

EL DERECHO FAMILIAR

FAMILY LAW

JOSÉ BARROSO FIGUEROA¹

RESUMEN: A través de un estudio dogmático, el autor realiza un repaso, desde la teoría civilista, sobre aspectos fundamentales del Derecho familiar. Partiendo de la definición de Derecho familiar, se indaga sobre su problemática como disciplina autónoma del Derecho civil. Considerando la teoría y la opinión de varios especialistas en la materia, el autor construye una tesis propia sobre la autonomía del Derecho familiar basándose en su naturaleza. Finalmente, se acota el contenido esencial de esta rama del Derecho.

PALABRAS CLAVE: *Derecho familiar; Derecho civil; derecho privado; disciplina autónoma; concepto jurídico.*

ABSTRACT: Through a dogmatic study, the author takes a look from the civilian theory on fundamental aspects of family law. Starting from the definition of family law, inquires into the problem of family law as an autonomous discipline. Considering the theory and the opinion of several experts, the author constructs a thesis of the family law's autonomy based on their nature. Finally, the content of this branch of law is noted.

KEYWORDS: *Family law; Civil right; Private law; Autonomous discipline; Legal concept.*

SUMARIO: I. Concepto de Derecho Familiar. II. El problema de la Autonomía del Derecho Familiar. III. Tesis del autor sobre la autonomía del Derecho de Familia. IV. Contenido del Derecho Familiar.

¹ Profesor de la Facultad de Derecho y la de la División de Estudios de Posgrado en Derecho de la UNAM.

I. CONCEPTO DE DERECHO FAMILIAR



Podemos definir al Derecho Familiar,² diciendo que es “la disciplina que estudia la evolución y problemática de la familia, así como el conjunto de normas de orden público e interés social, que regulan tanto en sus aspectos personales como patrimoniales, la organización, el funcionamiento y la disolución de aquella”.³ Cabe recordar que del Derecho familiar existen múltiples definiciones.⁴

² Para nosotros es irrelevante la cuestión de si esta rama del Derecho debe intitularse Derecho Familiar o bien Derecho de Familia, de modo que emplearemos indistintamente una u otra denominación.

³ Hemos querido ofrecer una definición clara y sencilla del Derecho Familiar, como es la anotada. No la creemos exenta de objeciones, porque como ya decían los antiguos, definir es peligroso. De las varias definiciones de Derecho Familiar que conocemos, las dos siguientes han influido en la conformación de nuestro concepto:

Julián Bonnecase define al Derecho Familiar en los siguientes términos: “Conjunto de reglas de Derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia”. BONNECASE, Julián, *La filosofía del Código Napoleón aplicada al Derecho de Familia*, Puebla, Editorial José Ma. Cajica Jr., 1945, p. 33.

Enrique Díaz de Guijarro ofrece la siguiente definición de Derecho de Familia: “Es el conjunto de normas que, dentro del Código Civil y de las leyes complementarias, regulan el estado de familia, tanto de origen matrimonial como extra-matrimonial, los actos de emplazamiento en ese estado y sus efectos personales y patrimoniales”. DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, *Tratado de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Tipográfica Editora, 1953, p. 293.

⁴ A manera de ejemplo y entre otras muchas podemos citar:

Edgar Baqueiro y Rosalía Buenrostro definen al Derecho de Familia “como la regulación jurídica de los hechos biosociales derivados de la unión de los sexos a través del matrimonio y el concubinato y la procreación de los hijos por la institución de la filiación”. BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía, *Derecho de Familia y Sucesiones*, México, Harla, 1994, p. 10.

Para Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez el Derecho de Familia es el conjunto de normas jurídicas de derecho privado e interés público que autónomamente regulan a la familia y las relaciones personales y patrimoniales

EL DERECHO FAMILIAR
JOSÉ BARROSO FIGUEROA

A diferencia de otras definiciones, la nuestra no toma como punto de partida al *parentesco*, dando así amplia cabida a la tutela, cuya regulación ha correspondido siempre (y corresponderá en lo futuro) al Derecho Familiar (la tutela no constituye propiamente una relación familiar, si bien, es un substituto de aquella, como afirma Lehmann,⁵ pues se configura sobre el modelo de la patria potestad; esto último, aún tratándose de la tutela de mayores).

entre sus miembros, y otras personas relacionadas”. DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto, *Derecho Familiar*, México, Porrúa, 2004, pp. 19-20.

Javier Tapia Ramírez conceptúa al Derecho Familiar como el conjunto de normas, de orden público e interés social, que regula la organización y desarrollo integral de la familia (aspecto objetivo), así como las relaciones jurídicas familiares (derechos, deberes y obligaciones personales y patrimoniales), que se originan entre el Estado y los miembros que la integran, y de éstos entre sí (aspecto subjetivo). Cfr. TAPIA RAMÍREZ, Javier, *Derecho de Familia*, México, Porrúa, 2013, p. 18.

Jorge Alfredo Domínguez Martínez define al “Derecho de la Familia”, como “la parte del Derecho Civil que regula la constitución, la organización y la extinción de la familia, así como las relaciones jurídicas entre quienes la integran”. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Familia*, México, Porrúa, 2008, p. 64.

Según Manuel Albaladejo, “el derecho de Familia puede definirse como el conjunto de normas que regulan las instituciones familiares, principalmente el matrimonio y la filiación, y las relaciones jurídicas que de ellas se derivan”. ALBALADEJO, Manuel, *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, 12ª ed., Edisofer, 2013, p. 11.

El maestro Ignacio Galindo Garfias estima que “El Derecho de Familia es un conjunto de normas jurídicas destinadas a regir la conducta de los miembros del grupo familiar entre sí, creando las relaciones conyugales y constituidas por un sistema de derechos y obligaciones, poderes y facultades, deberes entre consortes y parientes”. GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil Parte General. Personas. Familia*, 26ª.ed., México, Porrúa, 2009, p. 459.

Augusto César Belluscio señala que el Derecho de Familia es “El conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares”. BELLUSCIO, Augusto César, *Derecho de Familia*, t. 1, Parte General. Matrimonio, Buenos Aires, Depalma, 1979, p. 29.

Conceptúa al Derecho Familiar Flavio Galván, diciendo que es “la rama del Derecho Privado, considerada de interés público, que tiene por objeto inmediato, directo y exclusivo a la familia, en cuanto a su origen, organización y disgregación”. GALVÁN RIVERA, Flavio, *El concubinato en el vigente Derecho Mexicano*, México, Porrúa, 2003, p. 69.

⁵ Cfr. LEHMANN, Heinrich, *Derecho de Familia*, vol. IV, Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1953, p. 11.

Pero efectuaremos, así sea someramente, una breve glosa del concepto de Derecho Familiar,⁶ que hemos proporcionado:

1. El Derecho de Familia indaga y analiza el origen y evolución de la familia, a fin de comprender cabalmente la problemática que la afecta y, de esta suerte, estar en condiciones de plantear las mejores soluciones a sus conflictos y ofrecer las orientaciones más adecuadas para su futuro desarrollo.
2. El Derecho de Familia estudia, además, el conjunto de normas reguladoras del cuerpo familiar; estas normas, en la legislación vigente en el Distrito Federal, se encuentran insertadas casi totalmente dentro del Código Civil, aunque también podemos encontrarlas en otros ordenamientos, con carácter complementario. Estas normas tienen como específica característica la de ser, por mandato legal, de orden público e interés social (art. 138 ter. CCDF), lo cual significa que por regla general tienen carácter imperativo, es decir, su cumplimiento no puede, salvo permisión legal, ser evadido por acuerdo entre partes y además que existe un interés general en su efectiva aplicación.
3. El Derecho de Familia se ocupa tanto de los aspectos personales como de los patrimoniales que atañen a la familia. Sin desconocer la importancia preponderante, que fuera de toda duda corresponde al aspecto personal de las relaciones familiares, es necesario también considerar los aspectos de índole patrimonial, que tienen que ver con temas tan interesantes como son, por ejemplo, el sostenimiento económico

⁶ Emplearemos la palabra *Derecho*, así con mayúscula, cuando lo aludamos en sentido objetivo, como conjunto de normas (*verbigracia*: *Derecho Familiar*, *Derecho Mexicano*, estudiante de *Derecho* y con minúscula, si lo utilizamos en sentido subjetivo, es decir, como facultad derivada de la norma (por ejemplo: tengo *derecho* a ser escuchado; el hijo menor de edad tiene *derecho* a percibir alimentos). La anterior, salvo que se trate de transcripciones, en cuyo caso respetaremos la ortografía original.

de la familia, los regímenes patrimoniales del matrimonio y el patrimonio familiar, por citar sólo los más destacados.

4. La normatividad contenida en el Derecho Familiar está referida a tres grandes campos:
 - a) El de la organización de la familia, que se relaciona con el estudio del matrimonio, el concubinato y los vínculos parentales en sus diferentes especies (la consanguinidad, la afinidad y la adopción).
 - b) El del funcionamiento de la familia, que analiza de qué manera el matrimonio y los vínculos parentales se concretan como derechos y obligaciones de y entre los miembros de la familia, que éstos pueden ejercitar o bien deben dar cumplimiento, según se trate de los primeros o de las segundas.
 - c) Dentro del espacio dedicado al funcionamiento de la familia, tiene cabida el análisis de los efectos de los vínculos familiares, así como también el de sus substitutivos, como es el caso de la tutela y la curatela.
 - d) Finalmente, el concerniente a la disolución de la familia, que posee como aspecto medular lo relativo a la disolución del matrimonio, el concubinato e, incluso, la sociedad de convivencia. Incluimos también aquí a la nulidad del matrimonio porque igualmente extingue a la familia, aunque no es una forma de disolución del mismo, sino el reconocimiento que desde un inicio, o sea a su celebración, no fue válido.

Abundaremos sobre el ámbito reservado al Derecho de Familia, cuando desarrollemos, dentro de este mismo capítulo, el tema intitulado “Contenido del Derecho Familiar”.

II. EL PROBLEMA DE LA AUTONOMÍA DEL DERECHO FAMILIAR

Hace ya casi medio siglo, en un artículo que resultó ser precursor en México y que publicara la Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM,⁷ planteé la cuestión relativa a la autonomía del Derecho de Familia. Formulaba entonces las siguientes interrogantes: ¿este conjunto articulado de normas que regula las relaciones emergentes de la organización familiar ha alcanzado autonomía con relación al Derecho Civil?; ¿es ya el Derecho Familiar una rama del conocimiento jurídico al lado del Derecho Mercantil, el de Trabajo o el Agrario, por ejemplo?, o bien, ¿todavía integra una unidad con el Derecho Civil?

Hoy, en 2015, todavía el problema permanece en el tapete de las discusiones y aun se aducen argumentos en pro y en contra de que el Derecho de Familia se convierta dentro de la Ciencia Jurídica, en una parcela autónoma y por ende distinta del Derecho Civil.

Como ya lo hicimos en 1967, hoy debemos comenzar por la punta, observando de qué manera fue que se gestó y evolucionó tan prolongado debate:

La cuestión relativa a la adecuada ubicación del Derecho de Familia dentro de la sistemática general del Derecho y su posible independencia respecto del Derecho Civil, cobra especial relieve a partir de las ideas de Antonio Cicu, expuestas principalmente en dos muy trascendentales obras: *El Derecho de Familia* y *La Filiación*.⁸ Expresa el notable profesor de la Universidad de Bolonia, su disenso con

⁷ Cfr. BARROSO FIGUEROA, José, “La autonomía del Derecho de Familia”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 68, t. XVIII, octubre-diciembre 1967, p. 807-843.

⁸ En el “Prefacio del autor a la edición española” de *La Filiación* declara Cicu que los principios básicos que en su sentir gobiernan al Derecho de Familia, los expuso inicialmente en el discurso inaugural que leyera en la Universidad de Macerata el 23 de noviembre de 1913, intitulado “El espíritu del Derecho de Familia” y los amplió e ilustró más tarde en su obra *El Derecho de Familia*.

En *La Filiación* se reproduce el curso de Derecho Civil que impartiera en la Universidad Católica de Milán, durante el segundo semestre de 1926-1927.

EL DERECHO FAMILIAR
JOSÉ BARROSO FIGUEROA

la tradicional postura de incluir al Derecho de Familia como parte del Derecho Privado, pues a aquél Derecho ya no pueden aplicarse los principios y conceptos jusprivatistas.⁹ Parte Cicu de la determinación de la posición que tiene el individuo frente al Estado, afirmando que ésta es siempre de dependencia, pues si el Derecho se produce y actúa por el Estado, el individuo que estuviera fuera del Estado estaría también fuera del Derecho; aclara que no debe confundirse este aspecto, enteramente jurídico, con el político, en el que se desenvuelven dos teorías opuestas y extremas, la que afirma la autonomía del individuo frente al Estado y la que estima a aquél enteramente inmerso en éste, con una intermedia que considera al hombre en parte autónomo y en parte sujeto al Estado. Así pues jurídicamente el hombre está siempre dentro del Estado.

Después de este planteamiento se propone Cicu distinguir entre Derecho Público y Derecho Privado, para lo cual expresa que el conflicto entre individuo y Estado se plantea y resuelve dentro de éste, y “no implica una afirmación del individuo contra o sobre el Estado, sino que se nos presenta en los siguientes términos: ¿interesa al Estado considerar como fines suyos, y por consiguiente, elevar a fines superiores todos los fines individuales, o, por el contrario, 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 sus fines particulares? La distinción entre derecho público y derecho privado resulta, por tanto, de la diversa posición que al individuo reconoce el Estado: posición de dependencia con respecto al fin en el derecho público, posición de libertad en el derecho privado”.¹⁰ Toda relación jurídica tiene como elementos constitutivos el *interés* y la *voluntad*. En el Derecho Privado el interés que entra en juego es el interés individual de quienes intervienen en la relación jurídica de que se trate; cada quien persigue su propio interés y manifiesta

⁹ Cfr. CICU, Antonio, *La Filiación*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1930, p. 9.

¹⁰ *Ibidem*, p. 11.

su autónoma voluntad, con fines distintos y opuestos. En la relación de Derecho Público no es admisible que el interés del individuo se oponga al del Estado, porque el de éste es superior; en el individuo su interés es interés no propio como entidad independiente, sino considerado como parte orgánica, como miembro del Estado; sólo hay aquí un interés, el superior del Estado, y voluntades convergentes a su satisfacción.

