderes familiares y tampoco las atribuciones inherentes a estos, porque tales poderes son creados por la ley y subsisten independientemente de la voluntad del investido con ellos, ya que no se crean para servicio o utilidad de éste, sino para un fin superior, el padre, el marido, el tutor, no puede despojarse de los poderes que le corresponden, porque le son atribuidos para servir a un interés que trasciende del suyo particular. Y si en algunos casos se autoriza la renuncia, como por ejemplo ocurre con la acción de desconocimiento de la paternidad, impugnación del matrimonio, acción de separación personal de los cónyuges, es porque el interés familiar resulta protegido merced

<sup>35</sup> *Ibidem.* p. 11.

<sup>36</sup> *Ibidem.* pp. 11 y 12.

a la renuncia; por esto, dicho interés viene a ser mejor protegido, porque con ellos se mantiene firme aquél vínculo, aquella relación que, de otro modo (de no mediar la renuncia), se hubiera disuelto. Con más extensión se permite la renuncia de los derechos de contenido patrimonial; ello es comprensible y no ataca el principio sentado”.<sup>37</sup>

El cuarto principio consiste en la intervención estatal en las relaciones de Derecho familiar. En el privado, se permite a las partes decidir a su libre arbitrio, su conducta. Ruggiero en este sentido expresa: “En algunos casos la voluntad del particular es un mero supuesto de hecho en cuanto vale como iniciativa o como incitación a la autoridad, de modo que el acto es creador, la relación se constituye por voluntad de esta última.

Esta autoridad es la judicial en la adopción o en la separación conyugal, el poder real en la legitimación de los hijos por decreto o un órgano administrativo especial, como el funcionario del estado civil llamado a intervenir en el matrimonio. Esto demuestra que la voluntad privada es por sí sola impotente para crear la relación, y ello constituye la prueba más primaria de que la relación familiar es distinta de las demás relaciones”.<sup>38</sup>

Hasta aquí Ruggiero sigue a Cicú. Después, encuadra en forma personal la naturaleza jurídica del Derecho familiar y opina: “todo el derecho familiar reposa en esta idea: que los vínculos que establecen y los poderes se otorgan no tanto por crear derechos como imponer deberes. Lo cual se manifiesta elocuentemente en el hecho de que no solamente la violación del deber, sino el abuso hasta el mal uso de las facultades correlativas determinan la privación de ellas, así que los poderes se pierden si se ejercitan mal y, en cambio, no se extinguen por prescripción ni por renuncia voluntaria. Es siempre el aspecto de obligación o de 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 estricta y a personas incapaces, a cuya protección responden muchas instituciones familiares. Todas esas especialidades nos llevan a la conclusión de que el derecho de familia se destaca de las demás partes del derecho privado y se aproxima al público. No se puede decir, sin embargo, que sea verdadero derecho público, peso sí que se separa del resto del Derecho Privado y que constituye una rama autónoma”.<sup>39</sup>

Estamos de acuerdo con Roberto de Ruggiero. Consideramos fundadas sus razones para sostener que el Derecho de familia es autónomo del privado y del público. Compartimos su idea central de fundar el Derecho familiar, más en deberes por cumplir, que en derechos a exigir, porque

<sup>37</sup> Ibidem. pp. 12 y 13.

<sup>38</sup> Ibidem. p. 13.

<sup>39</sup> Ibidem. pp. 14 y 15.

el Derecho familiar tiene un interés superior a todos los demás, consistente en la protección familiar.

