

LA AUTONOMIA DEL DERECHO DE FAMILIA

Por José BARROSO FIGUEROA

Profesor de la Facultad de Derecho
de la U.N.A.M.

SUMARIO: I. Derecho social y socialización del derecho. II. Concepto de derecho social. Sus proyecciones. III. El fenómeno llamado socialización del derecho. IV. Influencia del fenómeno socializador en el derecho civil. V. La influencia de la socialización del derecho en el derecho civil mexicano. VI. La polémica en torno a la autonomía del Derecho de Familia. VII. Nuestra tesis sobre la autonomía del Derecho de Familia.

I. DERECHO SOCIAL Y SOCIALIZACION DEL DERECHO.

Hacia fines del siglo XIX se planteó, con fuerza definitiva, la necesidad de una reestructuración de las diversas ramas del derecho, para buscar su sincronía con los cambios emergentes de la nueva realidad social. En verdad estos cambios venían gestándose de dos o tres centurias atrás, pero, salvo en nuestro vertiginoso siglo, las transformaciones sociales han sido en extremo lentas, y debido a ello fue hasta recientemente que la entronización de modificaciones básicas en la estructura social, se hizo imperiosa y factible.

Para la época que nos ocupa, la crisis del individualismo se hacía evidente; resultaba ya un sistema social, económico y jurídico anticuado y sobre todo incapaz de dar satisfacción a los requerimientos de la colectividad. Fundado en las tesis de los mercantilistas y los fisiócratas, el individualismo pugnaba por la plena libertad de industria y el juego natural de las fuerzas económicas, entendiéndolo que la felicidad colectiva, suma de las felicidades individuales, sólo podría obtenerse gracias a la supresión de todo obstáculo que impidiera tal libre juego; de este modo el papel del Estado queda reducido al de vigilante, “laissez-faire, laissez-passer”, mero policía y no conductor. El advenimiento de la Revolución Francesa llevó al cenit estas concepciones, ya que aparece como una reacción contra el despotismo monárquico y por huir de él y remediar los males que había ocasionado, deseando que el hombre jamás volviera a quedar a merced del soberano como hasta entonces, incurrió en el extremo opuesto, es decir, elevó al

individuo sobre un pedestal, lo convirtió en intocable, otorgándole tan amplias protecciones que la mano del Estado no podía alcanzarle. El resultado fue desastroso. Los hombres entregados al propio arbitrio para limitar sus apetitos, se dieron a la irrestricta satisfacción de ellos, con la consecuencia de que al lado de unos cuantos opulentos se formó la masa desheredada. La lucha intensa de ésta para vindicar sus derechos, habría de matizar la historia del mundo desde mediados del siglo pasado hasta nuestros días, y previsiblemente dará su tónica a los años venideros.

Tal estado de cosas tuvo que reflejarse en todos los campos de la actividad humana, incluido, naturalmente, el derecho. El Código Napoleón (1804),¹ sintetizó, al menos en el campo del derecho privado, las aspiraciones legales del individualismo, pues como afirman los Mazeaud, de la ideología sustentada por la Revolución Francesa sus redactores "...conservaron las ideas individualistas y la preocupación de proteger la libertad individual contra todo retorno al feudalismo. De ahí el carácter absoluto que reconocen al derecho de propiedad individual",² además los mismos proyectistas del ordenamiento napoleónico "imbuídos de las doctrinas del derecho natural, concedieron a la voluntad de las partes, que anhelaban todo poderosa la preeminencia en el ámbito de los contratos"³ y con base en el principio de la autonomía de la voluntad, le otorgaron la misma fuerza que a la ley (Art. 1134.— Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley entre aquellos que las hayan hecho). Pero el Código Napoleón, aquella legislación que resultaba maravillosa a los ojos deslumbrados de sus contemporáneos, quienes le auguraban larga vida; aquella codificación cuya suma perfección la aparentaba insuperable y que hizo exclamar a Bugnet "...ignoro el derecho civil; sólo conozco el Código Napoleón";⁴ aquel ordenamiento que al decir de Duguit la mayoría de los juristas franceses y extranjeros estimaban como un sistema de derecho definitivo, que se imponía con el rigor y la evidencia de un sistema de geometría, y así como la geometría moderna descansa todavía sobre los principios formulados por Euclides, del mismo modo en todos los tiempos, en todos los países, el derecho de todos los pueblos civilizados no podría ser más que el desenvolvimiento normal y racional de los principios inmortales y definitivos formulados en esos textos;⁵ repetimos, aquel código notable empezó a ser revisado tan pronto secó la tinta de su impresión, pues como expresa Duguit "apenas la construcción ha sido terminada, las grietas han aparecido".⁶ Napoleón Bonaparte, menos erudito que los juristas que lo rodeaban pero con la profunda penetración que le era característica, previó que los aconteci-

mientos habrían de demostrar que ninguna concepción es definitiva, ya decía "habrá que rehacerlo dentro de treinta años".⁷

No puede atribuirse a un solo tratadista el haber canalizado las nuevas ideas dentro del mundo del derecho, pero uno de los más definidos críticos del individualismo jurídico y al propio tiempo vocero de las mutaciones del derecho, es León Duguit. Este ilustre tratadista francés ejerció gran influencia en toda legislación posterior; no hubo codificación a partir de él que no resultara permeada por sus concepciones. Son notables sus conferencias sustentadas en los meses de agosto y septiembre de 1911 en la ciudad de Buenos Aires, publicadas más tarde en un opúsculo intitulado *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código Napoleón*. En la primera de estas conferencias ("El Derecho Subjetivo y la Función Social") Duguit afirma que la Declaración de los Derechos del Hombre, el Código Napoleón y todos los códigos modernos consecutivos a esos dos actos, se fincan en una concepción individualista del derecho, pero "... hoy día se elabora un sistema jurídico fundado sobre una concepción esencialmente socialista".⁸ Para comprender bien al reputado profesor de la Universidad de Burdeos, conviene recordar cómo él mismo explica que utiliza la palabra *socialista* a falta de otra menos ambigüosa y sin que ello implique su adhesión a un cierto partido socialista, sino únicamente para señalar la oposición entre un sistema jurídico fundado sobre la idea del derecho subjetivo del individuo y el fundado tomando como base la idea de una regla social que se impone al individuo.⁹ Según Duguit el individualismo tiene larga trayectoria, arranca del derecho romano clásico y alcanza su precisa formulación en los siglos XVI y XVII más o menos de la siguiente manera: el hombre es por naturaleza libre y titular de derechos inalienables, naturales e indisolublemente unidos a su calidad de hombre; las sociedades se han formado por la aproximación voluntaria de los individuos que se reúnen para lograr la protección de sus derechos individuales naturales, para ello, se han restringido los derechos de cada uno, pero sólo en la medida necesaria para asegurar el libre ejercicio de los derechos de todos, por ello el Estado (colectividad organizada) tiene como fin único proteger y sancionar los derechos de cada uno y no puede dictar leyes que menoscaben o atenten contra ellos. Ahora bien, esta concepción parece artificial a Duguit, pues hablar del derecho del hombre aislado es una contradicción *in adjecto*, ya que todo derecho implica una relación entre sujetos; el hombre separado de sus semejantes no puede tener derechos; Robinson en su isla no los tiene porque no está en relación con otros hombres; el hombre no está en posibilidad de tener derechos sino cuando vive en sociedad; hablar de derechos anteriores

a la sociedad es hablar de la nada. En realidad el hombre no tiene derechos pero sí una función que cumplir, una misión que interesa al grupo, una función de orden social; se adviene así a una nueva concepción del derecho sin artificios, a una concepción realista y socialista, que transforma los sistemas y las apreciaciones anteriores. Duguit propone dos ejemplos, los conceptos de libertad y propiedad. Refirámonos, en obvio de espacio, sólo al primero: la concepción individualista ve en el derecho de libertad el derecho de hacer todo lo que no daña a otro, y por tanto el derecho de *no hacer nada*; modernamente la libertad no es eso; como todo hombre tiene una función social que cumplir, adquiere el deber social de desempeñarla de la mejor y más completa manera que le sea posible, y nadie puede obstruirle en esa tarea; por otra parte el hombre no tiene derecho a la inactividad, y el Estado puede coaccionarlo para que trabaje, con lo que hará sino inducirlo a que cumpla la función social que le incumbe.¹⁰

Ahora bien, ¿cómo se manifestó la idea socializadora en el derecho? Al decir de Fix Zamudio¹¹ se proyectó en dos aspectos:

1. Revitalizó, socializándolo, el derecho entonces existente.
2. Hizo surgir nuevas ramas del derecho, precisamente las que hoy integran el derecho social.