A continuación Cicu se aboca al estudio de la naturaleza de las relaciones familiares y advierte que si se analizan las relaciones del Derecho de Familia en su estructura, se verá que en ellas no se tutelan los intereses individuales como intereses autónomos, independientes, opuestos; ni se tutela tampoco una libertad de querer referente a esos intereses. Es más, la subordinación de intereses individuales a un interés unitario, es aún más evidente que en el Derecho Público: si tomamos como ejemplo las relaciones entre los cónyuges, nos percataremos que estos no pueden regular los derechos y deberes dimanantes de ellas, ni limitarlos mediante condiciones o pactos; tal se debe a que el Derecho no toma en consideración los fines que los esposos, considerados como individuos particulares, puedan proponerse, sino que él mismo señala los fines, subordinando la voluntad de aquellos.

¿Cómo ubicar al Derecho de Familia en la sistemática del Derecho? Afirma Cicu que en el Derecho de Familia las relaciones jurídicas tienen las características de las de Derecho Público: interés superior unitario y voluntades convergentes a su satisfacción. Son pues relaciones orgánicas.

Vista la estructura de las relaciones que se dan en el Derecho de Familia, pugna con los más elementales criterios de sistematización jurídica su inclusión en el campo del Derecho Privado. Con todo lo anterior, continua Cicu, no se quiere afirmar que el Derecho de Familia deba incluirse dentro del Derecho Público, porque este Derecho es del Estado y de los demás entes públicos; la familia no es ente público, no porque no esté sujeta a la vigilancia y tutela del Estado como los entes públicos, sino debido a que los intereses que

EL DERECHO FAMILIAR
JOSÉ BARROSO FIGUEROA

debe cuidar no son los de la generalidad. Al Derecho de Familia debe asignársele un lugar independiente entre el Derecho Público y el Derecho Privado, es decir, la bipartición debe transmutarse en tripartición, creándose un tercer género en el que pudiera tener cabida el derecho familiar.

En 1961 la Casa Editorial Giuffré, de Milán, publicó en italiano bajo el título *Successioni per Causa di Morte*, una nueva obra de Cicu, a la que debemos considerar como una evidencia de las ideas que el afamado maestro italiano sostuvo en años posteriores. Al referirse a la posición que el Derecho Hereditario guarda dentro del Derecho Privado, afirma que aquel es parte de éste, pero en cuanto a la conexión que el Derecho Hereditario tiene con el de la familia (sucesión legítima y de los legitimarios), “(...) no sería científicamente correcto incluir estas dos partes del Derecho Hereditario en el Derecho de Familia. Es cierto que en éste entran relaciones, además de las de naturaleza personal, también de naturaleza patrimonial, como el derecho de alimentos, el derecho de usufructo legal de los padres y la disciplina de las relaciones patrimoniales entre los esposos. Pero esto tiene su razón en el hecho de que el Derecho de Familia tiene un sistema propio, estando presidido por principios radicalmente diversos de los que son propios de las otras partes del Derecho Privado”.¹¹

En nota de pie de página, Cicu hace notar que si una parte de la doctrina persiste en considerar al Derecho de Familia como parte del Derecho Privado, es porque todavía no ha acogido la conclusión ineludible de que las relaciones regidas por el primero tienen una estructura radicalmente distinta de las que corresponden al segundo, en cuanto a que aquel, a diferencia de éste, está preordenado a un fin superior.¹²

¹¹ CICU, Antonio, *Derecho de Sucesiones, Parte General*, Barcelona, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1964. p. 18.

¹² *Idem*.

La tendencia prohijada por Cicu ha permeado a profundidad, el pensamiento que podríamos llamar jusfamilista. Esto se manifestó originariamente en Italia, pero acabó abarcando el mundo entero.¹³

¹³ Las ideas de Cicu recibieron firme apoyo por parte de un amplio sector de la doctrina italiana de su tiempo, siendo notable el que le ha brindado Roberto De Ruggiero, para quien el Derecho de Familia tiene un carácter muy singular. Expresa que en tanto que los derechos reales y los de las obligaciones se asemejan a sus modelos romanos, los de familia se alejan del suyo, porque en él han actuado los profundos cambios sociales de las diversas épocas. Ya en el Derecho Romano la familia varió tan hondamente, que la antigua es negada por la clásica y ésta por la justineana.

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

De estos estados personales, continúa el tratadista italiano, surgen relaciones económicas y patrimoniales, a las que se llama derechos familiares patrimoniales, por ejemplo la obligación alimentaria del marido respecto a la mujer; pero estos derechos y deberes no son sino consecuencia de los estados dichos, inseparables de ellos, por que la relación económica sólo puede producirse como efecto de la relación personal. Por eso tiene especial configuración la relación económica producida en el seno familiar, ya adopte la figura de un derecho real (usufructo legal) ya de un derecho de crédito (obligación alimentaria); imita pero no reproduce exactamente la categoría derecho real o derecho de crédito. Aun cuando las relaciones tienen un contenido económico, el ordenamiento legal opera fuera de la esfera corriente de lo tuyo y lo mío, porque persigue finalidades que trascienden al fin individual y protege intereses superiores, como son los de la familia como organismo, no los particulares del individuo.

Esto distingue esencialmente al Derecho de Familia.

Mientras las demás ramas del Derecho Privado miran a intereses particulares y fines individuales, para cuya protección se conceden acciones supeditadas a la libertad de acción del individuo, en las relaciones familiares el interés particular es substituido por el superior de la familias y sometido a la tutela jurídica. A

Es natural que los planteamientos formulados por Cicu hayan

través del interés familiar recibe protección un interés más alto, el del Estado, cuya vitalidad y desenvolvimiento dependen de la solidez del núcleo familiar. Puesto que el fin de la familia es tan importante para la comunidad, no puede abandonarse su consecución a la voluntad libre del particular que podría actuar contrariamente a la utilidad general, sino debe confiarse al Estado, el cual lo conseguirá a toda costa. De aquí derivan consecuencias que influyen notablemente en la estructura interna de las relaciones. La autonomía de la voluntad que en las demás ramas del Derecho constituye un principio fundamental, no se aplica en ésta o sufre tan grandes limitaciones que autorizan a afirmar su desconocimiento. De esta limitación al principio de la autonomía de la voluntad, deriva el que muchas de las reglas comunes a los negocios jurídicos no son aplicables cuando se trata de derechos de familia, así: a) No se aplica el principio de la representación, verbigracia, no se permite contraer matrimonio mediante mandato (Nota: en el Derecho aplicable al Distrito Federal, si se permite. Artículo 102 del Código Civil); b) No se permite limitar mediante términos o condiciones, los efectos jurídicos de la declaración, por ejemplo, no puede contraerse matrimonio bajo condición; c) También respecto a la disposición del derecho subjetivo que el particular deriva de la relación familiar, existen diferencias. La renuncia y la transmisión, que en los demás derechos vienen a ser un modo natural de ejercicio, no se admiten en los de carácter familiar; verbigracia, no puede transmitirse a otro la potestad paterna; d) Pero lo más saliente en los negocios de Derecho Familiar, es la amplia intervención de la Autoridad Pública y la especial energía desplegada en la formación de la relación. Si a veces el funcionario público interviene como simple certificador del acto, lo más frecuente es que su función sea esencial a éste, porque la voluntad del particular es insuficiente si no concurre la del Poder Público. En ocasiones la voluntad del particular es un mero supuesto de hecho que vale como iniciativa o excitativa a la autoridad, de modo que la relación se constituye por voluntad de esta última.

Todas estas particularidades que resalta Cicu, denotan que el Derecho de Familia se aparta del Derecho Privado y se aproxima al Derecho Público. No se puede decir, sin embargo, que sea verdadero Derecho Público, *pero sí que se separa del resto del derecho privado y constituye una rama autónoma*. (Cfr. DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, Editorial Reus, vol. II, 1931, pp. 657-667).

También dentro de la doctrina italiana Lodovico Barassi parece convenir con Cicu. Plantea este tratadista la cuestión bajo el rubro *La Familia y el Derecho Público* y afirma que el Estado debe respetar y cuidar celosamente la integridad de la familia. Por esta razón, el Derecho Público se ha infiltrado ampliamente en el Derecho de Familia, como ocurre en actos formativos de ciertos estados (matrimonio, adopción) o que determinan su pérdida; asimismo el Estado controla el ejercicio de la patria potestad y cuando ésta falta, su intervención es todavía

trascendido de tal manera, sobre todo porque la cuestión relativa a la autonomía del Derecho Familiar era algo que cuando fue articulado por el respetado maestro italiano, como que flotaba en el aire; se “respiraba” que este sector del Derecho ya no encajaba dentro del esquema de lo que pertenece al Derecho Civil y tampoco de manera cómoda en el Derecho Privado.

Cabe aclarar que, por ello, resulta difícil precisar si algunos tratadistas cuyos pronunciamientos guardan gran simetría con los de Cicu, fueron en realidad influidos por este autor, o bien son originales, aunque desde luego no ajenos a una corriente cuyo flujo se dejaba sentir con gran ímpetu dentro del ámbito del Derecho Privado.

Así encontramos que en Alemania, importantes autores de la época, sin referirse a Cicu enunciaron conceptos equivalentes: L. Dukow, E. Swoboda, Binder, Schmidt, Hedemann y Nipperdey, quien afirmaba que el Derecho de Familia podría tener cabida en el Derecho

más enérgica (la tutela es Derecho Público). “En general, puede afirmarse que, en la actualidad, la infiltración del derecho público en el derecho de familia presenta una clara tendencia progresiva; de aquí la función social de las instituciones familiares” (Cfr. BARISSI, Lodovico, *Instituciones de Derecho Civil*, Barcelona, José María Bosch, vol. I., 1955, p. 231).

Francesco Messineo adopta una postura menos definida, pues afirma que el Derecho de Familia “ocupa una posición absolutamente propia en la órbita del derecho privado” (Cfr. MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, ediciones Jurídicas Europa-América, t. III, p. 31); es decir, que aun cuando integra el Derecho Privado no se confunde con el resto de éste, pues tiene características muy especiales que se oponen a ello.

Una tratadista que prefirió mantenerse al margen de la controversia es Rondoni, pero no sin afirmar que si las relaciones de Derecho Público se entienden restrictivamente, es decir, sólo aquellas en las que se contraponen el particular a la entidad pública en el ejercicio de sus atribuciones, el Derecho de Familia no pertenece a aquél; mas si entendemos como Derecho Público todas las normas inderogables por los interesados, la mayoría de las que componen el Derecho de Familia deben considerarse pertenecientes a aquél Derecho, por tener tal característica, que no indica sino la preocupación del Estado moderno por intervenir en la regulación de la organización familiar. Cfr. ROTONDI, Mario, *Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, editorial Labor, 1953, p. 574.

Social o en el Público, o quizá en un Derecho especial, pero de ninguna manera en el Derecho Privado, ya que sus normas, al ser de Derecho Público, sólo corresponde determinarlas al Estado, quedando sustraídas por tanto a la voluntad privada.¹⁴ Habría que añadir la importante postura de Heinrich Lehmann, que si bien considera al Derecho de Familia sustraído al Derecho Privado, tampoco supone que forme parte del Derecho Público.¹⁵

Algo semejante a lo anterior podría afirmarse respecto al Derecho Francés. Algunos autores de gran prestigio internacional

¹⁴ Cfr. DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, *Tratado de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1953, p. 272.

¹⁵ Para Henrich Lehmann, “es el derecho de familia una parte del derecho privado. En armonía con sus fundamentos es derecho social. Sólo excepcionalmente tienen sus normas carácter de derecho público” (LEHMANN, Heinrich, *op.cit.*, p. 12). Destaca este tratadista germano la gran preponderancia que el derecho privado ejerce sobre el Familiar, pero advierte cómo, de otro lado, los miembros de la familia subordinan a los intereses comunes el derecho patrimonial y obligacional, pues el uso egoísta de la posición que se tiene dentro de la familia, a más de perjudicar a ésta lesiona a la comunidad, pone en peligro el bienestar del Estado; por eso el Derecho de Familia limita fuertemente los intereses particulares en aras del interés familiar y de la comunidad: el principio de equiparación, inherente al Derecho Privado, se substituye por los de preordenación o subordinación, característicos del Derecho Público. Pero el Derecho de Familia no es parte del Derecho Público, porque los intereses de aquélla no son los del Estado; los derechos y deberes que del Derecho Familiar resultan al individuo no se derivan de que éste pertenezca al Estado, sino a su categoría de miembro del organismo familiar. El Derecho Social está integrado por normas que protegen de modo inmediato el interés de los organismos sociales y por las que reglamentan las relaciones de los hombres como entes sociales; el Derecho Social no debe ser calificado como Derecho Público, pues muchos de sus sectores no tienen cabida dentro de éste. El fundamento del Derecho de Familia está constituido por normas de Derecho Social, no de carácter público, que reglamentan las relaciones de los hombres como entes sociales y miembros de la familia; al lado de estas normas fundamentales y refiriéndose a otros aspectos de menor envergadura, tenemos normas de inequívoco perfil privado y aún en menor escala, disposiciones pertenecientes al Derecho Público. Cfr. *Ibidem*, pp. 13-16.

que también terciaron en este importante tema, son Planiol¹⁶ y Savatier,¹⁷ así como dos tratadistas algo más recientes como son

¹⁶ Considera Planiol que dentro del derecho civil “(...) los derechos de familia ocupan un lugar especial a causa del fundamento que cómo fenómeno natural, más que jurídico, presenta la familia” (Cfr. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, La Habana, Cultural, t. II., 1945, p. 11); agrega que en la esfera correspondiente al Derecho Familiar, es menos autónoma la voluntad que en la del Derecho de las Obligaciones o en la de los derechos reales. “El carácter de orden público de la mayoría de las disposiciones familiares es otro de sus rasgos distintivos; la familia es un factor de suma importancia para que el Estado se desentienda de cuanto a ella se refiere. Puede decirse que no hay normas de derecho familiar respecto de las cuales se admita pacto en contrario”. Cfr. *Ibidem*, p. 12.