En este sentido, "todo el Derecho familiar se desenvuelve por manifestaciones de poderes cuya organización es indispensable. Estos poderes no son las potestades típicas tradicionales (patria potestad, poder marital, tutela), ni encarnan únicamente en los representantes legales de los incapaces; el concepto de poder tiene aquí un sentido amplísimo, comprendiendo, además de las instituciones que tiene por objeto la representación y asistencia de los incapaces (estas son, ciertamente las más importantes), aquellas otras que, sin suponer una incapacidad, tienden a realizar el interés familiar, cuyo cuidado y vigilancia se encomiendan a otras".<sup>40</sup>

También debemos mencionar los derechos patrimoniales familiares, los cuales son unidades especiales en el Derecho familiar; "estos derechos, que reproducen a veces figuras de Derecho patrimonial común, a veces son tipos especiales y específicos del Derecho familiar, constituyen siempre algo distinto con peculiaridades y características privativas, de modo que sería inútil para fijar su noción, recurrir a los principios que presiden las demás ramas del Derecho Privado. Se reproduce aquí lo dicho respecto al fin superior para cuya consecución se organiza la familia y al aspecto de deber que tiene todo derecho subjetivo familiar".<sup>41</sup>

#### *Tesis de Guillermo Cabanellas*

En este inciso nos apoyamos en las ideas de Guillermo Cabanellas, pues nos parecen las más acertadas para fundar, con criterio científico, que el Derecho familiar es una rama autónoma del Derecho civil y del privado.

Aplicaremos las teorías del Derecho del trabajo, empleadas por Cabanellas, al Derecho familiar, porque tiene grandes similitudes, aun cuando no compartimos la idea, de ubicar el Derecho familiar en el Derecho social, por ser un Derecho de clases, protector, etcétera.

Cuando Guillermo Cabanellas tituló su obra "Los Fundamentos del nuevo Derecho", se refería a "que el Derecho", creación viva, en plena y constante evolución, no puede permanecer impasible ante los nuevos problemas, ante las distintas situaciones que se producen y, al aparecer desconocidos fenómenos, los juristas deben analizar sus consecuencias. Brotan así otras ramas del Derecho que le otorgan frondosidad y progresiva riqueza; más constituir en sí un nuevo Derecho, sino las transformaciones del Derecho, concebido como unidad",<sup>42</sup> y precisamente, es ante

<sup>40</sup> Ibidem. p. 17.

<sup>41</sup> Ibidem. pp. 36 y 37.

<sup>42</sup> Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XII. Editorial Bibliográfica Omeba. Bibliográfica Omeba. Argentina, 1964. p. 650.

el Derecho familiar, donde no podemos quedar impasibles y marginados de participar en una verdadera legislación familiar, que satisfaga los extremos de esa Institución.

Las consideraciones generales planteadas por Cabanellas, respecto a la autonomía del Derecho laboral, las podemos hacer válidas en cuanto al Derecho de familia, por lo que aplicaremos su doctrina a nuestra disciplina.

Según Cabanellas, y estamos de acuerdo con él, para considerar a una disciplina jurídica autónoma, es necesario satisfacer cuatro criterios, el legislativo, el científico, el didáctico y el jurisdiccional.

#### *Criterio legislativo*

El criterio legislativo en Derecho familiar, se da con toda plenitud en algunos países, entre otros, en los socialistas en forma definida e independiente de la legislación civil. Cuentan con códigos familiares propios. En ellos, se reglamentan las materias del derecho familiar; así el matrimonio, la tutela, el parentesco, la filiación y otras. México fue el primer país del mundo, que satisfizo este criterio legislativo, al promulgar el 14 de abril de 1917, la primera ley en la materia, independiente del Código Civil: La Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, debida a la inspiración de Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejército Constitucionalista y encargado del Poder Ejecutivo de la Unión. Tiene el gran mérito de haber materializado su preocupación por la familia, en una verdadera legislación. Cabe mencionar que después de México, la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas, promulgó el Código de la Familia, el matrimonio y la tutela en el año de 1918. Hoy en día, existe un movimiento mundial legislativo, tendiente a dotar a la familia de sus propios instrumentos jurídicos, para protegerla en su integridad, no permitiendo la intervención del Estado, en el núcleo familiar.