Esto nos conduce a reconocer el origen común pero al mismo tiempo la diversidad que existe entre el fenómeno llamado *socialización del derecho* y lo que es, propiamente, el *derecho social*. Por el primero se imprime un renovado derrotero al derecho preexistente, por el segundo se crean nuevas ramas de la ciencia jurídica; aquél tiende a amoldar las antiguas disciplinas al nuevo orden de cosas, atemperando los excesos del individualismo; éste va más allá, opone al derecho del individuo el derecho del grupo, procura la protección de ciertos sectores de la sociedad económicamente débiles.

II. CONCEPTO DE DERECHO SOCIAL, SUS PROYECCIONES.

Es lugar común el afirmar que todo derecho es social. Algunos tratadistas¹² incurren en el extremo de calificar como pleonástico o redundante el empleo de la expresión *derecho social*, ya que todo derecho no tiene otra finalidad que la de regir relaciones sociales. Se afirma que por definición (y por naturaleza) al derecho no corresponde más función que la de arbitrar interrelaciones humanas. Por otra parte, como está ampliamente demostrado, es característica inseparable del derecho (en cuya ausencia es imposible concebirlo) su carácter social.¹³

La objeción no carece de sentido. Ciertamente, todo derecho es social. Es infortunado llamar *derecho social* a un cierto género de derecho. Surge así lo que Sergio García Ramírez¹⁴ califica de *problema semántico del derecho social*. Sin embargo la solución a tal problema está a la vista; en efecto, es frecuente el uso de diversos términos que tienen un significado acreditado y a los que se atribuye en un momento dado una connotación distinta a la consagrada; cuando esta nueva acepción se va generalizando y empieza a usarse reiteradamente, adviene a *significación técnica* del vocablo, distinta de la vulgar. Esto ha ocurrido con la expresión *derecho social*. Que el derecho es siempre un producto social nadie lo niega, pero ése es su aspecto sociológico no sistemático; por eso con justicia afirma Mendieta y Núñez "El derecho es un producto social, es un fenómeno de la existencia colectiva; pero como disciplina científica es una rama autónoma del conocimiento".¹⁵ En realidad el *derecho social* no es una rama del derecho, sino un género que engloba un número creciente de novedosas ramas jurídicas, mismas que tienen como denominador común, en concepto del autor citado en último término, las siguientes características:

"a) Que no se refieren a los individuos en general, sino en cuanto a integrantes de grupos sociales o de sectores de la sociedad bien definidos: obreros, campesinos, trabajadores independientes, gente económicamente débil, proletarios, desvalidos.

"b) Que tienen un carácter protector de las personas, grupos y sectores que caen bajo sus disposiciones.

"c) Que son de índole económica pues regulan fundamentalmente intereses materiales (o los tienen en cuenta: leyes culturales), como base del progreso moral.

"d) Que tratan de establecer un completo sistema de instituciones y de controles para transformar la contradicción de intereses de las clases sociales en una colaboración pacífica y en una convivencia justa".¹⁶

Los conceptos anteriores pueden resumirse diciendo que llamamos *derecho social* al complejo de las nuevas ramas jurídicas protectoras de ciertos sectores específicos del grupo social. En este sentido aparecen como ramas del derecho social¹⁷ el derecho laboral (protector de la clase trabajadora), el derecho agrario (tutelar de la clase campesina), el derecho de la seguridad social (que surgió como apéndice del derecho del trabajo y que se ha transformado, cobrando autonomía, en defensor específico del sector social compuesto por los desvalidos) y, con ciertas reservas, el derecho burocrático

(dirigido a los servidores del gobierno).¹⁸ Desde luego, esto no cierra el número de las ramas del derecho social, en cuya integración podrán añadirse todas aquéllas que surjan en el futuro y que reúnan las características que hemos indicado.

Conviene agregar que no debe confundirse el *derecho social* con alguna o algunas de las disciplinas que lo integran. La confusión a que aludimos ha sido frecuente, habiendo incurrido en ella autores de reconocido prestigio. Por ejemplo un gran sector de tratadistas, sobre todo hispanos, se ha inclinado por considerar, en mayor o menor medida, la expresión *derecho social* como sinónima de *derecho laboral*, lo que obedece en opinión de Guillermo Cabanellas¹⁹ al deseo de ampliar el contenido del *derecho laboral* a fin de dar cabida a diversos temas tales como la cooperación, cajas rurales de ahorro, seguros sociales, etcétera. Cabe recordar que el profesor de la universidad bonaerense Eduardo Stafforini, en su conferencia pronunciada en nuestra Facultad de Derecho el 8 de octubre de 1964, afirmó que ha sido la acción sindical la que ha elaborado "...en la realidad de las relaciones profesionales, diferentes instituciones que dan sustantividad al *derecho social*",²⁰ lo que conduce a la idea de que corresponde al *derecho laboral* ser el núcleo del nuevo género jurídico de que nos ocupamos.

Avocarse al análisis de las ideas tradicionales sobre el concepto de *derecho social* (Gierke, Gurvitch, Jellinek, Radbruch, García Oviedo, etcétera), además de prolijo resultaría *extemporáneo*. En efecto, tales ideas han sido ya materia de cuidadoso estudio por parte de renombrados tratadistas, pero, y esto es lo principal, se refieren al *derecho social* tal y como era apreciable en su época, así por ejemplo Gierke, muerto en 1921, no pudo tener una visión de ese *derecho* de la manera que hoy se concibe, esto es, después de los grandes cambios sociales y económicos que son resultado de dos guerras mundiales y del cada vez más acelerado progreso técnico y científico, con su consecuente la macroindustrialización.

Un replanteamiento del problema, a partir de su perspectiva histórica, puede verse en Krotoschin.²¹ Este autor estima que para esclarecer el significado de un concepto siempre es útil remontar hasta su origen: *derecho social* ya formaba parte de la teoría jurídica de Gierke, quien extrajo el concepto de sus investigaciones sobre el antiguo *derecho corporativo alemán*. Gierke defiende a la corporación (comunidad orgánica) a la que considera fórmula conciliadora entre la tendencia que presenta al Estado como omnipotente y la que considera al individuo como intocable; la sociedad humana aparece, en la concepción gierkiana, como una jerarquía de tales corporaciones, cuyo vértice es el Estado entendido como figura corporativa del pueblo

en su totalidad, con lo que se disuelve el contraste entre Estado y pueblo y al propio tiempo la oposición entre las categorías derecho público y derecho privado, agregándose la de *derecho social*, cuyo fin es la incorporación del individuo a la comunidad organizada, es decir su *socialización* (en sentido no económico). El derecho social se inspira en valores individuales y colectivos, no desdeña la personalidad del individuo, la enaltece mediante su incorporación (no subordinación como en el derecho público) a un organismo superior que proporciona al individuo mayor posibilidad de desarrollarse (en esto coincide con Gurvitch, que ve en el derecho social un derecho de integración, distinto del privado que es de coordinación y del público que es de subordinación. En cambio Jellinek niega la función del derecho social como derecho de integración en cuanto comprende también al Estado, pues las corporaciones suelen estar en conflicto más bien que integrarse con aquél).

Krotoschin supone que una genuina teoría del *derecho social* debe evitar, tanto que se desconozca al hombre como que se consideren antagónicas las corporaciones *intermedias* y el Estado. *Individuo, comunidad y Estado*, son los componentes del derecho social y están en completa y dialéctica relación, cada uno de ellos se realiza en los otros.