¹⁷ Corresponde a Savatier puntualizar algunos aspectos muy importantes relativos a este tema. Explica que en tratándose de los actos de estado civil, se encuentra uno tanto dentro del Derecho Público como dentro del Derecho Privado; igualmente en la tutela, se está tentado a ver en el tutor, persona privada, poseer sobre su pupilo derechos que no son exclusivamente de naturaleza privada, sino una suerte de *manus publicum*, como decían los romanos, o sea el tutor rige sobre la persona de su pupilo.

Históricamente continúa el jurista francés, el Derecho revolucionario atacaba a los grupos que se interponían entre el individuo y el Estado, inclusive la familia. Es que había una tendencia exacerbada por consagrar la libertad individual; así por ejemplo, la Ley de 20 de septiembre de 1792, instituyó un divorcio al que se daba como base la libertad del individuo, pues se decía que el matrimonio indisoluble atentaba contra la autonomía del hombre; después de todo el matrimonio era sólo un contrato, por tanto rescindible. Dentro de este orden de ideas la familia era predominantemente de Derecho Privado; en ella el Derecho Público y el Estado nada tenían que hacer.

Actualmente, más bien puede decirse que el padre, jefe de familia, cumple una magistratura. La familia ha advenido a grupo intermedio entre Estado e individuo, inclusive posee la cualidad más característica de la persona moral; la posibilidad de derechos por sí misma, lo que se refleja en los planos tanto patrimonial como extramatrimonial. Son importantes las direcciones que señala la jurisprudencia francesa a este respecto, al reconocer que la familia puede ser titular de derechos que son del grupo, no del individuo.

Concluye Savatier expresando que la familia, como grupo intermedio entre el individuo y el Estado, es de Derecho Público. Cfr. SAVATIER, René, *Du Droit Civil au Droit Public*, París, Librairie Generale de Driot et de Jurisprudence, 1945, p. 5.

Bonnecase¹⁸ y los hermanos Mazeaud.¹⁹ No existe, desde luego, unanimidad sobre el punto en la doctrina francesa.

En cuanto a la doctrina española contemporánea de Cicu, puede formularse el siguiente resumen: Hernández Gil descarta sintéticamente la tesis autonomista; Valverde se mantiene dentro de la concepción clásica y Puig Peña, después de analizar la postura del maestro de la Universidad de Bolonia, la excluye de manera implícita al dar cabida en su Tratado de Derecho Civil Español al Derecho de Familia.²⁰

Díaz de Guijarro sintetiza los puntos de vista de la doctrina argentina de mediados del siglo XX, sobre esta materia, en los siguientes términos: Busso y Ferreras se oponen a la tripartición, Ferrer no se pronuncia, Rébora incidentalmente conviene en que las instituciones familiares se trasladan del Derecho Privado al Derecho Público. Debe recordarse, como evento digno de tomarse en cuenta, el Congreso de Juristas celebrado en diciembre de 1951 en la ciudad de Lima: el cual, tras de ocuparse de la doctrina de Cicu, repudió la tripartición al declarar a propuesta del propio Díaz de Guijarro, que “(...) el derecho de la familia no integra el derecho público ni forma una rama autónoma, sino que integra el derecho privado y, dentro de éste, el derecho civil”.²¹

¹⁸ Bonnecase, sin entrar mayormente al estudio de esta cuestión, considera al Derecho de Familia como “(...) parte del Derecho Civil”. Cfr. BONNECASE, Julián, *Elementos de Derecho Civil*, Puebla, José Ma. Cajica Jr., 1945, p. 503.

¹⁹ Los Mazeaud también se ocupan de la autonomía del Derecho de Familia, aunque sin mencionar a Cicu, y hacen notar que los tratadistas galos que se han abocado al estudio del matrimonio, el divorcio, la patria potestad, etcétera, tratan separadamente a estas instituciones, sin cobrar conciencia de que todas ellas convergen en un centro único: la familia. En la actualidad, todas las reglas que rigen esas materias han sido debidamente ubicadas. “Los juristas han comprendido que existe un *derecho familiar*, rama distinta del *derecho civil*; la familia ha conquistado derecho de ciudadanía en el ámbito jurídico”. Cfr. HENRI, Léon y MAZEAUD, Jean, *op. cit.*, vol. III, p. 5. La evolución de esta favorable tendencia, sin embargo, aún debe recorrer un prolongado camino antes de su plena consolidación.

²⁰ Cfr. DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, *op. cit.*, p. 278.

²¹ Cfr. *Idem.*

Cuestión que por su naturaleza nos merece un capítulo especial, es el relativo a la postura que sobre la importante cuestión que nos ocupa, han adoptado los autores mexicanos.

Procedamos a una breve revisión al respecto:

Rafael de Pina pasa revista brevemente al pensamiento de Cicu; sin embargo, para él “el Derecho de Familia es una parte del Derecho Civil. Como una rama del Derecho a que pertenece, según el pensamiento tradicional, se encuentra situado en el campo del Derecho Privado”.²²

Corresponde a Rafael Rojina Villegas enderezar vehemente crítica contra la doctrina de Cicu, en cuanto a que el Derecho de Familia deba abandonar el Derecho Privado, pero si conviene en que ya no integra Derecho Civil. Por su parte, externa que el Derecho de Familia “(...) pertenece por entero al derecho privado”.²³ No obsta para ello que tutele intereses generales o colectivos y que sus normas sean irrenunciables; pero, surge este otro problema: ¿Forma parte del Derecho Civil? Cree este jurista que carece de fundamento y consistencia científica la clasificación que se hace del Derecho de Familia dentro del Civil, pues tal proceder persiste sólo por razones históricas. “Atendiendo a las características del derecho de familia, tanto por lo que se refiere a su aspecto no patrimonial, cuanto por lo que atañe a su carácter de estatuto imperativo, irrenunciable, fuera del campo de la autonomía de la voluntad, e integrado por normas de indiscutible interés público y superior, consideramos que debe separarse del derecho civil patrimonial, para integrar una rama autónoma dentro del derecho privado”.²⁴

Sin pronunciarse claramente Benjamín Flores Barroeta, manifiesta su complacencia con las nuevas tendencias que ven en el Derecho de Familia, una rama del conocimiento jurídico que se aparta

²² DE PINA, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, México, Porrúa, 1960, p. 303.

²³ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil I*. México, Porrúa-Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y Análisis de Jurisprudencia y Publicaciones, 2011, p. 205.

²⁴ *Ibidem*, p. 206.

de los moldes tradiciones del Derecho Privado, para dar mayor intervención al Estado en las relaciones de índole familiar.²⁵

Julián Guitón expresa textualmente, “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, debe ordenarse un Código de Familia Federal, cátedras en la Universidad, Tribunales Familiares e investigaciones sociales para darle un criterio científico y humano a la disciplina tantas veces mencionada”.²⁶

El resumen que de su propio punto de vista formula Guitón, es típicamente pragmático; más que la ubicación sistemática del Derecho Familiar, le preocupa la evolución y consolidación del mismo. Empero, del contexto de su obra, se aprecia claramente su inclinación a considerar al Derecho Familiar como una rama del conocimiento jurídico independiente del Derecho Civil.

Sara Montero, tras de referirse a los criterios propuestos por el laboralista Guillermo Cabanellas para apreciar si una cierta rama del conocimiento jurídico ha alcanzado su autonomía, concluye que “los mismos se dan en el derecho de familia. Por lo que al ámbito del Distrito Federal, sólo falta completar la total autonomía de este derecho con la creación de un código de la familia. Ello no llevaría otra finalidad que la de una correcta sistemática jurídica”.²⁷

Aunque no ofrece mayores explicaciones, la maestra Montero se suma a quienes están por la autonomía del Derecho de Familia, aunque desde luego, es inexacta su afirmación de que la citada autonomía no tendría más finalidad “que la de una correcta sistemática jurídica”. La finalidad de la autonomía va mucha más allá; equivale a reconocer que el Derecho Familiar se conforma por

²⁵ Cfr. FLORES BARRUETA, Benjamín, *Lecciones de Primer curso de Derecho Civil*, México, edición privada hecha con permiso del autor por la Universidad Iberoamericana, 1965, pp. 285-286.

²⁶ GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *Derecho Familiar*, Tuxtla Gutiérrez, Universidad Autónoma de Chiapas, 1988, p. 231.

²⁷ MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de Familia*, México, Porrúa, 1984, p. 31.

un conjunto de instituciones de fisonomía peculiar, que poseen un contenido afectivo, ético y natural cuya articulación, interpretación y aplicación difieren diametralmente del Derecho Civil, rama que se ocupa sobre todo de arreglar intereses de orden patrimonial. Más adelante destacamos la importancia que reviste el que el Derecho Familiar alcance su autonomía.

Edgar Baqueiro y Rosalía Buenrostro, después de asentar que “para que una parte del derecho pueda adquirir independencia, se requiere que posea”,²⁸ independencia doctrinal, legislativa y judicial, concluyen que en “México existen tribunales y jueces específicos para atender a los asuntos familiares, pero su doctrina y regulación, la enseñanza de éstos y la legislación correspondiente aún forman parte del derecho civil”.²⁹ No está por demás reflexionar que efectivamente cuando los citados tratadistas formularon este aserto, su apreciación era correcta, porque la autonomía del Derecho Familiar no ha sido de breve trayecto, sino un proceso de decantación que, incluso, en el Distrito Federal no ha concluido a la fecha.

El Dr. Jorge Mario Magallón Ibarra, sin ser categórico, supone que las normas reguladoras de las relaciones familiares, por su especial naturaleza, merecen ser agrupadas bajo el nuevo rubro de Derecho Familiar y que éste atraviesa una etapa de transición que lo aleja del Derecho Civil, sin que ello signifique que transita definitivamente hacia el Derecho Público.

Dice el acreditado maestro al respecto: “La dinámica del grupo disperso de normas, que inicialmente se encuentra *incrustado en el Derecho Civil*, ha venido superando los moldes clásicos y ya caducos y obsoletos, imponiendo la necesidad de buscar y encontrar una nueva denominación: la de Derecho Familiar... los estudios de Cicu demostraron la necesidad de revisar los criterios de clasificación y si bien no creemos que el Derecho de Familia se acerque al Derecho Público, si creemos que marca un grave momento de *crisis* en la

²⁸ BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía, *op. cit.*, p. 12.

²⁹ *Idem*.

tradición del mismo como parte del Derecho Civil”.³⁰ De cualquier modo, podemos asumir que para el maestro Magallón, el Derecho de Familia aún integra Derecho Civil, como se aduce del hecho de que su *Derecho de Familia* corresponde al tomo III de su tratado general intitulado *Instituciones de Derecho Civil*; sin embargo, visionariamente prevé su desplazamiento hacia una ubicación particular y soberana.

Felipe de la Mata P. y Roberto Garzón J. aseveran que “el derecho de familia es privado en tanto que la conducta debida se origina entre los propios miembros del núcleo familiar, entre los cuales hay mutuamente una igualdad jurídica evidente”,³¹ agregando más adelante que al Derecho de Familia, “dentro de nuestra perspectiva debe considerarse una rama autónoma del Derecho Civil, y en consecuencia con el tiempo deberá expedirse un código familiar en cada una de las entidades federativas”.³²

Estima Jorge Alfredo Domínguez Martínez, después de una amplia reflexión sobre el tema “que los argumentos esgrimidos para demostrar la separación del Derecho de Familia del Derecho Civil y la consecuente autonomía del primero, no son suficientemente sólidos y convincentes... Ciertamente, si bien las relaciones de índole familiar integran un estatuto con características singulares, tienen una serie de vínculos con el Derecho Civil que de ellos deriva una indisolubilidad entre una y otra disciplina”.³³

Opina Javier Tapia Ramírez “que el Derecho de Familia no debe ser apartado del Derecho Civil”; sin embargo con posterioridad asume una actitud un tanto dubitativa, pues añade que “... el hecho de que el Derecho Familiar adquiera una ‘*reglamentación autónoma*’, no es causa suficiente para considerarlo independiente del derecho privado (Nota del autor: adviértase que aquí el Dr. Tapia ya no se refiere al Derecho *Civil* sino al *Privado*) pero si como una rama de éste, pero

³⁰ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de familia*, t. III., México, Porrúa, 1988, pp. 41-42.

³¹ DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto, *op. cit.*, p. 22.

³² *Idem*.

³³ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *op. cit.*, pp. 58-60.

con su propia legislación, como sucede con el Derecho Mercantil; con esta clase de autonomía del Derecho de Familia estoy de acuerdo, y no dudamos que tarde o temprano pasará a formar parte de una rama del derecho privado como lo es actualmente el Derecho Mercantil".³⁴

Reflexiona Flavio Galván que el concubinato en tanto que causa, fuente o acto jurídico generador de la familia, no puede ser regulado como tal, es decir, en cuanto a sus elementos de existencia y de validez, sino por el Derecho de Familia. En este contexto explica que su aseveración "se sustenta, por supuesto, en la tendencia jurídica que postula la autonomía de esta rama del Derecho Privado, fundamentalmente frente al Derecho Civil, del cual emergió sin duda alguna, hasta evolucionar y alcanzar su actual independencia científica, teniendo presente que el contenido temático del Derecho Familiar es el origen, organización y disgregación de la familia".³⁵

III. TESIS DEL AUTOR SOBRE LA AUTONOMÍA DEL DERECHO DE FAMILIA

La exposición que haremos a continuación tiene como base la que formulamos hace ya cinco décadas, pero ahora enriquecida con los datos que proporciona el cúmulo de novedades acaecidas en ese lapso.

Nos sorprende contemplar la potencia dinámica del Derecho Familiar, que en relativamente poco tiempo ha avanzado una gran distancia, con pasos de siete leguas, como los que daban las botas del gato legendario.

El Derecho de Familia posee una naturaleza expansiva, y permea cuanto toca, imprimiéndole su espíritu renovador, humanista y lozano.

No está por demás reivindicar, aquí y ahora, algo cuya certidumbre está avalada por el testimonio incontestable de la palabra

³⁴ TAPIA RAMÍREZ, Javier, *op. cit.*, pp. 24-25.

³⁵ GALVÁN RIVERA, Flavio, *op. cit.*, p. 123.

escrita. Me refiero a que fue en el artículo que me publicó la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, en su número 68 (t. XVII, octubre-diciembre de 1967, pp. 809-843), y que se intitula *La autonomía del Derecho de Familia*, cuando se planteó por primera vez en México, el problema relativo a la autonomía científica y sistemática de esta rama del Derecho.