#### *Criterio Científico*

El criterio científico se da ampliamente. Más de quinientas obras y artículos de revista jurídicas, han sido escritos en diversos idiomas, sosteniendo la autenticidad del Derecho Familiar. Su producción bibliográfica autónoma es una realidad en México. La primera obra en este sentido, se debe a la inspiración del autor de esta investigación, en el libro titulado "Derecho Familiar", publicado en el año de 1972. Otros autores mexicanos han contribuido al engrandecimiento del Derecho familiar, entre ellos, Rafael Rojina Villegas, Benjamín Flores Barroeta, Rafael de Pina, Jorge Mario Magallón Ibarra, Raúl Ortiz Urquidi, Antonio de Ibarrola y otros.

Asimismo la producción literaria del órgano de difusión del Colegio Nacional de Estudios Superiores de Derecho Familiar, A. C., "Familiaris Jus", en el cual se encuentran ya gran número de aportaciones nuevas, en Derecho Familiar.

#### *Criterio didáctico*

Consistente en implantar cátedras de Derecho familiar, separada del Derecho civil, se encuentran ya, en algunos países. México ha reorganizado su sistemática del Derecho civil, y en el cuarto curso del mismo, separado del civil, se imparte Derecho de familia y Derecho sucesorio. En la División de estudios Superiores de la Facultad de Derecho de la UNAM; en forma autónoma del Derecho civil, se enseña Derecho familiar y Derecho de sucesiones, implementando así el criterio didáctico. En Brasil, Argentina, Guatemala, Venezuela, Tokio y Australia, tienen programas de Derecho familiar, que aun cuando están dentro del Derecho civil, representan un avance para la integración de este criterio.

#### *Criterio jurisdiccional*

La creación de tribunales para la solución de problemas familiares, constituyen el criterio jurisdiccional. Juzgados y Salas Familiares hoy son una realidad en México. En 1971, gracias a la iniciativa del Presidente de México, licenciado Luis Echeverría Alvarez, se crearon por primera vez en la historia de México, los tribunales familiares, concretamente el 24 de marzo de 1971, se publicó en el "Diario Oficial de la Federación", el Decreto, para crear los jueces de lo familiar.

Ha sido de tal importancia y trascendencia este paso, que de 1971 a la fecha, suman en el Distrito Federal, 24 el número de juzgados familiares. Igualmente están las Salas Familiares del Tribunal Superior de Justicia y no dudamos, ante ese empuje y la potencialidad del Derecho de familia y de sus instituciones, que pronto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en México, tendrá una Sala especializada en conflictos del Derecho familiar.

#### *Criterio institucional*

Dos criterios más, derivados de los anteriores, han sido señalados por José Barroso; el institucional y el procesal. El primero, es una realidad en el Derecho familiar. Entre sus instituciones, está el matrimonio. Su régimen de nulidades. La solemnidad para contraerlo. El divorcio, que

no es rescisión ni revocación del contrato de matrimonio. La patria potestad. El patrimonio familiar. El matrimonio putativo. Las clases de divorcio. La paternidad. La tutela. La curatela; en fin, sería prolijo enumerar todas y cada una de sus instituciones, lo cual reafirma el punto de vista que el Derecho familiar, tiene instituciones propias en su contenido.

### *Criterio procesal*

El último criterio señalado para sustentar la autonomía del Derecho Familiar, consiste en sostener el Derecho procesal familiar. Los procedimientos en materia familiar son propios de ese derecho. Están ahí ya los tribunales familiares, urge complementarlos con una legislación procedimental. Una legislación adjetiva y sustantiva, tan necesaria para integrar la obra inconclusa en este aspecto, en cuanto a la protección jurídica de la familia. Si bien dentro del Código Civil existen procedimientos específicos en Derecho familiar, como son, el divorcio administrativo; el divorcio por mutuo consentimiento y el divorcio necesario. La tutela, la curatela, la enajenación de bienes de menores e incapaces, procedimientos regulados en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, donde se señala cómo deben realizarse esas instancias. Alimentos, la calificación de impedimentos. La responsabilidad cuando no se cumple una promesa matrimonial, la administración de los bienes comunes, la educación de los hijos; y en fin, todas las reformas en materia familiar realizadas durante el sexenio de 1970 a 1977, señalan la urgente necesidad de crear una nueva legislación familiar, que a semejanza de la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, regule en forma autónoma toda la materia familiar, así como sus procedimientos.