El amplio concepto inicial de derecho social se fue reduciendo a un concepto más estrecho que lo vincula al derecho del trabajo y de la seguridad social; se pregunta Krotoschin ¿cómo ocurrió esto? y responde: la transformación del derecho social está unida a los grandes cambios sufridos por las estructuras económica y sociológica, cambios que se manifiestan sobre todo en el sector *trabajo*, aún más que en el de *economía*. La Primera Guerra Mundial deja a las masas insatisfechas, lo que da lugar a una crisis de *integración* de cuya solución dependen la economía y el Estado; las nuevas formas socializantes se dan sobre todo en la *zona gris* entre el derecho público y el privado; el *nuevo derecho* irrumpe en la esfera individual, inepta para resolver los conflictos, provocando la organización en defensa de intereses comunes parciales y jerarquizando los conflictos de intereses en un esfuerzo extremo de integración.

El derecho social dice Krotoschin, no representa sólo una idea organizadora, sino protectora. La materia económica por su propia naturaleza era incapaz de darle un contenido ético al derecho social (las relaciones económicas tienen un contenido que podría calificarse de amoral), correspondió pues al derecho del trabajo crear una nueva conciencia jurídica, porque dentro de él la palabra social adquiere un sentido de *reivindicación*. "Si bien se considera hoy como derecho social, por su contenido o por los criterios interpretativos prevalecientes, tanto al nuevo derecho de locación ur-

hana y rural, el nuevo derecho agrario, el derecho de economía e inclusive amplios sectores del derecho civil y comercial, es manifiesto el énfasis con que se realza el carácter de derecho social hablando del derecho del trabajo y del derecho de la seguridad social. Hasta se identifica modernamente el derecho social con estas dos ramas jurídicas".²² Es que el doble problema de *integración* y *protección* se presentó de manera más apremiante en el derecho laboral. Hay quienes consideran que el punto central del derecho social lo es el derecho de la seguridad social, pero lo más acertado es afirmar que tanto este derecho como el del trabajo quedan comprendidos dentro de la fórmula derecho social.

Krotoschin concluye que el derecho social sólo debido a determinadas circunstancias que se han presentado en nuestro siglo, principalmente las luchas del proletariado, se identifica con el derecho del trabajo y el de la seguridad social, teniendo en realidad un contenido más amplio que incluye a otras materias; o quizá es simplemente un criterio interpretativo aplicado al derecho en general. Por tanto resulta atrevido afirmar que sólo el derecho del trabajo y el de la seguridad social permiten formarse una idea concreta del derecho social, aunque indudablemente pertenecen a él. El concepto genuino de derecho social no tiene contornos jurídicos firmes, es más bien una teoría sociológica que jurídica, que llega a convertirse en esta última sólo por las realizaciones concretas mediante las que se reduce la teoría a normas o conceptos jurídicos.

Aquí concluimos con la exposición del punto de vista de Ernesto Krotoschin, sólo añadiremos que el derecho social, en nuestro criterio, ya ha conseguido perfilar su silueta con bastante diafanidad; para justificar esta aseveración nos remitimos a las ideas sobre *derecho social* y *socialización del derecho* vertidas con antelación.

Conviene que nos ocupemos ahora de la doctrina mexicana sobre esta materia. Es curioso observar cómo nuestra doctrina ha dado a la expresión *derecho social* variable contenido:

Lucio Mendieta y Núñez asigna al derecho social las siguientes ramas: derecho del trabajo, derecho agrario, derecho económico, derecho de seguridad, derecho de asistencia, derecho cultural.²³ De estas ramas destaca el derecho del trabajo por ser el más explorado.²⁴

Mario de la Cueva recuerda que el derecho del trabajo ha sido llamado legislación social, pero, agrega, tiende a serlo mas aún no lo es. Y cuando alcance su meta, ser derecho social, dejará de ser lo que es, porque dejará de ser derecho de clase. El derecho del trabajo es un derecho protector de clase, la obrera, a quien asegura un mínimo de garantías; al desaparecer

las clases el derecho del trabajo desaparecerá por inútil.²⁵ A nosotros nos parece que en criterio de este eminente autor, el derecho del trabajo viene a constituir un género propio (ni público, ni privado), quizá la etapa embrionaria de un derecho social pleno, a cuyo advenimiento habrá de sucumbir.

Héctor Fix Zamudio expresaba en el año de 1963 que el derecho social se manifiesta sobre todo en tres campos: el derecho del trabajo, el nuevo derecho agrario y el derecho a la seguridad social.²⁶ Como ya aclaramos precedentemente, este ameritado tratadista ha agregado a la enumeración dicha, el derecho burocrático.

Juan B. Climent, inspirándose en las ideas de Lazki y Radbruch, estima que todo el derecho actual tiene como finalidad la *revolución por el consentimiento*, esto es la *transformación jurídica ordenada*, para lo cual el derecho se trasmuta de estático (simple regulador del orden social preexistente) en dinámico (factor activo que actúa sobre la realidad social, modificándola); esto conduce a nuestro derecho contemporáneo hacia dos aspiraciones: la moralidad intrínseca y la solidaridad social. El derecho actual no puede considerar al individuo aislado, sino vinculado al hecho social mismo, por eso el derecho social no contempla al hombre en abstracto (como el individualismo), sino en concreto, inmerso en su realidad social y dentro de ella le otorga protección "manteniendo una vigilante tutela en torno a los grupos económicamente débiles"²⁷ En el pensamiento de este tratadista hispano, hoy definitivamente radicado en México, el derecho social ubica jurídicamente al individuo en el grupo social y en lugar de considerar a los hombres en su igualdad teórica los ve en su desigualdad práctica, asumiendo una función niveladora de desigualdades. A nuestro entender para Climent el derecho social tiene como contenido lato la protección del hombre, pero no aislado, sino agrupado, es decir busca la tutela de intereses de grupos a diferencia del derecho privado que protege intereses de particulares.

Francisco González Díaz Lombardo después de definir el derecho social como "aquel orden de la sociedad en función de una integración dinámica, teleológicamente dirigida a la obtención del mayor bienestar social de las personas y de los pueblos, mediante la justicia social",²⁸ considera que la integran las siguientes ramas autónomas: derecho del trabajo y la previsión social, derecho agrario, derecho cooperativo, derecho de la seguridad social, derecho de las mutualidades, derecho asistencial, derecho de la prevención social, derecho de la protección y asistencia a extranjeros y mexicanos en el exterior, derecho social internacional y derecho social comparado.

José Campillo Sáinz da una amplia significación al derecho social, in-

volucrando aspectos económicos, sociológicos y jurídicos, pues considera que todos ellos tienen en común ciertas finalidades que corresponden a aquél, esto es, “asegurar un mínimo decoroso de bienestar, en condiciones de libertad y dignidad, a los integrantes de la comunidad”.²⁹

Según Jesús Castorena, el derecho social tal como existe es más que un cierto campo del derecho, una *tendencia del orden* jurídico en general. El distinguido jurista mexicano se inclina por la denominación *derecho colectivo* para esta materia, y le da como contenido, el ser una fase de la evolución del derecho hacia un Estado social.^{29'}

Estima Martha Chávez Padrón de Velázquez que el derecho social es una nueva rama fundamental del derecho, cuya creación es fruto de las revoluciones sociales, y que se encuentra ya consagrada en normas constitucionales y reglamentarias que establecen la personalidad colectiva de los grupos que son su objeto. La autora mexicana se inclina por la clasificación tripartita del derecho, en público, privado y social, dando a este último por materia, las relaciones de los grupos sociales desvalidos, “que no pueden identificarse ni con los particulares, ni con el Estado”, y por tanto exigen normas jurídicas propias.^{29''}

III. EL FENOMENO LLAMADO SOCIALIZACION DEL DERECHO

Hemos convenido en la *irrupción* de la idea social dentro del campo del derecho, misma que además de extenderse en la dirección que ha dado lugar al derecho social ha creado el fenómeno llamado *socialización del derecho*, que no es otra cosa que la transformación de todo el derecho preexistente, a la luz de una nueva axiología que tiene como valor central la tutela de intereses colectivos.