No soy pues un advenedizo a este tema, sobre el cual he tenido la oportunidad de reflexionar intermitentemente por casi medio siglo. Dado lo anterior y por el tiempo transcurrido, es oportuno plantear dos interrogantes:

1. *Primera.* ¿Aún mantiene su inicial interés el problema que nos ocupa? ¿Es que aún no ha sido dilucidado?
2. *Segunda.* En todo caso, ¿Qué utilidad práctica tendría concluir que, en efecto, el Derecho de Familia es ya rama autónoma entre las que conforman el Derecho?

A una y otra interrogantes cabe una respuesta concreta. En cuanto a la primera, qué duda cabe que el problema mantiene vigente su interés, como lo demuestra el hecho de que la polémica respecto a él, no sólo permanece viva, sino que incluso se acrecienta y, por ello, no es raro observar que en reuniones y congresos se le debata con verdadera pasión. En lo que concierne a la segunda, nos parece claro que cuando una parcela del conocimiento humano alcanza su autonomía, ello favorece el incremento de la investigación en torno a la misma, pues la especialización es una característica de nuestro tiempo; lo anterior, además de la finalidad que se propone en sí misma la consagración de la repetida autonomía y que quedó esclarecida con anterioridad; esto es, el conocimiento de que existe un sector del Derecho, de contenido afectivo, ético y natural, que no puede quedar sujeto a la normatividad de orden básicamente patrimonial, que es característica del Derecho Civil.

Pero, he aquí la razón, la justificación más importante para pugnar por la plena e irrestricta autonomía del Derecho Familiar frente

al Civil: es necesario romper con la subordinación del primero respecto al segundo, porque ello permitirá imprimir sin reticencias, restricciones y cortapisas, a todas las instituciones y figuras jurídicas del Derecho de Familia, el espíritu que es propio de éste. Es tal la orientación que inspira y permea esta obra, bajo el signo de la ya lograda autonomía *científica* del Derecho Familiar.

Hasta ahora, una gran cantidad de los problemas que abordan los familiaristas cuando tratan de definir, por ejemplo, la naturaleza jurídica de una cierta figura o institución, radica en la equivocada posición que adoptan, el tratar de hacerlo desde el enfoque del Derecho Civil, cuando substancialmente dichas figuras ni caben ni pertenecen a ese Derecho. En tales casos resulta necesario retorcer, verdaderamente torturar a la infortunada figura de que se trate, para tratar de ubicarla en un molde que no fue fabricado para ella.

Así sucede cuando se discute, *verbi gratia*, si el matrimonio o la llamada subrogación de vientre para gestación, son o no contratos. Quienes combaten que lo sean, aducen multitud de argumentos de muy sólida apariencia, tales como que el objeto de contrato debe estar en el comercio, lo que no ocurre digamos en el matrimonio, o que la subrogación es una forma de transmitir las obligaciones, suceso totalmente ajeno al hecho biológico de la gestación. En fin.

Empero, es claro que sí son contratos, puesto que su esencia medular consiste en un acuerdo de voluntades, es decir, su naturaleza es intrínsecamente contractual, puesto que su formación depende de la confluencia de dos voluntades (partes) hacia una finalidad jurídicamente tutelada.

Pero (hay un gran pero), *no son contratos de Derecho Civil sino de Derecho Familiar*, donde es posible y procedente mucho de lo que en el primero no lo es. Para comenzar, hay que recordar que el contrato como otras varias importantes figuras del Derecho, no pertenece *exclusivamente* al Derecho Civil. Hay contratos en múltiples parcelas del Derecho; encontramos contratos laborales, mercantiles, administrativos, etc., que se comportan de acuerdo con las finalidades

EL DERECHO FAMILIAR
JOSÉ BARROSO FIGUEROA

que procura e interesan a la rama jurídica a que pertenecen. Por ejemplo, todos sabemos que inicialmente la regulación de la relación laboral estuvo regida por el Código Civil, hasta la expedición de la primera Ley Federal del Trabajo (acaecida el 18 de agosto de 1931) lo que dio lugar a la reforma del artículo 2605 del Código Civil de 1928, precepto que también aparece en el de 2000 con el mismo numeral y la siguiente redacción: “El servicio doméstico, el servicio por jornal, el servicio a precio alzado en el que el operario sólo pone su trabajo, y el contrato de aprendizaje, se regirán por la Ley Federal del Trabajo”. Así el contrato de contenido *laboral* emigró hacia una nueva rama del Derecho, el Derecho del Trabajo, donde sí se puede coartar o restringir ampliamente la autonomía de la voluntad de las partes, en aras de lograr proteger a la parte débil de la relación: el trabajador.

Ocurrió el desgajamiento apuntado y no se acabó ni el Derecho Civil ni el mundo ¿Qué pasó? Que la entonces nueva rama autónoma cobró a plenitud su espíritu propio y empezó a consolidar los principios que la rigen y a perfilar sin influencias deformantes, sus particulares instituciones y figuras. Pocas situaciones más contrapuestas que el espíritu que básicamente anima al contrato Civil y el que es propio del contrato laboral. El primero está presidido por el principio de la autonomía de la voluntad; es el instrumento que el Derecho pone a disposición de los particulares (incluso del Estado cuando actúa como tal) para que autoregulen su conducta y se obliguen en la medida que deseen hacerlo con escasas restricciones; en cambio el Derecho del Trabajo, como Derecho protector de clase, impone múltiples restricciones e incluso considera nulos los pactos que impliquen la renuncia del Trabajador a sus derechos (art. 5º frac. XIII, LFT).

Mucho de lo anteriormente aseverado respecto de la materia laboral es aplicable, *mutatis mutandis*, a la familiar, donde también muchos de los derechos que consagra la norma legal son irrenunciables y gran cantidad de las obligaciones, igualmente

ineludibles; no son estas últimas producto de pacto, sino que la ley las impone autárquicamente.

No es contundente en contra de la autonomía del Derecho Familiar el argumento de que hay una gran relación entre éste y el Derecho Civil, pues como es generalmente admitido, el Derecho Civil es la madre de todas las disciplinas jurídicas, pero las ahora existentes han ido madurando y asumiendo su propio rumbo independiente, como más temprano que tarde lo hará de forma absoluta el Derecho Familiar.

Debo añadir, además, una doble toma de posición, que servirá para ofrecer apriorísticamente una noción de hacia dónde se enfila esta exposición. En primer término, declaramos que la solución a que habremos de arribar debe estar exenta de cualquier elemento de carácter subjetivo y, por ende, debe concretarse a examinar los factores objetivos que conciernan: el resultado aparecerá solo. En segundo lugar, que para la cuestión que abordamos no existen soluciones universales; la conclusión sólo podrá tener validez local, pues dependerá en gran parte de factores contingentes.

En efecto, es inútil tratar de resolver el problema relativo a si ha alcanzado o no su autonomía el Derecho Familiar, a partir de cualquier consideración de tipo subjetivo. O sea que, examinando la cuestión a nivel local, pues en esto no se puede generalizar, habrá que apreciar si se surten o no los supuestos que hacen autónoma a una determinada disciplina frente a las demás que integran la Ciencia del Derecho (particularmente, respecto de aquélla de la cual pretende su independencia) y si ello es así, cualquiera que sea nuestra inclinación de espíritu, tendremos que resolver que la disciplina en cuestión se ha emancipado; y si no lo es, habremos de admitir que aún permanece uncida a alguna otra. El resultado que en todo caso alcancemos, tendrá el rigor de una operación matemática y, por ende, la irrefutable solidez de ésta.

Pero, ¿cuándo podemos asumir que una cierta rama de la ciencia jurídica puede conceptuarse autónoma? Recordemos aquí a Rocco:

“para que una ciencia jurídica pueda decirse autónoma, es necesario y suficiente que sea bastante extensa, que amerite un estudio conveniente y particular; que también contenga doctrina homogénea, dominando el concepto general común y distinto del concepto general informatorio de otra disciplina; que posea un método propio, es decir, que adopte procedimientos especiales para el conocimiento de la verdad constitutiva del objeto de la indagación”.³⁶

Ahora bien, para conseguir nuestro propósito de abordar el problema de manera totalmente objetiva, recurriremos a los llamados “criterios de autonomía”.

Guillermo Cabanellas, ocupándose no del Derecho Familiar sino del Laboral, al tratar el tema relativo a si la rama de su especialidad puede considerarse como autónoma, estudia tal autonomía desde diversos aspectos; así, habla de *autonomía Legislativa*, *autonomía científica*, *autonomía didáctica* y *autonomía jurisdiccional*.³⁷ Adoptemos básicamente esta idea, sólo que replanteando la cuestión: el problema a resolver sería el de la autonomía del Derecho de Familia respecto del Derecho Civil. Ahora bien, consideramos conveniente agregar dos criterios más a los cuatro enunciados: los de la autonomía institucional y la autonomía procesal. A fin de no abundar excesivamente sobre los diversos criterios antes enumerados, sintetizaremos afirmando que el criterio *legislativo* inquiere acerca de si la disciplina pretendidamente autónoma, posee o no una regulación legal propia y exclusiva; el *científico*, pregunta sobre si tiene Doctrina particular; el *didáctico*, si se le enseña monográfica y separadamente, y el *jurisdiccional*, acerca de si existen tribunales que tan sólo conozcan de los negocios que atañan a la disciplina en cuestión. De los criterios que añadimos, el *institucional* revisa si la rama jurídica que busca su autonomía, es dueña de instituciones propias, distintas de las

³⁶ ROCCO, Hugo, citado por TRUEBA URBINA, Alberto, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal del Trabajo*, México, Porrúa, 1965, p. 22.

³⁷ Cfr. CABANELLAS, Guillermo, *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, p. 649.

pertenecientes a la disciplina de la cual se independiza, y el *procesal* interroga acerca de si cuenta con procedimientos propios.

Procedamos en seguida a cotejar los datos que nos proporciona la realidad que prevalece en el Distrito Federal,³⁸ con cada uno de los criterios anotados, para que a modo de sumandos, sean considerandos en la operación cuasimatemática que pretendemos.

1. CRITERIO LEGISLATIVO

Como ya se indicó con anterioridad, en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 31 de diciembre de 1974, se publicó un nuevo texto del artículo 4º constitucional, que en gran parte se dedicó a tutelar a la familia. De esta manera, nuestra Ley Fundamental se sumó a la tendencia mundial ya apuntada por Díaz de Guíjarro, de incluir a ese alto nivel jerárquico, normas concernientes a la familia.³⁹

Con objeto de no incurrir en digresiones inconducentes a los efectos de esta exposición, omitiremos referirnos a las reformas que de 1974 a la fecha ha registrado el artículo 4º Constitucional, limitándonos a comentarlo según su redacción actual (año 2015).

³⁸ En 1967 formulamos una revisión detallada de cada uno de los criterios de autonomía, cotejándolo con la realidad imperante a nivel mundial. Así, al ocuparnos del criterio legislativo, observamos que constituciones de diferentes países daban cabida a disposiciones reguladoras del cuerpo familiar; igualmente hicimos ver que algunos países habían concedido plena independencia al Derecho de Familia en el campo legislativo, al expedir *códigos de la familia*. De manera análoga que en tratándose del criterio legislativo, procedimos con todos los demás, formulando una exposición detallada en cada caso. Hoy tal procedimiento escapa a los propósitos de esta obra que no es panorámica sino aplicada al Derecho vigente en el Distrito Federal, por lo que constreñimos nuestro estudio a la situación que se aprecia en la demarcación territorial indicada.

³⁹ Expresa Enrique Díaz de Guíjarro: “Dos manifestaciones han aparecido durante el corriente siglo (se refiere al XX), en orden a la regulación legal de la familia: la inclusión de normas sobre la familia en las Constituciones Políticas de los Estados; y el sistema del derecho civil, con la autonomía de las reglas sobre la familia”. *Cfr.* DÍAZ DE GUÍJARRO, Enrique, *op. cit.*, pp. 267-268.

EL DERECHO FAMILIAR
JOSÉ BARROSO FIGUEROA

Comienza el citado artículo 4º, señalando en su párrafo primero (in fine) que la ley protegerá “el desarrollo de la familia”. En su párrafo segundo consagra el derecho a la libre reproducción humana, al disponer que toda persona tiene derecho “a decidir de manera libre, *responsable* e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos”; como el precepto inicia estableciendo que “el varón y la mujer son *iguales* ante la ley” y esta igualdad significa que nunca uno de ellos prevalece sobre el otro, debemos entender que en tratándose de pareja, este derecho debe ser ejercido de común acuerdo, por lo cual, al menos en el caso de cónyuges o concubinarios, la decisión de practicar un aborto antes de las doce semanas de gestación, debe acordarse por ambos progenitores; la solución inversa es contraria al texto constitucional. El párrafo sexto establece el derecho de toda *familia* a disfrutar de vivienda digna y decorosa. Después de sentar con toda claridad el precepto constitucional en su párrafo sexto, que en todas las decisiones y actuaciones del Estado “se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos”, de forma tajante ordena que “los ascendientes y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos principios”.

Cabe recordar, por otra parte que desde su publicación en 1917, la Constitución hacía referencia al patrimonio familiar en sus artículos 27, fracción XVII, inciso f,⁴⁰ y 123, fracción XXVIII.⁴¹

⁴⁰ El inciso f), fue más tarde g) y tras la reforma a la fracción XVII del artículo 27 constitucional (Diario Oficial de la Federación de 6 de enero de 1922), el inciso g) pasó a ser el párrafo tercero de la fracción citada, pero el texto actual (2015) del precepto, permanece idéntico al original: “Las leyes locales organizarán el patrimonio de familia, determinando los bienes que deben constituirlo, sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo, ni a gravamen ninguno”.

⁴¹ Al dividirse el artículo 123 en los apartados A y B, dentro del primero quedó incluida la fracción XXVIII, manteniendo el texto original: “Las leyes determinarán los bienes constituyan el patrimonio de la familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios”.

En ambos casos se caracterizaba al patrimonio de familia como inalienable e inembargable. La intención del Constituyente de tutelar a la familia fue evidente. Al día de hoy (2015), la Constitución Política Federal continúa promoviendo y protegiendo al patrimonio familiar, empleando para ello textos que reproducen a los aparecidos en su origen.