### *Nuestra tesis respecto a la autonomía del Derecho familiar.*

Tratar de sostener la autonomía de una disciplina jurídica, implica el conocimiento completo de la rama, a la cual se le pretende desprender, la que se intenta separar.

Nosotros no estamos colocados en la hipótesis anterior; sin embargo, pretendemos argumentar con criterios científicos, que el Derecho familiar está en el momento apropiado para declarar su independencia, del Derecho civil.

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

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

El Derecho familiar, debe agruparse bajo un género diferente al privado y al público. La familia, generadora de todas las formas de sociedad y de gobierno, tiende a desaparecer, no tanto por la desmembración constante en ella, sino por la intervención, cada día más penetrante, del núcleo familiar por el Estado. Esta es nuestra verdadera preocupación. La intervención del Estado se debe evitar en el seno familiar. Entiéndase bien, estamos de acuerdo en la protección estatal a la familia; pero no en su intervención. El Estado, mediante sus órganos, debe proteger los derechos familiares. La mejor manera de hacerlo es promulgando un código familiar, con tribunales de familia, con expertos en humanidades, psicólogos, trabajadoras sociales, psiquiatras, médicos, etc. todos ellos, agrupados para auxiliar al juez familiar, para solucionar adecuadamente esos problemas; los cuales muchas veces, se resolverían con un consejo o una orientación bien intencionada. El Estado debe propiciar la protección familiar; considerado al Derecho familiar, como rama independiente del público y privado, atendiendo fundamentalmente a la importancia de conservar e incrementar la unidad de la familia y sus instituciones jurídicas, como el matrimonio, el divorcio, la patria potestad, la tutela, etcétera.

Las comprendidas en el Derecho familiar, son tan ambiguas y complejas, que necesitan sus propias reglas y proyecciones. Es decir, lo fundamental es proteger a la familia, para que la sociedad y el Estado, no se vean debilitados en su estructura, pues en última instancia, según lo demuestra la historia, la decadencia de los pueblos se inicia cuando se minimizan los núcleos familiares. Fundamos nuestras tesis, considerando al Derecho familiar como autónomo del privado, primero y del civil después, pues el interés a proteger, es tan fundamental a la misma organización social, que necesita darle su legislación, lo cual consecuentemente, evitará su inexorable desmembramiento y permitirá su cohesión.

Debemos los juristas, hacernos una pregunta: ¿es tan importante la familia y las instituciones derivadas de ella, para darle sus propias leyes y tribunales, o por el contrario, dejarla en su situación actual, con las consecuencias naturales?

Nuestra respuesta, sin vacilaciones, es en sentido afirmativo. Debe darse un código familiar. Debe protegerse, porque ella, ha sido la semilla generadora de las organizaciones estatales, de todas las épocas.

Las concepciones sostenidas entre otros, por Cicú y Díaz de Guijarro, respecto al Derecho de familia y su autonomía, están superadas. La discu-

sión no debe basarse en saber si el Derecho de familia es de orden público o privado. Lo más importante es luchar por su protección, lo cual podrá hacerse mediante una legislación autónoma y adecuada, con tribunales especiales para evitar disgregaciones familiares hasta donde sea posible. Implantar cátedras sobre Derecho familiar, con objeto de despertar las aletargadas conciencias de futuros abogados, con el propósito de difundirlas, y proteger a la familia, en el desarrollo de sus labores profesionales y sociales.