Sería prolijo y desviatorio de nuestro propósito, ocuparnos de los efectos de la socialización del derecho en cada una de las ramas del conocimiento jurídico. Sólo nos ocuparemos de la trascendencia que la *incidencia del fenómeno social* ha tenido dentro del derecho civil en general y del derecho civil mexicano en particular, porque precisamente el alcance de tal evento constituye la base para apreciar hasta *dónde existe el derecho de familia* como rama autónoma, tanto dentro del derecho patrio como en el de otros países.

IV. INFLUENCIA DEL FENOMENO SOCIALIZADOR EN EL DERECHO CIVIL

Nos hemos referido a la *manera como el individualismo se reflejó en el derecho*. El derecho privado, vale decir el derecho civil, era entendido tomando en sus conceptos literales la fórmula de Ulpiano “*privatum (Jus est)*”

quod ad singulorum utilitatem (spectat)",³⁰ pero las profundas transformaciones en el campo social a que ya hemos aludido antes, hubieron de encontrar eco en el derecho civil y de ahí la necesidad de imprimir un nuevo sentido a la legislación en esta materia que tenía que responder a "...las nuevas exigencias de la sociedad moderna, en la cual el centro de acción va poco a poco pasando de la unidad individual a la unidad social".³¹ Al decir de D'Aguanno esta tendencia ha sido sostenida valerosa y eficazmente por Gabba, Chironi, Filomusi-Guelfi, Salvioli, Gianturco, Cavagnari y otros notables civilistas y además se ha hecho visible en la Escuela Económica-Jurídica de Alemania.³²

Es importante apreciar como dentro de las nuevas tendencias del derecho civil, si bien no se prescinde de la orientación filosófica, si se toma básicamente en cuenta el fenómeno social en su realidad tangible. La creación de principios absolutos que resulta tan valiosa dentro de la filosofía jurídica, tiene que ceder frecuentemente en el campo legislativo a requerimientos de orden práctico, impuestos por factores sociales. De esta manera el derecho vigente trata ya no tanto de dar soluciones técnicas apegadas a cierta doctrina, sino de proporcionarlas de modo que los intereses de la sociedad queden garantizados.

Que el derecho civil se transforma es indudable, pero, preguntamos con D'Aguanno ¿cuál es la norma que debería presidir la reforma del derecho civil? Responde el autor citado que la idea de la *solidaridad*, complemento necesario de los principios de libertad y de igualdad, que aun realizados en su plenitud resultan insuficientes para asegurar la armónica cooperación en las sociedades modernas; este principio se lleva a efecto otorgando una más amplia protección al débil, debido a la integración de la persona en sus relaciones morales y económicas (lo cual modifica el concepto de libertad) y otorgando tratamiento desigual a los desiguales (lo cual revisa el concepto de igualdad).³³ Todo lo anterior, según el tratadista citado, conduce a romper con la idea tradicional de antagonismo entre el derecho público y el derecho privado, pues en su lugar hemos de ver cómo ambos órdenes armonizan y se complementan. Conviene recordar que René Savatier estima que se ha producido una interpenetración entre el derecho público y el derecho privado.³⁴ Esta idea nos parece justa; resulta, evidentemente, más acertada que la afirmación en el sentido de que el derecho privado está invadiendo al derecho público o bien su contrapartida, que el público se encuentra irrumpiendo dentro del privado; mejor es decir que hay una interpenetración de estos dos derechos.

La transformación que viene sufriendo el derecho civil, se ha proyectado

en múltiples sectores del mismo; baste señalar a título de ejemplo, la notoria nueva orientación en las siguientes materias: la patria potestad, que se transforma en una magistratura o función de los padres; la capacidad de la mujer, que es plenamente equiparada con la del hombre; la condición de los hijos *extramatrimoniales*, que alcanzan iguales derechos que los nacidos de matrimonio; la prestación de servicios, que ha dado lugar a una nueva rama del derecho, el derecho del trabajo; la propiedad, que se entiende ahora en función social; la responsabilidad, que se torna objetiva.

De todo lo anterior resulta que el derecho privado ya no es algo que sólo atañe a los intereses de los individuos singularmente considerados como postulaba la fórmula romana, interesa también al Estado en tanto que tales relaciones incumben al *grupo social*.

V. LA INFLUENCIA DE LA SOCIALIZACION DEL DERECHO EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO

La vigencia del código civil de 1884 se extendió hasta el primero de octubre de 1932, por lo que durante su prolongada existencia hubo de reflejar los numerosos cambios sociales operados. Esto se hace particularmente evidente tratándose del derecho de familia pues, como anota Pablo Macedo, en el derecho familiar “se extreman las tendencias directrices socialistas”.³⁵ En efecto, la parte del ordenamiento de 1884 referente a la familia fue íntegramente substituída por la Ley sobre Relaciones Familiares de 9 de abril de 1917.

La modificación a la legislación civil para imprimirle un sentido social, no debe contemplarse como un fenómeno de *partenogénesis*, surgido de súbita inspiración, sino como la culminación de procesos cuya gestación arranca de tiempo atrás. El Plan de Guadalupe, fechado el 26 de marzo de 1913 ya prometía la expedición, durante la lucha contra el usurpador, de medidas legislativas “. . . para dar satisfacción a las necesidades económicas, *sociales* y políticas del país”; intención que se reitera específicamente referida al derecho de familia, en el informe que la Primera Jefatura del Ejército Constitucionalista presentó al Congreso Constituyente y en el que se hace palpable el propósito de conferir a los consortes una especie de magistratura, pues se dice que es la sociedad la que, junto con la naturaleza, les encomienda el cargo de propagar la especie y fundar la familia. -O sea, los cónyuges al constituir la familia y procrear descendencia, cumplen, básicamente, una función social, una misión encomendada y vigilada por la sociedad.³⁶ Entre las reformas enunciadas en el Plan de Guadalupe, estaba previsto el

divorcio vincular y fue precisamente esta forma de disolución del matrimonio una de las primeras innovaciones llevadas a efecto.

Pero el gran caudal de reformas que el nuevo estado de cosas hacía necesario, planteó la urgencia ya no de modificar la legislación anterior, sino de elaborar un nuevo código civil. Así surgió el de 1928 caracterizado como *Código Privado Social* por sus propios autores y en el que se afirma categóricamente que la sociedad está interesada en las relaciones entre particulares, debiendo por ello el legislador tener en cuenta este interés, porque el derecho no puede prescindir nunca de su fase social.³⁷ (Aguilar y Derbez estiman que los autores del actual ordenamiento civil entendieron por código social "...un cuerpo de leyes que subordine los derechos individuales a los derechos sociales, sobre todo en los tres conceptos fundamentales de propiedad, libertad y responsabilidad").³⁸

La exposición de motivos del código en vigor patentiza la necesidad de una mejor distribución de la riqueza, de que se proteja a débiles e ignorantes y de que el Estado intervenga en las relaciones jurídico-económicas relegando a segundo término el principio de que la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos. El legislador de 1928 reaccionó violentamente contra la fórmula del liberalismo *laissez-faire, laissez-passer* por inoperante para resolver los actuales problemas, y en su lugar propone la de la solidaridad social; explica cómo el exceso de libertad ha producido la inicua explotación de las clases humildes, porque la declaración de que los hombres son iguales sólo tiene un valor teórico; así pues es necesario socializar el derecho a fin de crear un tipo de hombre más elevado, el hombre social. Una idea dominante en el pensamiento de los creadores de nuestro actual código civil, es la de precisar que el derecho no constituye un privilegio o un medio de dominación de una clase sobre otra. Afirma el legislador que si bien hay que respetar costumbres y tradiciones, esto no significa que no deba romperse con lo oprobioso o injusto, ni tampoco que no deban tomarse las medidas adecuadas para proteger y reivindicar a los débiles; no corresponde a la ley un papel pasivo, sino activo, de orientación para lograr las mejoras sociales.³⁹

Pero la idea fundamental del legislador no era realmente crear un código social, sino apenas atemperar el exceso de individualismo del código anterior: "El pensamiento capital que informa el Proyecto puede expresarse brevemente en los siguientes términos: Armonizar los intereses individuales con los sociales, corrigiendo el exceso de individualismo que impera en el Código Civil de 1884".⁴⁰ Para concluir cabe agregar que el aliento socializador que anima al Código Civil vigente, despunta claramente en algunos de sus pre-

ceptos, así la protección a las clases económicamente débiles se hace notable en sus artículos 17 y 21, y la solidaridad social aparece claramente en los artículos 840 y 2453; sin embargo, evidentemente es exagerado calificar de social al Código, apenas es un tímido intento, un balbuceo fallido de una gran idea.