Conviene rescatar como un muy importante dato histórico, el consistente en que correspondió a México el haber promulgado el primer ordenamiento en el mundo, destinado exclusivamente a regular lo atinente a la familia; nos referimos a la Ley sobre Relaciones Familiares, expedida el 9 de abril de 1917 y comenzada a publicar en el Diario Oficial de la Federación correspondiente al día 14 del mismo mes y año, fecha en que empezó a regir, por disponerlo así su artículo 10 transitorio (incluido en el capítulo *Disposiciones Varias*). El artículo 9 transitorio de la misma Ley, deroga la parte del Código Civil de 1884 relativa al Derecho de Familia. De esta manera, el Derecho Familiar había cobrado evidente autonomía en el campo legislativo, pero al advenimiento del Código Civil de 1928 dejó de regir la Ley, revertiendo a dicho Código todas las materias que regía aquel cuerpo legal. No está por demás recordar que la citada Ley tuvo aplicación exclusivamente en el Distrito Federal y, por tanto, no en todo el país.

En lo que concierne al Distrito Federal, el Derecho Familiar no ha alcanzado aún autonomía legislativa, pues hasta la fecha la regulación de las cuestiones sustantivas familiares se ubica en el Libro Primero del Código Civil (principalmente, en los títulos Quinto a Noveno, de dicho Libro). En cuanto al aspecto procesal, los trámites familiares básicamente se sujetan al Código de Procedimientos Civiles, donde los encontramos dispersos en diferentes secciones del mismo.

No obstante, puede afirmarse que existe una cada vez más fortalecida corriente de opinión (que compartimos), en el sentido de que se expidan en el Distrito Federal, códigos Familiar y de Procedimientos Familiares.

EL DERECHO FAMILIAR
JOSÉ BARROSO FIGUEROA

2. CRITERIO CIENTÍFICO

Apuntábamos en 1967, que en torno al Derecho familiar se había producido una “verdadera eclosión doctrinal” en numerosos países. En el presente, ese impulso renovador y vivificante no sólo no se ha perdido, sino que se contempla fortalecido y exponencialmente incrementado.

Mencionábamos que eran múltiples las obras publicadas en otras latitudes bajo el título preciso de *Derecho de Familia* u otro equivalente, e ilustrábamos este aserto mencionando, a guisa de ejemplo, algunas de las más conocidas; empero, aclarábamos que, al parecer, en México no existía ninguna titulada expresamente *Derecho de Familia*, aunque si se conocían con esa denominación, porciones de tratados generales sobre Derecho Civil. Así, destacábamos que Rojina Villegas intitulaba *Derecho de Familia* al Tomo Segundo de su Derecho Civil Mexicano; Rafael de Pina denominó *El Derecho de Familia y la Familia*, a la Parte Cuarta del Volumen Primero de la obra *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, por él escrita; *Derecho de Familia* se intitulaba la Parte Tercera (y final) de las *Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil*, libro del que fue autor Flores Barroeta.⁴²

Actualmente, en cambio de lo que ocurría en 1967, encontramos ya numerosas obras publicadas bajo la específica denominación de *Derecho de Familia* o *Derecho Familiar*, como son las de Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez,⁴³ Julián Guitrón Fuentesvilla (un estudio panorámico que no aborda de manera concreta las instituciones que conforman la substancia del Derecho de Familia),⁴⁴ An-

⁴² Los datos de identificación bibliográfica de las obras citadas, ya se han proporcionado en este mismo capítulo.

⁴³ Cfr. BAQUEIRO ROJAS, Edgar, y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía, *Derecho de Familia y Sucesiones*, México, Harla Colección de Textos Universitarios, 1990.

⁴⁴ Cfr. GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *Derecho Familiar*, Tuxtla Gutiérrez, Universidad Autónoma de Chiapas, 1972.

tonio de Ibarrola⁴⁵ y Manuel F. Chávez Asencio.⁴⁶ A los anteriores textos, debemos agregar los apuntes publicados bajo la forma de libro por Sara Montero Duhalt, bien redactados aunque carentes de fuentes bibliográficas expresas.⁴⁷ Todas las aludidas obras fueron publicadas en la segunda mitad del siglo XX, pero en los quince años que han transcurrido del actual siglo XXI, han aparecido otras más; dentro de las más bien logradas y difundidas figuran el *Derecho Familiar* de Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez,⁴⁸ y el *Derecho de Familia* de Javier Tapia Ramírez.⁴⁹

Una aclaración que resulta prudente es la de que otros prestigiosos autores, también han abordado ampliamente el tema familiar, pero haciendo manifestación expresa o tácita de que sus obras, si bien son monográficas sobre tal materia, parten del supuesto de su pertenencia al Derecho Civil. Así notamos que el maestro Jorge Mario Magallón Ibarra, en 1988 ubica al Derecho de Familia como una porción del Derecho Civil (la parte relativa corresponde al Tomo III de su obra panorámica *Instituciones de Derecho Civil*).⁵⁰ De igual manera debemos considerar dos obras, asimismo publicadas ya en el presente siglo en *primera edición*, que versando sobre la materia familiar, lo hacen al amparo de la idea de que esta parcela jurídica integra, sin lugar a dudas, Derecho Civil. Se

⁴⁵ Cfr. DE IBARROLA, Antonio, *Derecho de Familia*, México, Porrúa, 1978.

⁴⁶ Cfr. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., “La Familia en el Derecho”. *Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares*, México, Porrúa, 1984.

⁴⁷ Cfr. MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de familia*, México, Porrúa, 1984.

⁴⁸ Cfr. DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto, *Derecho Familiar*, México, Porrúa, 2004.

⁴⁹ Cfr. TAPIA RAMÍREZ, Javier, *Derecho de Familia*, México, Porrúa, 2013. Javier Tapia Ramírez es un notable tratadista que se ha propuesto escribir una obra que abarque todas las asignaturas del Derecho Civil, pero el tomo a que nos referimos se intitula específicamente “Derecho de Familia”; por otro lado, como hicimos notar previamente, se ostenta partidario de la autonomía de esta rama jurídica.

⁵⁰ Cfr. MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho civil*, México, Porrúa, 1988.

EL DERECHO FAMILIAR
JOSÉ BARROSO FIGUEROA

trata del maestro Ernesto Gutiérrez y González⁵¹ y del admirado profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM, Jorge Alfredo Domínguez Martínez.⁵²

Al lado de las obras onmicomprensivas, encontramos multitud de estudios monográficos y artículos de revistas, que también constituyen una nada desdeñable aportación al estudio jurídico de la familia.

Como puede apreciarse, en el Distrito Federal el Derecho de Familia ha perfilado suficientemente su autonomía científica.

3. CRITERIO DIDÁCTICO

En los planteles donde se enseña Derecho en el Distrito Federal y zona conurbada, ha ido creciendo la tendencia al estudio monográfico y separado del Derecho de Familia.

La Facultad de Derecho de la UNAM, sin duda la más importante del país (e incluso de Iberoamérica), después de un largo lapso de inercia durante el cual permanecieron invariados su Plan y Programas de Estudio, a partir de la última década del siglo XX y actualmente además para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 15 del “Reglamento General para la Presentación, Aprobación y Modificación de Planes de Estudio” (Texto modificado por el Consejo Universitario el 20 de junio de 2003), por conducto de su H. Consejo Técnico efectúa sexenalmente un diagnóstico de dichos Plan y Programas, a fin de identificar lo que requiera modificarse de ellos.

Haciendo abstracción de lo ocurrido precedentemente, es interesante recordar que a partir de septiembre de 1993 (semestre I/94), se inició la paulatina incorporación de un nuevo Plan de Estudios

⁵¹ Cfr. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho Civil para la Familia*, México, Porrúa, 2004.

⁵² Cfr. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Familia*, México, Porrúa, 2008.

para el desarrollo de la actividad docente del plantel. En el Plan de Estudios substituido, aparecía el curso intitulado “Civil IV. Familia y Sucesiones”, que en su primera parte daba cabida, como lo indica su denominación, al Derecho de Familia. Nótese que el curso se denominaba “Civil IV”, con lo cual se ubicaba plenamente a la familia y a la disciplina que la estudia, dentro del Derecho Civil. El Plan de Estudios substituto, modificó esta inconveniente sistematización, titulando “Derecho Familiar” al curso que versa sobre la materia familiar y su problemática, sin que dicho curso compartiera el período que le fue designado con alguna otra asignatura.

Posteriormente en una nueva revisión del Plan de Estudios, considerando la afinidad que existe entre la materia familiar y la sucesoria, se optó por fundirlas en un solo curso que se denominó “Derecho de Familia y Sucesiones”; empero, en la práctica se apreció la inconveniencia de esa fusión, pues el tiempo asignado al repetido curso resultaba insuficiente y había que ir a gran prisa o bien omitir algunos temas o dejarlos inconclusos para, más o menos, completar el programa, lo cual resultaba fatal para los efectos docentes.

Teniendo a la vista la experiencia relatada, el Plan de Estudios consecutivo (que es el vigente, clave 1447), mismo que entró en vigor con fecha 9 de agosto de 2010, reinstauró la separación de las asignaturas Derecho Familiar y Derecho Sucesorio; la que ahora nos interesa se denomina precisamente como queda dicho, es decir “Derecho Familiar”⁵³ y se imparte en el Sexto Semestre. Además, también dentro de la licenciatura, en el Décimo Semestre, aparece la asignatura “Especialización en Derecho Familiar”.

En el Posgrado de la Facultad de Derecho UNAM, ha habido un notable enriquecimiento de la materia familiar. La “*Especialidad en Derecho Familiar*” comprende tres semestres, en cada uno de los

⁵³ El Plan fue aprobado por el H. Consejo Técnico el día 8 de abril de 2010; el Consejo Académico del Área de las Ciencias Sociales en sesión plenaria del día 23 de junio de 2010 aprobó el proyecto de Modificación del Plan y Programas de Estudios de la Licenciatura en Derecho, de la Facultad UNAM.

EL DERECHO FAMILIAR
JOSÉ BARROSO FIGUEROA

cuales se imparten tres asignaturas; éstas son: Instituciones de Derecho Familiar I, Derecho Procesal Familiar I e Historia del Derecho Familiar; Instituciones de Derecho Familiar II, Derecho Familiar II y Derecho Internacional en Relación con la Familia y sus Miembros; Derecho Familiar Penal, el Juicio de Amparo en Materia de Derecho Familiar y Derecho Sucesorio en Relación con la Familia.

También dentro del ámbito de la UNAM, encontramos las Facultades de Estudios Superiores de Acatlán y Aragón, donde igualmente se cursa la Licenciatura en Derecho.

En el programa vigente de la FES Acatlán, concretamente en el Quinto Semestre, se incluye la materia denominada “Familia y Sucesiones”, sin que se evidencie sujeción alguna de la misma al Derecho Civil, y en el Noveno, la asignatura “Práctica Forense Familiar”, pudiendo apreciarse que en el mismo Noveno Semestre aparece “Práctica Forense de Derecho Civil”, como curso aparte e inconexo (se imparte al mismo tiempo y de forma paralela) con el anteriormente citado.

En la FES Aragón, el programa lista los cursos de Derecho Civil I, II, III y IV; en éste último se da cabida, en su Primera Parte, al Derecho de Familia (la segunda está reservada al “Derecho Hereditario”).

Además de la UNAM, otros prestigiados centros de estudio comprenden entre sus licenciaturas la de Derecho. Veamos algunos de ellos:

La Universidad Anáhuac divide su Programa de la Licenciatura en Derecho, en dos bloques: Profesional y Electivo. Dentro del primero, en el listado de las asignaturas que lo conforman, aparece la de “Derecho de Familia”, sin que se advierta, al menos a primera vista, su subordinación al Derecho Civil.

En la Universidad Iberoamericana, el Plan de la licenciatura contiene en el Segundo Semestre la materia “Personas y Familia”, que evidentemente se halla vinculada al Derecho Civil, pues está seriada con “Bienes y Derechos Reales”, “Sucesiones”, “Obligaciones I”, “Obligaciones II”, “Contratos Civiles I) y “Contratos Civiles II”.

En cuanto al Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), se aprecia en su programa, Sexto Semestre, el curso “Familia y Sucesiones”, que se imparte inmediatamente después de los que son de Derecho Civil.

En el Plan de Estudios de la Universidad Panamericana, una de las ocho materias previstas para el segundo semestre se denomina “Derecho Familiar”.

Por lo que se refiere a la Universidad La Salle en su tercer semestre se sitúa la asignatura Derecho de Familia.

La División de Ciencias Sociales de la Universidad del Valle de México (UVM), dentro de la licenciatura en Derecho tiene programado tanto en el Plan de Semestral (de nueve semestres) como en el Cuatrimestral (de once cuatrimestres), el curso “Derecho Familiar”, que en todo caso se imparte al principio de la Carrera; posteriormente se añade, ya en el último segmento de aquella, la materia “Práctica Forense Civil y Familiar” (es interesante percibir que se dice “Civil” y “Familiar”, como tratándose de parcelas jurídicamente distintas).

De la anterior breve revista a diferentes planes de estudio vigentes (en 2015) en prestigiados centros de estudio donde se imparte la licenciatura en Derecho, entendemos que existe una fuerte y definida tendencia hacia la enseñanza del Derecho Familiar como asignatura independiente.

4. CRITERIO JURISDICCIONAL

Hace cinco décadas, al abordar la cuestión relativa al llamado “criterio jurisdiccional”, iniciábamos nuestra exposición con estas palabras: “La creación de tribunales especializados en materia familiar constituye actualmente, más que una realidad, un desiderátum. Por desgracia son raros los países que tienen instaurados auténticos tribunales de familia”.⁵⁴

⁵⁴ BARROSO FIGUEROA, José, *op. cit.*, p. 834.

Esta situación se ha modificado substancialmente y puede decirse que cada vez es mayor el número de naciones que poseen una jurisdicción netamente familiar.

En cuanto al Distrito Federal, en cierto momento del lapso que nos ocupa desaparecieron los juzgados pupilares,⁵⁵ pero ahora existen y con una competencia más amplia, los juzgados de lo familiar.

Los juzgados de lo familiar, empezaron a funcionar a partir de 1971 (Diario Oficial de la Federación de 18 de marzo de 1971); anteriormente a su aparición, los negocios que ahora son de su competencia era conocidos por los juzgados pupilares y los civiles. Originalmente los juzgados familiares fueron seis, cantidad verdaderamente reducida si se considera la crecida población que ya entonces poseía el Distrito Federal.