Además, incrementar, y ese es uno de los objetivos de este estudio, la investigación y análisis de todo lo referente a la familia. Escribir obras; tratados y monografías, siempre para proteger a la familia, cuidar sus intereses, y tratar, a toda costa, de impedir la intervención estatal, dentro de su seno. Nuestra preocupación se complementa al abogar, por la no intervención estatal en la familia, promulgando leyes adecuadas y funcionales, con tribunales y sanciones efectivamente aplicadas al violarse los sagrados derechos familiares. De esta manera, garantizamos la estabilidad de la familia y repelemos al mismo tiempo, la cada día mayor ingerencia del Estado, en las relaciones familiares.

La síntesis de nuestra opinión, respecto a la autonomía del derecho familiar se resume en pocas palabras, independientemente del criterio público o privado, que se quiera dar al derecho de familia, deben crearse códigos familiares, cátedras en las Universidades, tribunales familiares e investigaciones sociales, para darle un criterio científico y humano, a la disciplina tantas veces mencionada.

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

La importancia social de la familia debe ser la guía del legislador, éste debe ser conciente de que la colectividad familiar tiene una influencia sobre su estabilidad, así pues, la intervención del legislador debe ser prudente, buscando todas las medidas protectoras de la familia, todo lo que pueda favorecerla, procurando una protección de los intereses de todos y cada uno de los miembros de la familia, procurando siempre el interés colectivo sobre el cual se basa la solidez de la familia, no ha signi-

ficado todavía para el legislador, el valor que verdaderamente tiene ya que excepto el Código de Protección al Menor, promulgado en el Estado de Guerrero, (México), en 1956, no ha habido frutos positivos de protección a la familia.

La familia es una noción nueva enfocada al margen del Derecho civil y de las leyes reglamentarias, teniendo por objeto regular al estado de familia matrimonial, como extramatrimonial. Asimismo, los actos derivados de ese estado, y todas las consecuencias jurídicas personales y patrimoniales. Pensamos que se asombrarían los doctos en Derecho si de una manera científica revisaran nuestro Código Civil, y no encontrarán referencia alguna, ni libro, capítulo o sección que se denomine Derecho familiar; es más, salvo raras excepciones, sólo se menciona la palabra familia, en determinados preceptos del Código, así el patrimonio familiar, etcétera".<sup>43</sup>

En conclusión, la autonomía del Derecho familiar, no debe crear fantasmas alrededor de los conservadores en el derecho civil. No deben asustarse los civilistas, porque haya la inquietud en los maestros jóvenes, por separar, del derecho civil, el Derecho familiar. Queremos recordarles que desde sus orígenes, el Derecho civil ha ido creando todas las ramas del Derecho moderno. Así el derecho mercantil, el fiscal, el laboral, etc., las cuales tuvieron sus bases en el Derecho civil; entonces, ¿porqué ahora, algunos se inquietan al conocer la intención de separarlo del Derecho civil? Ojalá, y todo sea en función de beneficiar a la familia, y los civilistas lográramos ponernos de acuerdo sobre este difícil tema, y juntos nos lanzáramos a la elaboración del Derecho familiar, como disciplina autónoma, inspirados en el interés de fortalecer a la familia.

Como una aportación más a nuestra teoría, para crear el Derecho familiar moderno, consideramos imperativo citar el ejemplo de México, porque la evolución de su Derecho civil, y en especial del familiar, han sido precursores en Iberoamérica, el siglo pasado y el presente. México ha tenido el galardón de haber sido el primer país del mundo con legislación familiar propia y autónoma de la legislación civil. La evolución del Derecho civil en México, propiamente codificado, se inicia con el Primer Código de la República Mexicana, dado en el Estado de Oaxaca, en los años 1827, 1828 y 1829.<sup>44</sup> El segundo Código Civil del país, se dio en Zacatecas, en 1829. en Oaxaca, en el año de 1852, se promulgó el tercer Código Civil Mexicano. Después, toco a Maximiliano, durante la época imperial, concretamente en el año 1866, promulgar los libros I y II del

<sup>43</sup> SVERDLOV, G. *Fundamentos del Derecho Soviético*. Publicación de la Academia de Ciencias de la URSS. Traducción del ruso al español, por José Echenique. Moscú, 1962. pp. 809 y ss.