De cualquier manera, después de pasar el tamiz social nuestro derecho civil no volvió a ser el mismo. La afirmación "el absolutismo de los derechos constituyó la regla general de nuestro derecho civil —como del derecho civil de otros países— durante el siglo pasado y los primeros años del presente"⁴¹ es cierta, y si bien muchos de los preceptos del Código Civil conservan la misma redacción que tuvieron en los ordenamientos anteriores, es obvio que su espíritu ha variado fundamentalmente.

VI. LA POLEMICA EN TORNO A LA AUTONOMIA DEL DERECHO DE FAMILIA

Sin entrar al debatido problema de definir al derecho familiar (del cual esperamos ocuparnos en diferente ocasión), aceptaremos para los fines prácticos de nuestro estudio la definición que de derecho familiar ofrece Bonnecase "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".⁴² La razón por la que aceptamos esta concepción, radica en que compendia los dos grandes campos que abarca esta disciplina, a saber, el de orden personal y el de orden patrimonial, corrigiendo el difundido error de no ver en el derecho familiar sino normas regidoras de relaciones estrictamente personales; además, a diferencia de otras definiciones no toma como punto de partida el *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, como afirma Lehmann⁴³ es un substitutivo de aquélla, pues se configura sobre el modelo de la patria potestad; esto último, aun tratándose de la tutela de mayores).

Ahora bien ¿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 de familia 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? Además, suponiendo autónomo al derecho de familia ¿debe integrar una rama del derecho social? Antes que nada, veamos como se gestó este tan especial debate.

De tiempo atrás se ha planteado el problema relativo a los cambios sufridos por el derecho familiar, pero la cuestión de su adecuada ubicación y posible independencia respecto del derecho civil, cobra especial relieve a partir de las ideas de Antonio Cicu, expuestas principalmente en dos muy trascendentes obras: *El Derecho de Familia Y La Filiación*.⁴⁴ Expresa el profesor de la Universidad de Bolonia⁴⁵ su disenso con la tradicional postura de incluir al derecho de familia como parte del derecho privado, pues a aquel derecho ya no pueden aplicarse los principios y conceptos jusprivatistas. Parte 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 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 absorbido por 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".⁴⁶ 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 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, por que el de éste es superior; en el individuo su interés es interés, no del individuo 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 avoca al estudio de la naturaleza de las relaciones de familia 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 cónyuges, nos percataremos que éstos 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 aquéllos.

¿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, continúa 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 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 trasmutarse en tripartición, creándose un tercer género en el que pudiera tener cabida el derecho familiar.⁴⁷

En 1961 la Casa Editorial Giuffrè, de Milán, publicó en italiano bajo el título *Successioni per Causa di Morte, una nueva obra de Cicu*, a la que debemos considerar como evidenciadora de las ideas que el afamado maestro italiano sostiene en años recientes. Al referirse a la posición que el derecho hereditario guarda dentro del derecho privado, afirma que aquél 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".⁴⁸ 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 que aquél, a diferencia de éste, está preordenado a un fin superior.⁴⁹

Las ideas de Cicu han recibido firme apoyo por parte de algún sector de la doctrina italiana, siendo notable el que le ha brindado De Ruggiero, para quien el derecho de familia tiene un carácter muy singular. Expresa que en tanto que los derechos reales y los de obligación 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, v.gr., 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, porque 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 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 transcendentales 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 substituído por el superior de la familia y sometido a la tutela jurídica. A 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, v.gr. no se permite contraer matrimonio mediante mandato;⁵⁰ b) No se permite limitar mediante términos y condiciones los efectos jurídicos de la declaración, p.ej., 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, así, 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 incitación a la autoridad, de modo que la relación se constituye por voluntad de esta última.

Todas estas particularidades destacan que el derecho de familia se aparta del derecho privado y se aproxima al público. No se puede decir, sin em-

bargo, que sea verdadero derecho público, *pero si que se separa del resto del derecho privado y constituye una rama autónoma*.⁵¹

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 más enérgica (la tutela es de 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”.⁵²

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”,⁵³ 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.

Un tratadista que prefiere mantenerse al margen de la controversia es Rotondi, pero afirma que si las relaciones de derecho público se entienden restrictivamente, es decir sólo aquéllas en 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 de derecho público todas las normas inderogables por los interesados, la mayoría de las que componen el derecho de familia deben considerarse pertenecientes a aquel derecho, por tener tal característica, que no indica sino la preocupación del Estado moderno por intervenir en la regulación de la organización familiar.⁵⁴

Hasta aquí la doctrina italiana. Pero, las ideas de Cicu han rebasado las fronteras de su patria y se han proyectado en otros países. Enrique Díaz de Guijarro se ocupa de la repercusión que las ideas de tan ilustre maestro han tenido, y señala que diversos escritores alemanes, sin referirse a Cicu enunciaron con posterioridad conceptos equivalentes: L. Dukow, E. Swoboda, Binder, Schmidt, Hedemann y Nipperdey quien afirmaba que el derecho de familia podía tener cabida en el derecho 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 de la voluntad privada.⁵⁵

Omite Díaz de Guijarro referirse a la muy interesante postura de Heinrich Lehmann, para quien “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".⁵⁶ 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 por 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 aun en menor escala, disposiciones pertenecientes al derecho público.⁵⁷

Como puede apreciarse, este autor recoge y da su propio sentido a las corrientes que consideran al derecho de familia substraído al derecho privado, pero no integrado al derecho público.

Conviene que hagamos breve referencia a la doctrina francesa sobre esta materia, doctrina que ha merecido escasa atención por los tratadistas de los demás países, debido probablemente a que no es muy profusa ni original. Empero, existen algunas posturas nada desdeñables.

Cierto antecedente encontramos en Planiol (aunque no puede decirse que influyó por Cicu, puesto que su obra es anterior) quien considera que dentro del derecho civil "...los derechos de familia ocupan un lugar especial a causa del fundamento que como fenómeno natural, más que jurídico, presenta la familia";⁵⁸ agrega que en la esfera correspondiente al derecho familiar es menos autónoma la voluntad que en el derecho de las obligaciones o en el 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".⁵⁹

Corresponde a Savatier puntualizar algunos aspectos muy importantes relativos a este tema. Explica que en tratándose de los actos del 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 extrapatrimonial. 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.⁶⁰

Bonnecase, sin entrar mayormente al estudio de esta cuestión considera al derecho de familia como "...parte del derecho civil".⁶¹

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 avocado al estudio del matrimonio, divorcio, patria potestad, etcétera, tratan separadamente a esas 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".⁶² La evolución de esta favorable tendencia, sin embargo, aún debe recorrer un prolongado camino antes de su plena consolidación.

Volvemos a referirnos a Díaz de Guijarro, quien hace el siguiente resumen de la doctrina española: Hernández Gil descarta sintéticamente la tesis de Cicu, 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.⁶³

También Díaz de Guijarro sintetiza la doctrina argentina sobre esta materia: 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. Como evento digno de tomarse en cuenta, el Congreso de Juristas celebrado en diciembre de 1951 en la Ciudad de Lima, tras ocuparse de la doctrina de Cicu, repudió la tripartición al declarar a propuesta de Díaz de Guijarro que "...el derecho de familia no integra el derecho público ni forma una rama autónoma, sino que integra el derecho privado y, dentro de éste, el derecho civil".⁶⁴

Para dar por terminada esta parte de nuestra exposición nos referiremos a la doctrina mexicana vertida sobre esta materia.