Como el número de habitantes se ha acrecentado constantemente, de manera simétrica se ha incrementado el de los juzgados familiares que a la fecha suman cuarenta y dos, además de cinco salas dedicadas exclusivamente a la materia familiar. La competencia de los juzgados familiares viene determinada por el artículo 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.⁵⁶

⁵⁵ Los juzgados pupilares eran competentes para conocer de los negocios que afectaban a la persona e intereses de los menores y demás incapacitados sujetos a tutela, de acuerdo con el entonces vigente artículo 70 de la Ley Orgánica de los Tribunales Comunes del Distrito y Territorios Federales.

⁵⁶ “Artículo 52. Los Juzgados de lo Familiar conocerán:

I. De los procedimientos de jurisdicción voluntaria, relacionados con el derecho familiar;

II. De los juicios contenciosos relativos al matrimonio, a su ilicitud o nulidad; de divorcio; que se refieren al régimen de bienes en el matrimonio; que tengan por objeto modificaciones o rectificaciones de las actas del Registro Civil; que afecten al parentesco, a los alimentos, a la paternidad y a la filiación; que tengan por objeto cuestiones derivadas de la patria potestad, estado de interdicción y tutela y las cuestiones de ausencia y de presunción de muerte, y que se refieran a cualquier cuestión relacionada con el patrimonio de familia, con su constitución, disminución, extinción o afectación en cualquier forma;

III. De los juicios sucesorios;

Es interesante advertir que de acuerdo a la fracción III del artículo 52 citado, los tribunales familiares poseen competencia en materia sucesoria, es decir, que son de lo familiar y de lo sucesorio. Recordemos que algunos especialistas, como Fix Zamudio, consideran que esta última materia no es de índole familiar.⁵⁷

No se debe pasar por alto que el Código Civil de 1928 desde su promulgación,⁵⁸ en su artículo 272 (vigente a la fecha con el texto original) confirió a los oficiales del Registro Civil (hoy jueces del Registro Civil), atribuciones para intervenir en el llamado *divorcio administrativo*, mediante el cual, previa satisfacción de ciertos requisitos que el precepto aludido precisa, se disuelve el vínculo matrimonial. El Código Civil de 2000 continúa dando cabida al divorcio “administrativo” (así lo designa el propio Código), en el que es también su artículo 272. Siguiendo el ejemplo del Distrito Federal, los Estados que integran la Federación también han ido instaurando paulatinamente juzgados familiares para conocer en primera instancia de esta clase de asuntos e, incluso, salas familiares para tramitar los recursos interpuestos en esta materia. De acuerdo a los datos de que disponemos, se han instalado juzgados de lo familiar en todos Estados de la República; en cuanto a salas familiares,

IV. De los asuntos judiciales concernientes a otras acciones relativas al estado civil, a la capacidad de las personas y a las derivadas del parentesco;

V. De las diligencias de consignación en todo lo relativo a la materia familiar;

VI. De la diligenciación de los exhortos, suplicatorias, requisitorias y despachos, relacionados con el orden familiar;

VII. De las cuestiones relativas a los asuntos que afecten en sus derechos de persona a los menores e incapacitados, y

VIII. En general, todas las cuestiones familiares que reclamen la intervención judicial”.

⁵⁷ Citado por Oscar Rodríguez Santiago. *Cfr. Revista del Centro de Estudios Judiciales*. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, núm. 7, abril-junio 1988, p. 31.

⁵⁸ Mediante Decreto de 29 de agosto de 1932, se dispuso que el Código Civil empezará a regir a partir del 1º de octubre de ese mismo año.

resulta difícil la precisión, porque en varias de las entidades de la Federación las salas son mixtas.⁵⁹

La competencia legalmente asignada a la mayoría de los juzgados familiares en las distintas entidades federativas, es análoga a la atribuida a sus homólogos del Distrito Federal; es decir, que conocen de asuntos propiamente familiares y además de juicios sucesorios.

5. CRITERIO INSTITUCIONAL

Insistiremos en que este criterio se refiere al análisis y determinación de si la rama jurídica de cuya autonomía se trata, posee instituciones propias, distintas en particular de aquellas que pertenecen

⁵⁹ La fecha que consigna en cada caso corresponde a aquella en que crearon los juzgados familiares en el Estado correspondiente.

Aguascalientes (Decreto publicado el 20 de septiembre de 1980); Baja California Sur (Ley Orgánica publicada el 20 de junio de 1977); Campeche (Ley Orgánica publicada el 4 de diciembre de 1980); Coahuila (Decreto publicado el 15 de octubre de 1980); Colima (Ley publicada el 27 de agosto de 1983); Chiapas (Ley de 21 de agosto de 1981); Chihuahua (Decreto publicado el 30 de mayo de 1981); Durango (Decreto publicado el 18 de agosto de 1980); Estado de México (Decreto de 2 de febrero de 1980); Guanajuato (comenzó a funcionar en 1983 el primero de dos juzgados familiares ubicados en la ciudad de León, por acuerdo del pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado); Guerrero (Decreto de 24 de mayo de 2000); Hidalgo (Ley Orgánica publicada el 16 de julio de 1982); Jalisco (Decreto de 17 de diciembre de 1983); Michoacán (Ley Orgánica publicada el 2 de agosto de 1982); Morelos (Ley publicada el 17 de diciembre de 1980); Nayarit (Ley Orgánica publicada el 30 de diciembre de 1981); Nuevo León (Ley de 10 de enero de 1979); Oaxaca (Reforma de 23 de diciembre de 1978 a la Ley Orgánica entonces vigente); Puebla (Reforma de 23 de septiembre de 1983); Querétaro (Ley Orgánica de 21 de enero de 1981); Quintana Roo (Ley de 12 de marzo de 1981). La Ley anterior de 1976 —ya establecía juzgados de lo familiar, pero sin determinar su competencia específica, lo cual hace dudar de su efectivo funcionamiento); San Luis Potosí (Decreto publicado el 15 de octubre de 2005); Sinaloa (Decreto publicado el 5 de diciembre de 1980); Sonora (Publicada 12 de diciembre 1996); Tabasco (Ley de 20 de febrero de 1980); Tamaulipas (Ley publicada el 11 de julio de 1980); Tlaxcala (publicada el 10 de enero de 2002); Veracruz (26 de julio de 2000); Yucatán (Ley se publicó el 29 de septiembre de 1982); Zacatecas (publicada el 9 de abril de 2001).

a la disciplina de la cual pretende su independencia. Conviene aclarar que no es preciso el que se trate de instituciones totalmente novedosas, sino que basta que a las ya conocidas se imprima un sentido y regulación tan especiales, que su nuevo espíritu y proyección resulten definidamente incompatibles con los anteriores; por ejemplo, tratándose del Derecho Laboral, el actual contrato de trabajo (la Ley Federal del Trabajo en su artículo 5º consagra derechos irrenunciables para el trabajador, en una clara intención de tutelar a éste) tiene un espíritu opuesto al contrato de Derecho Civil (donde, conforme al artículo 1832 del Código de la materia, las partes se obligan en los términos en que aparece que quisieron obligarse; aquí la ley no protege a ninguno de los contratantes por el contrario, se busca su igualdad).

Para nuestro modo de ver, el *criterio institucional* es el más importante, porque mientras los demás se refieren a cuestiones externas o contingentes, haciendo depender de su eventual acontecer la autonomía de una rama del conocimiento jurídico, aquel se refiere al aspecto substancial, al contenido intrínseco de la disciplina en juicio. Es decir, no se queda en el examen periférico, sino va a la médula misma del problema.

Ahora, ¿tiene el Derecho de Familia instituciones propias? La perspectiva histórica del Derecho Familiar demuestra que desde hace mucho sus instituciones tienen características especiales, que siempre han hecho de él un sector muy particular del Derecho Civil, donde se le ha enclavado tradicionalmente. Ello obedece a que, como han repetido prácticamente todos los autores que abordan la materia, las relaciones familiares antes que un contenido jurídico o económico, lo tienen ético y natural. Sin embargo (y esto no es ninguna novedad), hasta principios de siglo las relaciones de índole familiar eran consideradas más bien de Derecho Privado, pues el Estado vacilaba en trasponer el umbral del hogar e intervenir francamente en su organización; hoy esa inhibición estatal ha sido superada y es notable y creciente su injerencia, que por otra parte,

tanto jurídica como filosóficamente es justificada. Todo lo anterior ha originado un desplazamiento que empuja al Derecho de Familia del Derecho Privado, si no precisamente hacia el Derecho Público, al menos rumbo a una esfera cuyos límites y contenido preciso no han sido suficientemente definidos. Encontramos pues, un cambio profundo de tendencia entre el Derecho Familiar tradicional y el nuevo, donde el Estado toma para sí cada vez mayores funciones: el Estado impone y vigila la educación de los hijos; a veces los alimenta o, cuando menos, obliga a los padres a proporcionarles alimentos; en ocasiones los cuida aun durante todo el día (guarderías infantiles); tratándose de menores carentes de ascendientes vigila la designación de los tutores y el cumplimiento de las obligaciones a cargo de éstos; sanciona hasta con prisión y pérdida de los derechos familiares (artículo 193 CPDF), a quien incumpla la obligación de proporcionar alimentos a las personas que tienen derechos a ellos y también se castiga con una sanción semejante, a quien renuncie a su empleo o de alguna otra manera se coloque en estado de insolvencia para eludir el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias (art. 194 CPDF).

Si bien esta razón de índole general bastaría por sí sola para justificar la autonomía institucional del Derecho de Familia, la disección particular de cada una de sus instituciones lleva a fortalecer estas conclusiones:

Contemplemos el acto básico a partir del cual se sustenta la organización familiar: el matrimonio. Se trata de un acto que ha sido calificado como *sui generis* y que precisamente por su manera especial de ser, ha dado origen a numerosas tesis que pretenden explicar su naturaleza (esta controversia deriva precisamente de la moderna idea sobre lo que es, realmente, el matrimonio).⁶⁰ A reserva de que

⁶⁰ En su tesis Doctoral, más tarde publicada como libro bajo el título de *Matrimonio por Comportamiento* México, Editorial Stylo, 1955, p. 53, el doctor Raúl Ortíz Urquidí señala la existencia hasta de nueve diferentes tesis que pretenden explicar la naturaleza jurídica del matrimonio. Al parecer, es el autor que más tesis sobre el tema, logró reunir.

retomemos este tema cuando nos ocupemos del matrimonio, de inmediato podemos adelantar que se trata de un contrato, sólo que no contrato de Derecho Civil, donde surgirían múltiples objeciones, sino de Derecho Familiar, donde prácticamente todas esas objeciones desaparecen.

Por otra parte, la Doctrina mexicana, de manera que podríamos considerar casi unánime, estima que se trata de un acto solemne, cualquiera que sea su naturaleza.⁶¹

En hecho de que se le considere solemne, lo aparta totalmente del consensualismo que anima a nuestro Código Civil; agreguemos a esto la forma tan especial como se constituye el consentimiento en el acto matrimonial: suele afirmarse que no es el acuerdo de dos voluntades, sino de tres; las de los cónyuges y la del Estado encarnado en el Juez del Registro Civil (artículo 102 del Código Civil), quien declara a aquéllos marido y mujer (por ahora sólo apuntaremos lo anterior, sin pronunciarnos al respecto, pues más adelante lo haremos).

Otro tanto puede decirse de la nulidad del matrimonio. Rememoremos la polémica en torno a si es aplicable la Teoría de las Nulidades en tratándose de matrimonio, o si bien éste tiene su propio régimen en materia de nulidad.⁶² En fin, a lo mínimo puede ase-

⁶¹ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *op. cit.*, pp.306-307; FLORES BARROETA, Benjamín, *op. cit.*, p. 331; DE PINA Rafael, *op. cit.*, p. 316; MONTERO DUHAL, Sara, *op. cit.*, p. 124; BAQUEIRO ROJAS, Edgar, y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía, *op. cit.*, pp.131-132; DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *op. cit.*, p. 153; TAPIA RAMÍREZ, Javier, *op. cit.*, p. 67; GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *op. cit.*, p. 300, entre otros. Disienten de esta generalizada opinión Felipe de la Mata y Roberto Garzón, quienes categóricamente afirman que no es un acto solemne: “Nuestro cuestionamiento central es si en realidad el matrimonio es un acto solemne, entendiendo la solemnidad como un elemento de existencia que, faltando, el acto debería ser inexistente, lo que no ocurre con el matrimonio, que es considerado nulo y además convalidable”. Cfr. DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto, *op. cit.*, p.105.

⁶² La Teoría de las Nulidades no es exclusiva del Derecho Civil; tiene una amplia aplicación que, incluso, trasciende al Derecho Privado. Benjamín Flores Barroeta, de tiempo atrás, plantea el problema de si al matrimonio se aplica dicha teoría “o si bien el matrimonio se encuentra sujeto a reglas especiales en cuanto

EL DERECHO FAMILIAR
JOSÉ BARROSO FIGUEROA

gurarse que el matrimonio tiene un régimen especial de nulidades que se aplica de manera preferencial y que sólo a falta de solución expresa en éste, debe recurrirse al sistema general de las nulidades. Estamos pues, en presencia de una figura jurídica con perfiles propios que se aparta sensiblemente, en su regulación, de toda otra.

Opinamos que sería erróneo comparar el divorcio con la rescisión o la revocación,⁶³ la tutela con el mandato, y así sucesivamente.

Añadamos a esto que la patria potestad se ha convertido en una verdadera magistratura y tendremos un cuadro de instituciones jurídicas de naturaleza muy particular, cuya evolución las ha transformado de raíz hasta otorgarles un matiz completamente ajeno al modo de ser del Derecho Privado.

Es interesante contemplar como las cosas caen por su propio peso. El legislador contemporáneo impensadamente, sin proponérselo, ha ido dando autonomía a las instituciones familiares, al ir cobrando conciencia de que por su particular naturaleza ya no tienen cabida en el Derecho Civil. Anteriormente, al surgir una nueva figura jurídica (como ocurrió con el concubinato o la adopción, en su oportunidad) simplemente se le ubicaba en el lugar del Código Civil donde se consideraba apropiado que estuviera; actualmente hay una especie de repugnancia instintiva a proceder de esta manera y así advertimos que a falta de un Código Familiar, se suele crear una *ley* particular o específica para la nueva institución. Así, la *violencia familiar*, figura netamente familiar, aunque continua apa-

a su eficacia". Cfr. FLORES BARROETA, Benjamín, *op. cit.*, p. 363. No abundaremos más por el momento, pues lo haremos al ocuparnos de la nulidad de matrimonio.