<sup>44</sup> ORTÍZ URQUI, Raúl. *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana*. Editorial Porrúa, S. A. México, D. F. 1974. p. 9.

Código Civil del Imperio. Posteriormente, en septiembre de 1868, para entrar en vigor al año siguiente, el Estado de Veracruz-Llave puso en vigor el Código Civil del Estado, y en todos ellos hubo la reglamentación expresa del Derecho de Familia. Más adelante en 1870 se dá el primer Código del Distrito y Territorio de la Baja California, con su parte correspondiente al Derecho Familiar. Catorce años después, en 1884, entra en vigor el segundo Código para el Distrito y Territorio de la Baja California, en materia civil y familiar. Debemos destacar en este segundo ordenamiento, que una de sus novedades en relación al de '70, fue aportar la libre testamentificación respecto a los bienes. Al advenimiento del presente siglo, México inicia en 1910, su Revolución. La cual derrumba viejas estructuras y crea nuevos modelos en la sociedad mexicana. Frutos de esos movimientos sociales, llegan hasta el campo jurídico. De 1913 a 1916 hubo una facción carrancista, que podemos llamar preconstitucional, la cual se comprometió en el Plan de Guadalupe del 26 de marzo de 1913, a revisar las leyes sobre la familia y otras cuestiones importantes.<sup>45</sup> Una de esas inquietudes fue promulgar en diciembre de 1914, en el Estado de Veracruz, la única Ley del divorcio vincular dada en nuestro país, la cual por primera vez, permitió a los divorciados, contraer un nuevo matrimonio, pues en las legislaciones anteriores, no se disolvía el matrimonio; sólo se separaba a los cónyuges dejando subsistente ese vínculo hasta su muerte. En 1917, concretamente el 14 de abril y antes de entrar en vigor la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, lo cual sucedió el primero de mayo del mismo año, se empezó a publicar en el Diario Oficial, la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, dada con autonomía del Código Civil de 1884.<sup>46</sup> Esta Ley contempla por primera vez, la reglamentación de la familia, de sus instituciones como el matrimonio, la tutela, la emancipación, el divorcio, la adopción, etcétera, con proyección social, creando un nuevo Derecho con personalidad propia: el Derecho familiar.<sup>47</sup> Esta ley estuvo vigente hasta el primero de octubre de 1932 fecha de iniciación de vigencia del nuevo Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de esa época. ¿Qué ocurrió? Que el legislador de este Código, con poca visión jurídica y social de las necesidades de México, abrogó la ley citada. Para destacar su importancia, es conveniente mencionar que un año después, en 1918, Rusia publicó su Código sobre el matrimonio, la familia y la tutela. Decíamos, fue un gran error del legislador de 1928, haber abrogado esta ley, pues en muchos casos como puede verse de la comparación de los textos vigentes del Código

<sup>45</sup> AGUILAR GUTIERREZ, Antonio y DERBEZ MUÑOZ, Julio. *Panorama de la Legislación Civil de México*. Imprenta Universitaria. México, 1960, p. 5.

<sup>46</sup> Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917. Ediciones Andrade. México, D. F. 1964. p. 95.

<sup>47</sup> *Ibid.* p. 9.

Civil y los de aquella ley, el único mérito fue copiar; y en muchos casos repetir incluso, errores gramaticales de la misma. La evolución del Código Civil vigente, lejos de apoyar la proyección y futuro de la familia, ha ocasionado desmembramientos de la misma. El divorcio administrativo es una de las malas creaciones de este legislador, el cual atenta contra la integridad familiar.<sup>48</sup> Afortunadamente, en el período comprendido de 1970 a 1977, el Derecho Familiar fue objeto de una verdadera reestructuración, hasta el punto de crear en 1971, los tribunales familiares. Las reformas siguieron dándose y así, en 1975, en que México fue la sede del Año Internacional de la Mujer, trajo como una de sus consecuencias, la verdadera igualdad jurídica del hombre con la mujer, así como una serie de nuevas disposiciones, permitiéndole a la mujer en México, alcanzar su lugar junto al hombre, como esposa, como compañera y como complemento del mismo. Hoy estamos en el umbral de crear la legislación familiar para México: un Código familiar y otro de procedimientos familiares, serán la respuesta a la crisis actual de la familia, en México y en el mundo.<sup>49</sup>

#### BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GUTIÉRREZ, Antonio y DERBEZ MURO, Julio. *Panorama de la Legislación Civil de México*. Imprenta Universitaria. México, 1960.
- BELLUSCIO, Augusto César. *Nociones de Derecho familiar*. Bibliográfica Omeba. Bernardo Lerner, Editor Ejecutivo. 1977.
- CARBONNIER, Jean. *Derecho civil*. Tomo I. Volumen II. "Situaciones familiares y cuasi familiares". Boch, Casa Editorial, Barcelona, 1961.
- CICÚ, Antonio. *El Derecho de familia*. Traducción de Santiago Sentís Melendo, con adiciones de Víctor Neppi. EDIAR. Buenos Anres, 1947. (Este volumen corresponde a la traducción de la obra italiana, "El Diritto di Famiglia". Athenaeum. Roma MCMXIV.
- CICÚ, Antonio. *La filiación*. Traducción de Faustino Jiménez Arnau. y José Santacruz Teijeiro. 1a. Edición. Madrid. Revista de Derecho Privado. 1930.
- DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. *Tratado de Derecho de familia*. Tomo I. Publicada en Jurisprudencia Argentina. 1956-IV. Secc. de documentos.
- GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián. *Derecho familiar*. Editorial Publicidad y Ediciones Gama, S. A. 1a. Edición. México, 1972.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis. FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA. *Derecho de familia*. Librería Bosch, Casa Editorial. Barcelona. 1976.

<sup>48</sup> Código Civil para el Distrito Federal, de 1932. Ediciones Andrade México, D. F. 1977. Artículo 272.

<sup>49</sup> GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián. *Proyecto de código familiar para el Distrito Federal*. México, D. F. 1977.

EGUÍA VILLASEÑOR, Emilio. *Proyecto de código de procedimientos familiares para el Distrito Federal*. México, D. F. 1977.

## DERECHO FAMILIAR

99

- ORTÍZ URQUIDI, Raúl. *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana*. Editorial Porrúa, S. A. México, D. F. 1974.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones de Derecho civil*. Traducción de la cuarta edición italiana, aumentada y concordada con la legislación española, por Ramón Serrano Suñer y José Santacruz Teijeiro. Tomo II. Volumen II. (Derecho de Obligaciones. Derecho de Familia. Derecho hereditario). Instituto Editorial Reus. Madrid.
- SVERDLOV, G. *Fundamentos del Derecho soviético*. Publicación de la Academia de Ciencias de la URSS. Traducción del ruso al español, por José Echenique. Moscú, 1962.

## LEGISLACIÓN CONSULTADA

- Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917. Ediciones Andrade, S. A. México, D. F. 1964.
- Código Civil para el Distrito Federal, de 1932. Ediciones Andrade, S. A. México, D. F. 1977.

## ENCICLOPEDIAS JURIDICAS

- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XII. Editorial Bibliográfica Omeba. Bibliográfica Omeba. Bibliográfica Omeba. Argentina, 1964.

## PROYECTOS DE CODIGOS

- Proyecto de Código Familiar para el Distrito Federal. Autor: Julián Guitrón Fuentesvilla. Editorial CONESUDEF, A. C. México, D. F. 1977.
- Proyecto de Código de Procedimientos Familiares para el Distrito Federal. Autor: Emilio Eguía Villaseñor. Editorial CONESUDEF, A. C. México, D. F. 1977.