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 la rama del derecho a que pertenece, según el pensamiento tradicional, se encuentra situada en el campo del derecho privado".⁶⁵

Corresponde a Rojina Villegas enderezar vehemente crítica contra la doctrina de Cicu. Por su parte, externa que el derecho de familia "...pertenece por entero al derecho privado".⁶⁶ 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 actual que se hace del derecho de familia dentro del civil, pues ello 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".⁶⁷

Sin pronunciarse claramente Flores Barroeta, manifiesta su complacencia con las nuevas tendencias que ven en el derecho de familia, una rama del conocimiento jurídico que se aparta de los moldes tradicionales del derecho privado, para dar mayor intervención al Estado en las relaciones de índole familiar.⁶⁸

VII. NUESTRA TESIS SOBRE LA AUTONOMIA DEL DERECHO DE FAMILIA

¿Cuándo una 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”.⁶⁹

Si intentamos darle solución, debemos ante todo hacer un adecuado planteamiento del problema, pues de lo contrario corremos el riesgo de perdernos en divagaciones carentes de auténtica objetividad. Conviene partir de la idea de que sólo podrá lograrse un resultado científicamente válido, si se examinan cuidadosamente y de manera *objetiva* los datos que suministra la experiencia, aquilatándolos en su justa medida; tal proceder dará orden a una multitud de diversos factores, de modo que el resultado final aparezca como simple consecuencia lógica de las premisas sentadas.

Para lograr ese propósito, hemos de basarnos principalmente en lo que llamaremos *criterios de autonomía*. Guillermo Cabanellas, ocupándose no del derecho civil sino del laboral, al tratar e ítema relativo a si la rama de su especialidad puede considerarse como autónoma, estudia tal autonomía desde diversos aspectos; así habla de autonomía respecto al derecho civil, autonomía legislativa, autonomía científica, autonomía didáctica y autonomía jurisdiccional.⁷⁰ Nos proponemos aprovechar básicamente esta idea, sólo que replanteando la cuestión, así vamos a considerar que el problema a resolver es *la autonomía del derecho de familia respecto del derecho civil* (en caso de solución afirmativa examinaremos si ha de incluirse en el derecho privado, en el público o en un tercer género), y vamos a utilizar las otras *autonomías* de que nos habla Cabanellas como criterios de apreciación, a los que agregaremos dos más, que nos parecen indispensable complemento. Nuestro programa queda de la siguiente manera:

Problema a dilucidar: La autonomía del derecho de familia respecto del derecho civil.

Criterios para apreciar si tal autonomía se ha logrado:

1. Legislativo.
2. Científico.
3. Didáctico.
4. Jurisdiccional.
5. Institucional, y
6. Procesal.

I. *Criterio legislativo*

En opinión de Díaz de Guijarro “dos manifestaciones han aparecido durante el corriente siglo, en orden a la regulación legal de la familia: la inclusión de normas sobre la familia en las Constituciones Políticas de los Estados; y el sistema del derecho civil, con la autonomía de las reglas sobre la familia”.⁷¹ En efecto, numerosas constituciones modernas suelen incluir, en mayor o menor medida, disposiciones reguladoras del cuerpo familiar, como ejemplo de ello pueden citarse la Argentina (artículo 37 parte segunda); la de la República Federal Alemana (artículos 3 y 6); la de la República Democrática Alemana (artículos 7, 16, 18, 29, 30, 31, 32 y 33); la boliviana (artículos 14, 41, 131, 132, 133 y 134); la brasileña (artículos 163 y 164); la colombiana (artículos 25 y 50), etcétera.⁷²

Por otra parte, algunos países han reconocido plena independencia al derecho de familia en el campo legislativo, creándose *códigos de la familia*, tal ocurre en la U.R.S.S. (Código del Matrimonio, la Familia y la Tutela de la R.S.F.S.R. de 1918 y Nueva Legislación acerca de la Familia y la Maternidad de 1936), Yugoslavia (en 1946), Bulgaria (Ley sobre las Personas y la Familia de 1949), Checoslovaquia (en 1950) y Polonia (en 1966); suele mencionarse también la Ley Francesa de 29 de julio de 1939 (relativa a la familia y a la natalidad en Francia), que en opinión de los exégetas no merece el calificativo de código de la familia, pues no es suficientemente amplia. Otras naciones, sin elaborar códigos de la familia, han dictado medidas legislativas tendientes a tutelar la relación de los sexos y a proteger a los infantes del desamparo; todo ello con un claro espíritu moderno y humanitario. Así por ejemplo, el Congreso Peruano aprobó en enero de 1962 la Ley Número 13906 cuyo artículo 2 sanciona a cualquier hombre que abandona a una mujer soltera que ha concebido, penalidad que se agrava si la mujer aborta, comete infanticidio o se suicida.

En México estuvo vigente la Ley sobre Relaciones Familiares, expedida el 9 de abril de 1917 y comenzada a publicar en el Diario Oficial correspon-

diente 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 de 1884 relativa al derecho de familia. De esta manera, el derecho familiar había cobrado cierta autonomía en el campo legislativo (sería exagerado llamar código de familia al ordenamiento en cuestión), pero al advenimiento del Código Civil de 1928 dejó de regir, revertiéndose todas las materias de que trataba en dicho ordenamiento.

En algunos Estados de la República existen códigos de protección a la niñez, pero, como su nombre lo indica, sólo abarcan aspectos parciales de las relaciones familiares.

2. Criterio científico

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

Son numerosas las obras publicadas bajo el nombre preciso de *Derecho de Familia*, podrían citarse a guisa de ejemplo, las de Cicu, Stolfi, Gianturco, Consentini, Díaz de Guijarro, José Arias, Fueyo Laneri, Royo Martínez, Somarriva Undurraga, Prayones, Sa Pereira, Andrade Pires de Lima, Rodrigues Pereira, Irureta Goyena, Lehmann, etcétera. En ocasiones el nombre varía ligeramente, v.gr. Instituciones de la Familia (Rébora), Tratado de la Familia en el Derecho Civil Argentino (Pavón); o bien están dedicados a un aspecto particular, p. ej. El Derecho de Familia en la Legislación Comparada (Fernández Clérigo).

En México, al parecer, no existe ninguna obra titulada expresamente *Derecho de Familia*, sin embargo sí se conocen con esa denominación porciones de tratados generales de derecho civil. Rojina Villegas intitula *Derecho de Familia* al Tomo Segundo de su Derecho Civil Mexicano; Rafael de Pina llama *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 intitula la parte Tercera y final de las Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil, que se debe a Flores Barroeta.

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

3. *Criterio didáctico*

Las facultades de derecho del mundo, suelen incluir el estudio de las relaciones familiares dentro de los cursos de derecho civil que se imparten en sus aulas; así sucede, por ejemplo, en las universidades de Buenos Aires, Brasil, Chile, Guatemala, Nicaragua, Indias Occidentales, Venezuela, Tokio, Melbourne, etcétera, para citar algunas al azar. A esta regla general existen algunas excepciones v. gr., en el catálogo de la Universidad de Puerto Rico (que estará vigente hasta 1968) se lista un curso de derecho de familia distinto y contemporáneo al de derecho civil.

También en los países socialistas hay una marcada tendencia al estudio monográfico y separado del derecho de familia.

En nuestro país el *derecho de familia* constituye la parte IV del primer curso de derecho civil que se imparte en la licenciatura en derecho, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. De otro lado, conviene recordar que en los años de 1965, 1966 y principios de 1967, bajo la coordinación del señor doctor Fernando Flores García, se llevaron a cabo los cursos intensivos para la preparación de maestros especializados en derecho civil (Primer Curso), que tuvieron una duración de cuatro semestres (veintiuna materias en total), con asistencia diaria (de lunes a sábado, cinco horas cada día). En estos cursos se incluyeron, entre otras, las siguientes materias: *Instituciones del Derecho de Familia* (tres semestres), *Lineamientos del Derecho de Familia* (un semestre), *Instituciones Procesales relativas a las Personas y a la Familia* (un semestre), *Sociología de la Familia* (un semestre) y *Bases para la Unificación del Derecho de Familia en México* (un semestre).