⁶³ Ernesto Gutiérrez y González estima que la naturaleza jurídica del divorcio, "cuando éste es por mutuo acuerdo, corresponde a un convenio de revocación y en el caso del divorcio necesario o por controversia obedece a la figura jurídica de la rescisión". Cfr. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *op. cit.*, p. 498. Debemos aclarar que el distinguido profesor hizo esta afirmación cuando aún existían las causales de divorcio. Según nuestro parecer la conclusión a la que arriba, la cual no compartimos, es consecuencia del inconveniente proceder de pretender esclarescer la naturaleza jurídica de figuras familiares con criterios de Derecho Civil, lo cual, como se advierte en la especie, es inadecuado.

reciendo dentro del Código Civil, es materia de la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar (publicada el 9 de julio de 1996 DOF); la sociedad de convivencia, cuya esencia consiste en crear una comunidad de vida entre personas del mismo o diferente sexo, está siendo regulada por la Ley de Sociedad de Convivencia (publicada el 16 de noviembre de 2006 GODF); la posibilidad de que un tercero disponga sobre la supervivencia de otro, se concretó en la Ley de Voluntad Anticipada (publicada el 7 de enero de 2008 GODF) y la normatividad conforme a la cual será factible que una mujer preste su vientre para gestar el hijo de otra (lo que dará lugar a relación materno-filial), ha originado el Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada, hasta ahora sujeto a vicisitudes que han detenido su publicación y vigencia ya como Ley, pero que serán superadas en breve.

Resulta de lo anterior que, poco a poco, las instituciones que integran el Derecho de Familia tienden a escapar del Derecho Civil, porque han ido cobrando una originalidad propia, haciéndose patente que se rigen por principios generales pero exclusivos de ellas, que están animadas de un idéntico e inconfundible espíritu y que giran en torno de un objeto (el grupo familiar) que no es materia de alguna otra disciplina (al menos no desde el mismo ángulo). Tienen dichas instituciones, en síntesis: a) Principios propios; b) Espíritu definido y común a las figuras que lo conforman, y, c) objeto de conocimiento exclusivo. Basta esto para consagrar la autonomía institucional del Derecho de Familia.

6. CRITERIO PROCESAL

Cincuenta años atrás, decíamos que el Derecho Familiar poseía ya algunos procedimientos particulares, aunque los asuntos familiares se tramitaban ante tribunales cuya competencia no se contraía exclusivamente al conocimiento de asuntos de esa índole. Lo cierto que en aquel entonces los procedimientos civiles eran utilizados

para el trámite de los asuntos familiares.⁶⁴ Permanecían dispersos en el Código de Procedimientos Civiles, diferentes procedimientos relativos a cuestiones de naturaleza inequívocamente familiar⁶⁵ (casi todos permanecen).

Una innovación muy importante, fue la incorporación de las “Controversias de orden familiar” al Código de Procedimientos Civiles por Decreto de 26 de febrero de 1973 (Diario Oficial de la Federación de 14 de marzo de 1973) y que encontramos reguladas en este último ordenamiento dentro de su Título Decimosexto, Capítulo Único. Este procedimiento evidencia claramente la inclinación del legislador a

⁶⁴ Algunos de esos procedimientos quedaron en el pasado, como los llamados *juicios sumarios*, que eran la vía para tramitar la constitución del patrimonio de familia habiendo contienda; las diferencias surgidas entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes; las diferencias sobre la educación de hijos; las oposiciones de maridos (cuando debía consentir, p.e., en que trabajara la cónyuge), o de padres y tutores (respecto de actos de menores), y, en general, todas las cuestiones familiares que reclamaban la intervención judicial (artículo 430, fracciones II, VI, VII y VIII, del Código de Procedimientos Civiles, ahora abrogado).

⁶⁵ Encontrábamos en el Código de Procedimientos Civiles la tramitación del “*Divorcio por mutuo consentimiento*” (Título Decimoprimer, Capítulo Único, artículos 674 a 682), el “*Nombramiento de Tutores y Curadores y discernimiento de estos cargos*” (Título Decimoquinto, Capítulo II, artículos 902 a 914), la “*Enajenación de bienes de menores o incapacitados y transacción acerca de sus derechos*” (Título Decimoquinto, Capítulo III, artículos 915 a 922), la “*Adopción*” (Título Decimoquinto, Capítulo IV, artículos 923 a 926) y otros actos más (a ellos se refiere el Título Decimoquinto, Capítulo VII, artículos 938 y 939), como son la autorización especial que los emancipados solicitaban para enajenar o gravar bienes raíces o para comparecer en juicio; el permiso para que los cónyuges celebraran contratos entre ellos o para obligarse solidariamente o ser fiador uno del otro; la calificación de la excusa respecto del ejercicio de la patria potestad y la aclaración de las actas del estado civil cuando se trataba de errores gramaticales o mecanográficos o de letras o de palabras concernientes a la real identificación de las personas; asimismo, el depósito de menores o incapaces sujetos a patria potestad o tutela y que fueren maltratados por sus padres o tutores, o recibieren ejemplos perniciosos.

Ya no dentro del Código de Procedimientos Civiles sino del Civil, aparecía (y ahí está aún, en 2015) el divorcio (voluntario) administrativo (que se regulaba en los párrafos segundo y tercero del artículo 272 del Código Civil de 1928).

proveer a los asuntos familiares de procedimientos propios y acordes con su naturaleza; de ahí su permanencia hasta la fecha.

Las controversias familiares poseen ciertas características en las que se transparenta diáfananamente el espíritu que en la actualidad alienta al Derecho Familiar; la declaración contenida en el artículo 940 procesal lo sintetiza: “Todos los problemas inherentes a la familia *se consideran de orden público*”, por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad”.

Como resultado de esa calidad de “orden público” atribuido a los asuntos que atañen a la familia, se autoriza la intervención oficiosa del juez en dichos asuntos, particularmente “tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar” y se *obliga* a los jueces y tribunales a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho” (artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles). Con esta disposición se fractura definitivamente el equilibrio entre las partes, que es postulado insoslayable del procedimiento civil típico, y se accede a una nueva dimensión, propia de otra disciplina⁶⁶ en donde la igualdad consiste en el trato desigual a las partes, convirtiendo el procedimiento en un instrumento de justicia social.

Una característica notable de las controversias familiares es la de que se desolemniza el procedimiento, pues categóricamente el artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles declara en qué casos “no se requieren formalidades especiales para acudir ante el Juez de lo Familiar”,⁶⁷ a lo cual se puede proceder por escrito o

⁶⁶ En el Derecho Procesal Laboral, la igualdad de las partes no es formal, sino que se toma como punto de partida la desigualdad económica que existe entre las partes involucradas en un litigio; la decisión debe restablecer el equilibrio entre los factores de la producción. Así, se da cabida a la suplencia de los defectos de la demanda del trabajador, al relevo de la carga de la prueba a favor del trabajador, a la continuación de oficio del procedimiento, etcétera. (Cfr. CERVANTES CAMPOS, Pedro, *Apuntamientos para una Teoría del Proceso Laboral*, México, Instituto Nacional de Estudios del Trabajo-STPS, 1981, pp. 36-37.

⁶⁷ “Artículo 942.(CPCDF)- No se requieren formalidades especiales para acudir ante el Juez de lo Familiar cuando se solicite la declaración, preservación,

mediante comparecencia personal en los casos urgentes (artículo 943 CPCDF). Es inconcuso que el procedimiento familiar ha sido dotado de las características de concentración, inmediatez, celeridad y, en buena medida, oralidad, por lo que resulta mucho más avanzado que el civil tradicional.

Algo notable, es que en las controversias sobre alimentos, “el juez fijará a petición del acreedor, *sin audiencia del deudor* y mediante la información que estime necesaria, una pensión alimenticia provisional, mientras se resuelve el juicio” (artículo 943, primer párrafo in fine, del Código de Procedimientos Civiles). Este precepto implica una interpretación muy especial del artículo 14 constitucional y, desde luego, no constituye una excepción al derecho de audiencia consagrado en dicho precepto de la Carta Magna, pues, simplemente, la norma secundaria no puede crear excepciones a la constitucional.

Creemos que la expresión clave para intentar la fundamentación relativa, es el “mediante juicio” que emplea el artículo 14 de la Ley Fundamental, como requisito para toda privación patrimonial. *Mediante* no es *previo*.⁶⁸ De modo que iniciado el trámite, se puede

restitución o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre cónyuges sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de padres y tutores y en general de todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial”.

⁶⁸ La diferencia entre el significado de las palabras *previa* y *mediante*, ha sido estudiada a propósito del párrafo segundo del artículo 27 constitucional. En los casos de expropiación, la Constitución de 1857 disponía que debería efectuarse *previa* indemnización; la vigente precisa que será *mediante* tal indemnización. Se interpretó que el vocablo *previa* significaba que la indemnización debería ser pagada *antes* de que se ejecutara la expropiación; *mediante*, en cambio, quiere decir que en caso de expropiación, necesariamente debe ser pagada la indemnización correspondiente, pero pudiera serlo en un momento posterior a aquélla, según lo disponga o no la Ley de Expropiación. Abundaremos sobre el tema cuando nos ocupemos de las características de los alimentos y, entre ellas, la que denominamos “determinabilidad provisional sin audiencia del obligado”.

proceder a la fijación de la pensión alimenticia, que tendrá carácter provisional, en tanto se escucha y vence al afectado.

Pero, volvamos nuestra atención al estudio de la bien definida tendencia que advertimos, en el sentido de crear ciertos *principios* básicos para una adecuada *reglamentación jurídica procesal de la familia*, a fin de ofrecer al grupo familiar un tratamiento acorde con su naturaleza, que no lo coloque en el mismo plano de los negocios de orden fundamentalmente patrimonial.

Tras la anterior afirmación, la pregunta obligada inmediata es: y bien, ¿cuáles son esos principios procesales? Carina Gómez Fröde después de pasar revista a diversas propuestas al respecto, expresa: “(...) consideramos necesario plantear una serie de notas características que actualmente singularizan y distinguen al proceso familiar de otro tipo de procesos. Es por ello que nos referimos a que el proceso familiar tiene entre otras características o rasgos: la gratuidad, la economía procesal, la publicidad, la inmediatez, la tendencia hacia la oralidad, la prueba para mejor proveer, la suplencia en los planteamientos de derecho expuestos por las partes y la lealtad y la buena fe”.⁶⁹ A continuación la autora explica sucintamente cada una de estas características. Debo agregar que convenimos totalmente con este planteamiento.

Reasumimos el criterio, que abunda nuestra convicción, de que el Derecho Procesal Familiar se rige por principios diferentes a los del Civil, lo cual representa una categórica evidencia de cómo la materia familiar se aleja cada vez más de la del Derecho Civil.

El proceso civil, de corte tradicionalmente liberal, ha tendido a la obtención de la verdad formal; su posterior socialización ha atemperado esta tendencia hacia la búsqueda de la verdad auténtica, histórica. Como afirma elegantemente Carina Gómez Fröde, el “proceso es un método de investigación de certezas”.⁷⁰

⁶⁹ GÓMEZ FRÖDE, Carina, *Derecho Procesal Familiar*, Porrúa, México, 2007, p. 13.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 9.

Antes de ulteriores consideraciones deseamos dejar sentado que, obviamente, el proceso familiar en modo alguno se substraе de la Teoría General del Proceso; por el contrario se le subordina, sólo que marca distancia del proceso civil.

El proceso *civil* reclama la *imparcialidad* del juzgador, lo cual se traduce en el principio de la *igualdad de las partes* y significa que cada una de ellas tiene a su cargo acarrear los elementos de convicción que ilustren el criterio de dicho juzgador y lo inclinen a resolver en su favor. Ciertamente, el juez no debe dejarse sorprender por pruebas o argumentos falaces, pero tiene un límite muy claro en su actuación que le impide favorecer o auxiliar a alguna de las partes, inclinándose abiertamente por ella.

En el proceso *familiar*, ante la desigualdad de las partes el juez no puede quedar como un mero espectador durante el juicio, sino auxiliar (parcializarse) a favor de la que aparezca como débil, prescindiendo de la búsqueda de la verdad formal para encontrar la auténtica. Con lo anterior no queremos decir, que esta orientación sea exclusiva del Derecho Familiar; en realidad se manifiesta de manera cada vez más vehemente en todas las ramas del Derecho, incluida la civil, pero es evidente que mientras en esta última esa manifestación es tímida, en el Familiar es intensa, vigorosa, autorizada particularmente en tratándose del interés de menores e incapaces.

Referencia particular a los juicios orales familiares: Mediante publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de 9 de junio de 2014, se adicionaron al Código de Procedimientos Civiles vigente los artículos del 1019 al 1080, para incluir en el citado ordenamiento el que ahora es título Décimo Octavo, mismo que se intitula “Del Juicio Oral en Materia Familiar”. Previamente, es conveniente aclarar que dicho Título no ha entrado íntegramente en vigor a la fecha (enero de 2015), como se desprende del texto de sus artículos Segundo, Tercero y Cuarto Transitorios.⁷¹

⁷¹ “Artículo Segundo.- El presente decreto entrará en vigor a los treinta días hábiles siguientes de su publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, por

¿Qué asuntos se sujetarán a tramitación según el *Juicio Oral en Materia Familiar*? El artículo 1019 del Código Adjetivo vigente lo especifica detalladamente y para mayor certidumbre, a fin de disipar probables dudas, el mismo precepto señala qué clase de juicios no se seguirán por este procedimiento.⁷²

lo que se refiere a los procedimientos o juicios de rectificación de acta, adopción nacional, acciones derivadas de la filiación, juicio especial de levantamiento de acta por reasignación para la concordancia sexogenérica, pérdida de la patria potestad de menores acogidos por una institución pública o privada de asistencia social, interdicción contenciosa y nulidad de matrimonio”.

“Artículo Tercero.- Las reformas y adiciones a la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, entrarán en vigor a los treinta días hábiles siguientes de su publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal”.