4. *Criterio jurisdiccional*

La creación de tribunales especializados en materia familiar constituye actualmente, más que una realidad, un desideratum. Por desgracia son raros los países que tienen instaurados auténticos tribunales de familia. Recientemente nuestra vecina República de Guatemala ha dado un alentador ejemplo, pues mediante el Decreto-Ley Número 206 de fecha 7 de abril de 1964 (complementado por el Decreto-Ley Número 239 de 4 de julio de 1964), se establecieron los Tribunales de Familia con jurisdicción privativa para conocer de los asuntos y controversias, cualquiera que sea la cuantía, relacio-

nados con alimentos, paternidad y filiación, unión de hecho, patria potestad, tutela, adopción, protección al parto, divorcio y separación de los cónyuges, nulidad del matrimonio, cese de la unión de hecho, y patrimonio familiar; el Decreto a que nos referimos, fija también los procedimientos que han de seguirse en cada caso.

La autonomía jurisdiccional del derecho de familia en México es sólo parcial, pues no contamos con verdaderos tribunales de familia. Cuestiones básicas a la organización familiar se tramitan ante los juzgados civiles del fuero común, tal ocurre con la nulidad de matrimonio, el divorcio, etcétera. Sin embargo, debe recordarse la existencia de los Jueces Pupilares, que son competentes para conocer de los asuntos judiciales que afecten a la persona e intereses de los menores y demás incapacitados sujetos a tutela (artículo 70 de la Ley Orgánica de los Tribunales Comunes del Distrito y Territorios Federales); estos funcionarios sí llevan a cabo trámites que afectan directamente relaciones de tipo familiar. Finalmente, conviene mencionar a los Oficiales del Registro del Estado Civil, que siendo funcionarios administrativos, han sido dotados por el Código Civil (artículo 272) de atribuciones para intervenir en el llamado *divorcio administrativo*, mediante el cual, previa satisfacción de ciertos requisitos, se disuelve el vínculo matrimonial, con todas las consecuencias que ello implica.

5. *Criterio institucional*

Se refiere a la determinación de si la rama jurídica en cuestión, posee instituciones propias, distintas en particular de aquéllas pertenecientes a la disciplina de que pretende su autonomía. Conviene aclarar que no es preciso el que se trate de instituciones totalmente novedosas, sino que basta que a las ya conocidas se imprima un sentido y regulación tan especiales, que su nuevo espíritu y proyección resulten definitivamente incompatibles con los anteriores; por ejemplo tratándose del derecho laboral, el actual contrato de trabajo (la Ley Federal del Trabajo en su artículo 22 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, 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, 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 incidentales haciendo depender de su eventual acontecer la autonomía de una rama del

conocimiento jurídico, aquél se refiere al aspecto sustantivo, al contenido mismo de la disciplina en juicio. Es decir, no se queda en el examen periférico, sino 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 tiene 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 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 ingerencia, que por otra parte, tanto jurídica como filosóficamente es justificada; todo ello 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 precisos no han sido suficientemente definidos. Encontramos pues un cambio profundo de espíritu entre el derecho familiar tradicional y el nuevo, donde el Estado se arroga cada vez mayores funciones antiguamente encomendadas al grupo familiar: el Estado impone o vigila la educación de los hijos, a veces los alimenta o cuando menos, obliga a los padres a proporcionarles alimentos, en ocasiones los cuida aún durante todo el día (guarderías infantiles); tratándose de menores carentes de ascendientes, vigila la designación de los tutores y el cumplimiento de las obligaciones a cargo de éstos; sanciona, aun con prisión (artículo 336 del Código Penal), al cónyuge que abandone sin medios para subsistir a su esposa e hijos.

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 llevará a fortalecer estas conclusiones:

Contemplemos el acto básico a partir del cual se sustenta la organización familiar: el matrimonio. Se trata de un acto sui generis, que precisamente por su manera especial de ser, ha dado origen a numerosas tesis que pretenden explicar su naturaleza (esta controversia deriva precisamente de la moderna idea sobre lo que es, realmente, el matrimonio).⁷³ En nuestra legislación, la doctrina unánimemente estima que se trata de un acto jurídico solemne.⁷⁴ El hecho de que se le considere solemne, lo aparta totalmente del consensualismo que anima nuestro Código; agreguemos a esto la forma

tan especial como se constituye el consentimiento en el acto matrimonial, aquí no es el acuerdo de dos voluntades, sino de tres: las de los cónyuges y la del Estado personificado por el Oficial del Registro Civil.

Otro tanto puede decirse de la nulidad de 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.⁷⁵ En fin, a lo mínimo puede asegurarse 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 nulidades. Estamos pues, en presencia de una institución con perfiles propios que se aparta sensiblemente, en su regulación, de toda otra.

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

De todo lo anterior puede apreciarse que poco a poco las instituciones que integran el derecho de familia van cobrando una tendencia y originalidad propias, que se rigen por principios generales pero exclusivos de ellas, que están animadas de un idéntico e inconfundible espíritu y que giran en torno de un objeto (el grupo familiar) que no es materia de otra disciplina (al menos no desde el mismo ángulo). Tiene, en síntesis: *a*) Principios propios; *b*) Espíritu común y definido, y *c*) Objeto de conocimiento exclusivo. Basta esto para consagrar la autonomía institucional del derecho de familia.

6. Criterio procesal

¿Tiene la materia familiar procedimientos propios? No cabe duda que el derecho de familia tiene procedimientos particulares, si bien frecuentemente se tramitan ante tribunales que no conocen exclusivamente de cuestiones relativas al cuerpo familiar. Muchas veces, sin embargo, los procedimientos se asemejan (e incluso suelen usarse los mismos) a los de otro género de negocios, pero esto es inconveniente, de ahí la tendencia doctrinal a crear ciertos *principios en la reglamentación jurídica procesal familiar*, que permitan dar un tratamiento al grupo familiar que se adapte a su naturaleza y que no lo coloque en la misma situación que la correspondiente a las relaciones de orden patrimonial. Gelsi Bidart aconseja, refiriéndose a la regla-

mentación procesal de la familia, que "...habrá de ser relativamente limitada respetando al máximo el ser familiar y procurando, más que orientarla artificialmente, defender sus modalidades espontáneas".⁷⁶ Esto es justificado, pues las relaciones resultantes de la familia tienen un contenido esencialmente ético y natural que el derecho no puede ignorar; por eso es preciso que los procedimientos que se empleen en esta materia se afinen al máximo, pues no están en juego intereses únicamente económicos sino otros más altos, de jerarquía espiritual.

En México existen procedimientos específicos tratándose de divorcio voluntario (arts. 272, 273 y 275 del Cód. Civ. y 674 a 682 del C.P.C.), tutela y curatela (arts. 902 al 914 del C.P.C.), enajenación de bienes de menores e incapaces y transacción acerca de sus derechos (arts. 915 a 926 del C.P.C.), adopción (arts. 923 a 926 del C.P.C.) y emancipación (arts. 938 y 939 del C.P.C.); el divorcio necesario y la nulidad de matrimonio se tramitan en juicio ordinario; los juicios de alimentos, la calificación de impedimentos de matrimonio, la responsabilidad por incumplimiento de promesa matrimonial, la constitución del patrimonio de familia habiendo contienda, las diferencias que surjan entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposiciones de maridos, padres y tutores, y, en general, todas las cuestiones familiares que reclamen la intervención judicial, deben tramitarse sumariamente (art. 430 fracciones II, VI, VII y VIII).

VII. *Conclusión*

De todo lo expresado hasta ahora, pueden deducirse conclusiones bastante objetivas acerca de la autonomía del derecho de familia:

PRIMERA. Es imposible dar una solución unitaria al problema, pues dentro de cada legislación y realidad nacionales, varía la intensidad con que se dan los factores que sirven para apreciar si el derecho de familia ha alcanzado su autonomía.