“Artículo Cuarto.- Los demás procedimientos previstos en el artículo 1019 del Código de Procedimientos Civiles, entrarán en vigor a los trescientos sesenta y cinco días naturales siguientes de su publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal”.

⁷² “Artículo 1019. Se tramitarán en este juicio conforme a las disposiciones de este Título, las controversias relacionadas con alimentos; guarda y custodia; régimen de convivencias; violencia familiar; nulidad de matrimonio; rectificación o nulidad de los atestados del registro civil; filiación; suspensión o pérdida de la patria potestad; constitución forzosa de patrimonio familiar; cambio de régimen patrimonial controvertido; y la interdicción contenciosa.

Los procedimientos de jurisdicción voluntaria; divorcio; pérdida de patria potestad de menores acogidos por una institución pública o privada de asistencia social; de levantamiento de acta de reasignación para la concordancia sexogenérica; y adopción nacional, se tramitarán conforme a sus reglas generales, ajustándose en lo conducente al procedimiento oral y sus principios. Solo en caso de pago de alimentos se podrá presentar la demanda y contestación por escrito o comparecencia personal.

La modificación de las resoluciones definitivas dictadas en asuntos de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, guarda y custodia, régimen de convivencias e interdicción contenciosa, se substanciarán en juicio oral autónomo.

En este juicio no se requiere formalidad especial alguna, salvo los casos expresamente establecidos en este Título.

No se tramitarán en este procedimiento los juicios sucesorios, nulidad de testamento, petición de herencia, incapacidad para heredar, modificación de inventario por error o dolo, declaración de ausencia y presunción de muerte, restitución de menores, adopción internacional, diligencias prejudiciales de interdicción y los demás juicios de tramitación especial”.

Es de hacerse notar que el juicio oral familiar ha sido dotado por el legislador de principios específicos que lo regirán; estos principios son los de oralidad, publicidad, igualdad, inmediación, contradicción, continuidad, concentración, dirección, impulso y preclusión procesal (art. 1020 CPCDF).⁷³

Los juicios orales familiares son materia de una prolija regulación, cuyo comentario requeriría de un amplio desarrollo que excedería con mucho el propósito de esta obra.

⁷³ “Artículo 1020.- En el juicio oral familiar se observarán especialmente los principios de oralidad, publicidad, igualdad, inmediación, contradicción, continuidad, concentración, dirección, impulso y preclusión procesal. Estos principios se materializan de la siguiente forma:

I. Oralidad: El procedimiento se desarrollará preponderantemente en audiencias orales, en las que las partes promoverán y el Juez resolverá oralmente. A ninguna promoción escrita presentada en las audiencias se dará trámite.

II. Publicidad: Las audiencias serán públicas, atendiendo a lo dispuesto en la Ley de Protección de Datos Personales del Distrito Federal y la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Distrito Federal, así como a los casos de excepción establecidos en este Código y los que el Juez considere su tramitación privada.

III. Igualdad: Las partes tendrán las mismas oportunidades, derechos y cargas procesales. El Juez deberá atender los casos de equidad establecidos en las leyes para grupos vulnerables.

IV. Inmediación: El Juez tendrá contacto directo y personal con las partes, recibirá las pruebas en la audiencia de juicio, salvo las foráneas, y será quien dicte la sentencia definitiva, salvo lo previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en caso de suplencia de su ausencia.

V. Contradicción: Cada parte tiene derecho a oponerse y ser escuchada ante las promociones de su contraparte, antes de que el Juez decida lo conducente.

VI. Dirección procesal: El Juez tiene la potestad para conducir el proceso, observando los principios del juicio oral y sus formalidades esenciales.

VII. Impulso procesal: Las partes tienen la facultad para solicitar las diligencias necesarias que impidan la paralización del procedimiento, en aquellos casos en que expresamente la ley exija su petición.

VIII. Preclusión: Los derechos procesales se extinguen o pierden por el sólo transcurso del tiempo, al no ejercerlos en el término o etapa procesal respectiva.

IX. Continuidad y concentración: El Juez debe buscar en el menor tiempo posible y a través del menor número de actos procesales resolver la controversia planteada”.

Conviene, no obstante, recalcar que quien resulte desfavorecido por una resolución, puede combatirla mediante los recursos de apelación y queja, así como el de reposición en segunda instancia (art. 1047 CPCDF).

En cuanto a la organización de los juzgados que conocerán de los juicios orales (Juzgados del Proceso Oral), encontramos en la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Título Cuarto, Capítulo III, la reforma a las fracciones I y II de su artículo 56, en lo concerniente a la organización interna de dichos Juzgados⁷⁴; así también se crea el “Capítulo III Bis. Del Proceso Oral en Materia Familiar”, que se ocupa de diversos aspectos relacionados con su título.

El mero hecho de que el legislador se haya abocado a crear un procedimiento autónomo y especial para la tramitación de los juicios orales familiares, implica un reconocimiento tácito de la particularidad de la materia familiar, que ya no puede quedar sujeta a los procedimientos propios del Derecho Civil, como hasta ahora ha venido ocurriendo.

La fuerte corriente familiarista hacia un Derecho Procesal propio y autónomo. No debemos soslayar el hecho, que es ostensible, de la proclividad de un amplio sector de la Doctrina Jurídica, hacia la consolidación de un Derecho Procesal Familiar autónomo respecto del Procesal Civil. Considerando la información de que disponemos, asumimos que corresponde al prestigiado académico Dr. Flavio Galván Rivera, la primacía en México, en proponer de manera articulada (no como

⁷⁴ “Artículo 56. Cada uno de los Juzgados a que se refiere este capítulo, tendrá:

I. Un Juez, que atenderá proporcional y equitativamente las cargas de trabajo con el objeto de lograr que el conocimiento de los asuntos a su cargo, se realice de manera inmediata y expedita.

II. Los Secretarios de Acuerdos, Conciliadores, Proyectistas y Actuarios que requiera el servicio; y tratándose de Juzgados de Proceso Oral en materia Familiar, los Secretarios Judiciales y Secretarios Auxiliares que requiera el servicio; y

III. Los servidores públicos de la administración de justicia que autorice el presupuesto.”

EL DERECHO FAMILIAR
JOSÉ BARROSO FIGUEROA

una simple idea lanzada al viento) una regulación independiente de la materia adjetiva familiar; a ello procedió en una visionaria ponencia que presentó en mayo de 1992, a la consideración de los asistentes al Quinto Congreso Nacional de Doctores en Derecho, intitulada “Hacia un Código de Procedimientos Familiares para el Distrito Federal”, en la cual formula una acuciosa y puntual relación de los argumentos que fundamentan su propuesta. Esta proposición formulada por el Dr. Galván, ha permeado a profundidad el pensamiento de las nuevas generaciones de procesalistas mexicanos.

Reflexión final en cuanto a la autonomía procesal. De todo lo anteriormente razonado se colige que si bien el Derecho de Familia no ha consolidado su autonomía procesal, sí, en cambio, ha avanzado a pasos agigantados en esa dirección. El definitivo de ellos consistirá en dar orden a la dispersa normatividad existente, mediante la adopción de un Código de Procedimientos Familiares con vigencia en el Distrito Federal, complemento insoslayable de un Código Familiar, que es ya reclamo social en nuestros días.

CONCLUSIONES

Primera. De la rápida revista que hemos efectuado de los diversos criterios de autonomía, que la Doctrina recomienda revisar para dilucidar si una cierta parcela del Derecho debe ser considerada independiente de aquella en la cual tuvo su origen, encontramos que, en una consideración abstracta (es decir, sin referirla a una determinada circunscripción local) existen argumentos sólidos y suficientes para sostener que el Derecho Familiar es ya una rama soberana dentro del conocimiento jurídico y que su emancipación está apuntalada sobre todo, por su innegable avance científico y la peculiaridad sin par de sus instituciones.

Consideramos que actualmente, ahí donde el Derecho Familiar continúa integrado al Derecho Civil (y con ello ubicado en el campo del Derecho Privado), tal circunstancia opera más bien por inercia

que por la meditada intención de que así ocurra. Substancialmente la rama jurídica que nos ocupa escapa a los principios jusprivatistas; su orientación teleológica no coincide con la del género jurídico (el Derecho Privado) donde se le sitúa: este gravísimo rompimiento basta por sí solo para extraer al Derecho Familiar de dicho ámbito. *Segunda.* Desde el punto de vista práctico, es imposible dar una solución unitaria al problema de la autonomía del Derecho de Familia, pues dentro de cada legislación y realidad nacionales, varía la intensidad con la cual se dan los factores que sirven para apreciar si dicha disciplina ha alcanzado o no su independencia.

Nos parece incontrovertible que en los países (y también en los estados de nuestra República) donde existe legislación específicamente familiar (códigos sustantivo y adjetivo); que han logrado imprimir un espíritu propio a sus instituciones familiares, de modo que no se confunden con las de otras ramas del Derecho; que cuentan con doctrina concretamente dirigida al estudio de las relaciones familiares y han establecido tribunales dedicados exclusivamente al conocimiento y solución de asuntos atinentes a la familia; reiteramos, nos parece innegable que en dichos países, el Derecho de Familia es una rama autónoma.

Tercera. En el Distrito Federal, actualmente el Derecho de Familia posee una definida autonomía científica, jurisdiccional e institucional; también casi total en el aspecto didáctico. Aun está por alcanzar su emancipación tanto en el ámbito de la legislación sustantiva como en el aspecto procesal, lo cual no logrará sino cuando se expidan los cuerpos legales relativos; entendemos que ya están dadas las condiciones para que así suceda y únicamente falta para ello, más que la convicción de que es conveniente su expedición, la voluntad política de actuar en ese sentido, lo cual irremisiblemente ocurrirá como resultado de la potencia expansiva del Derecho Familiar.

EL DERECHO FAMILIAR
JOSÉ BARROSO FIGUEROA

IV. CONTENIDO DEL DERECHO FAMILIAR

Cuando proporcionamos nuestra definición del Derecho Familiar, dijimos que éste, además de ocuparse de la evolución y problemática de la familia, estudia el conjunto de normas dirigidas a regular la organización, el funcionamiento y la disolución del cuerpo familiar, lo mismo en sus aspectos personales que en los patrimoniales.

De la segunda parte de la definición, deriva el contenido esencial del Derecho de Familia.

1. *La organización de la Familia* comprende los siguientes aspectos:

- a) La conformación del grupo familiar, que incluye tanto la unión matrimonial como la concubinaria.

En cuanto a la primera, revisa los elementos de existencia y de validez para su celebración, los impedimentos que vedan ésta y su eventual nulidad; asimismo, las donaciones antenupciales y la determinación del régimen patrimonial que va a regirla.

Respecto de la segunda, atiende los requisitos para que se le reconozca jurídicamente y, por ende, produzca efectos en el ámbito del Derecho.

- b) La formación de los lazos de parentesco, lo que supone el estudio de las fuentes del mismo, sus diferentes especies, la forma como se le computa y sus efectos. Un capítulo muy importante de este apartado está referido al establecimiento de la relación paterno-filial, tanto en el supuesto de los hijos matrimoniales como en el de los extramatrimoniales.

2. *El funcionamiento del grupo familiar, da cabida principalmente:*

- a) A la determinación, en el orden personal, del conjunto de derechos y obligaciones inherentes a la calidad de cónyuge y a lo relativo a su ejercicio o cumplimiento, respectiva-

mente. Así también, a las consecuencias jurídicas de carácter personal, que se dan entre los concubenarios.⁷⁵

- b) Al análisis de los efectos patrimoniales del matrimonio, según el régimen que se elija al respecto (sociedad conyugal, separación de bienes o una mixtura de ambos). Dentro de este rubro se comprende lo concerniente a las donaciones efectuadas entre consortes. Se incluirá además el estudio de los efectos patrimoniales del concubinato y de la sociedad de convivencia.
 - c) A los derechos y obligaciones que derivan de los vínculos parentales en las líneas recta y transversal, con especial atención de los que surgen del ejercicio de la patria potestad.
 - d) A la protección de los menores no sujetos a patria potestad y de los mayores incapacitados, mediante la tutela y la curatela; asimismo, a la participación que en esta materia tienen los organismos públicos.
 - e) Al aseguramiento entre los cónyuges y, en su caso, entre los descendientes, ascendientes y colaterales, de la obligación de proporcionar medios económicos que garanticen su subsistencia y adecuado desarrollo. Se abarca en este campo lo concerniente a los alimentos y a la constitución del patrimonio familiar.
3. *En cuanto a la disolución de la familia, agrupa la siguiente temática:*
- a) La disolución del grupo familiar constituido sobre la base del matrimonio, lo que implica referirse a:
 - La nulidad del matrimonio,⁷⁶ que analiza las causas que la originan, la clase de nulidad (absoluta o relativa) que

⁷⁵ Creemos que se debe decir *concubenarios* y no *concubinos* como lo hace el Código Civil (verbigracia, artículo 302), dado que en el idioma español, el plural se hace a partir de la palabra en género masculino, que en el presente caso es *concubinario*.

⁷⁶ Como aclararemos en esta obra más adelante, la nulidad del matrimonio no es causa de la disolución de éste, pero sí lo es de que se disuelva la familia.

en cada caso concurre y los efectos de orden personal y patrimonial que resultan de dicha nulidad, tanto para los fallidos cónyuges como los hijos.

- El divorcio en sus especies de administrativo (voluntario) y judicial (sin expresión de causa). En tratándose del divorcio voluntario administrativo, los requisitos para su procedencia y el procedimiento para su tramitación. En cuanto al divorcio judicial, de manera especial el convenio que deben adjuntar los cónyuges.

Se abarca también dentro de esta temática, lo referente a las medidas judiciales, previas y/o posteriores a la solicitud de divorcio.

Finalmente, se agrega cuanto atañe a los efectos de carácter personal y patrimonial que genera el divorcio respecto de los cónyuges y de los hijos que hubieren procreado.

- b) La separación de cuerpos, incluidas las hipótesis en que se autoriza y los efectos que produce.
- c) La ruptura de la unión concubinaria y los efectos a que da lugar la disgregación del grupo familiar así constituido.

Entendemos que la disolución de un matrimonio supone la existencia y validez del mismo; en el caso de la nulidad, en realidad lo que implica es el reconocimiento de que dicho matrimonio careció de validez desde un principio.