SEGUNDA. Al parecer, en los países socialistas (que poseen códigos de la familia, doctrina específicamente referida al estudio de las relaciones familiares, que han imprimido un espíritu propio al derecho de familia y que cuentan con procedimientos y organismos estatales relacionados con esta materia que no se confunden con los que rigen otro género de relaciones) el derecho de familia es una rama autónoma.

TERCERA. En otros países, como el nuestro, el actual derecho de familia permanece aún integrando el civil. Tal y como se nos presenta es resultado

de la socialización que ha sufrido, en general, la ciencia jurídica. Debido a la naturaleza de las relaciones que rigen y al impostergable interés que el Estado tiene comprometido en el desarrollo del cuerpo familiar, el derecho de familia ha sido uno de los campos más fuertemente permeados por el fenómeno socializador.

La permanencia del derecho de familia dentro del civil (y con ello en el ámbito del privado), opera más bien por inercia que por la meditada intención de que así ocurra. Sustantivamente (institucionalmente) la rama jurídica de que nos ocupamos escapa a los principios jusprivatistas; su orientación teleológica no coincide con la del género jurídico donde se le ubica; este gravísimo rompimiento basta por sí solo para hacer dubitativa cualquier opinión; pero mientras no contemos con código, procedimientos, tribunales y enseñanza especializados, aún hemos de seguir viendo en el derecho familiar, un apéndice (caduco) del derecho civil.

CUARTA. Previsiblemente en un futuro no muy lejano, el derecho de familia alcanzará en nuestro medio su plena autonomía al dar cumplimiento a todos los factores que este proceso ha menester; entonces abandonará el derecho privado para convertirse en una rama del derecho social.

NOTAS

¹ El Código Napoleón (la más importante codificación de su época y a la que Napoleón Bonaparte ya investido como emperador desechó unir su nombre) fue proyectada por Tronchet, Bigot de Premeneu, Portalis y Maleville y discutida con la presencia activa de Bonaparte que presidía las sesiones del Consejo de Estado.

² MAZEAUD, Henri, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Primera Parte, volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1959. p. 72.

³ MAZEAUD, Henri, León y Jean. *Op. cit.*, p.72.

⁴ *Cfr.* GARCÍA MÁYNEZ Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa S. A. México, 1951, p. 324.

⁵ DUGUIT, León. *Las transformaciones del Derecho Privado desde el Código Napoleón*. Librería Española y Extranjera. Madrid, Segunda edición sin fecha, p. 21.

⁶ DUGUIT, León. *Op. cit.* p. 22.

⁷ MAZEAUD, Henri, León y Jean. *Op. cit.*, p. 74.

⁸ DUGUIT, León. *Op. cit.*, p. 24.

⁹ DUGUIT, León. *Op. cit.*, p. 26.

¹⁰ DUGUIT, León. *Op. cit.*, pp. 31, 32, 33, 34, 35, 36 y 37.

¹¹ FIX ZAMUDIO, Héctor. Expresado verbalmente en su conferencia del día 2 de diciembre de 1966, en el Curso "Derechos Humanos Subjetivos y su Protección Jurídica" que impartió al grupo de becarios en el Cuarto Semestre del programa para la preparación de profesores de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la UNAM.

¹² Cfr. WALINE Marcel. *L'individualisme et le Droit*. Montchrestien. París, 1949, p. 317. GRAÑIZO Martín y GONZÁLEZ R. Mariano. *Derecho Social*. Madrid, 1935, p. 9. Julián Bonneze. *La Noción de Derecho en Francia en el siglo XIX*. (Cit. por Guillermo CABANELLAS. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Editorial Bibliográfica Argentina — Empezada a publicar en 1954— Buenos Aires, p. 649).

¹³ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ. *Op. cit.*, p. 26.

¹⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El Derecho Social*. "Revista de la Facultad de Derecho de México", Núm. 59 julio-septiembre de 1965, México D. F., p. 633.

¹⁵ MENDIETA y NÚÑEZ, Lucio. *El Derecho Social*. Editorial Porrúa, S. A. México, D. F., 1953, p. 49

¹⁶ MENDIETA y NÚÑEZ, Lucio. *Op. cit.*, p. 54.

¹⁷ En este punto aceptamos el criterio de Héctor Fix Zamudio, expuesto en su conferencia de fecha 5 de diciembre de 1966 en el Curso aludido con anterioridad.

¹⁸ Decimos que con ciertas reservas, porque, al menos en México, el derecho burocrático constituye en mucho una unidad con el derecho laboral. FIX ZAMUDIO (cfr. *Panorama de los Derechos Procesal del Trabajo y Procesal Burocrático, en el Ordenamiento Mexicano*. "Revista Mexicana del Trabajo" Núm. 2 de junio de 1965, p. 27) explica que la situación de los servidores públicos no ha sido bien definida ni legislativa ni doctrinariamente, y si bien el criterio predominante y que recogió el Constituyente de 1917 —que no incluyó a los empleados públicos en el texto primitivo del artículo 123 Constitucional—, fue en el sentido de que la relación Estado-burócrata es de naturaleza administrativa, finalmente ha prevalecido legislativamente la idea de equiparar a los servidores estatales con los miembros de la clase trabajadora, como lo demuestra la expedición de la Ley Federal de los Trabajadores del Estado, promulgada el 27 de diciembre de 1963, que tan numerosos puntos de contacto tiene con la Ley Federal del Trabajo. De esta manera el derecho laboral y el derecho burocrático, no vendrían a ser ramas distintas del derecho, sino sólo disciplinas regidoras de dos aspectos o manifestaciones de un mismo contenido (la relación de trabajo) y de una misma clase (la asalariada).

¹⁹ Cfr. CABANELLAS, Guillermo. *Enciclopedia Jurídica Omeba* ya citada, p. 647.

²⁰ STAFFORINI, Eduardo R. *Panorama Actual del Derecho Social en Argentina*. "Revista de la Facultad de Derecho de México". Núm. 58 abril-junio de 1965 México D. F., p. 448.

²¹ KROTOSCHIN, Ernesto. *Tendencias Actuales del Derecho del Trabajo*. Editorial E.J.E.A., Buenos Aires, 1959. Tomado de: Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Primera Serie. Publicado por el Instituto de Derecho del Trabajo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Litoral, Santa Fe, República Argentina, 1962., pp. 7 a 25.

²² KROTOSCHIN, Ernesto. *Op. cit.*, pp. 14 y 15.

²³ MENDIETA y NÚÑEZ, Lucio. *Op. cit.*, p. 70.

²⁴ MENDIETA y NÚÑEZ, Lucio. *Op. cit.*, p. 73.

²⁵ DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*. Editorial Porrúa, S. A., México, D. F. 1954, p. 246.

²⁶ FIX ZAMUDIO, Héctor. *Líneamientos Fundamentales del Proceso Social Agrario en el Derecho Mexicano*. "Revista de la Facultad de Derecho de México", Núm. 52 octubre-diciembre de 1963. México, D. F., p. 899.

²⁷ CLIMENT BELTRÁN, Juan B. *Individualismo Jurídico y Derecho Social*. "Revista Mexicana del Trabajo". Núms. 11 y 12, noviembre-diciembre de 1965 México, D. F., p. 68.

²⁸ GONZÁLEZ DÍAZ LOMBARDO, Francisco. *Esquema de la Seguridad Social Mexicana*. "Revista Mexicana del Trabajo". Núm. 7 y 8 julio-agosto de 1964, México D. F., p. 53.

²⁹ CAMPILLO SÁINZ, José. *Derechos Fundamentales de la Persona Humana*. México, 1952, p. 47.

^{29'} CASTORENA, Jesús. *El Derecho Colectivo del Trabajo*. Ponencia presentada ante la Academia Mexicana del Derecho del Trabajo y de la Previsión Social. México, 1965. *El Derecho Social*. Conferencia sustentada en el Edificio de la Universidad. Ciudad Juárez, 1966.

^{29''} CHAVEZ P. DE VELÁZQUEZ, Martha. *El Derecho Agrario en México*. Editorial Porrúa S. A. Primera Edición, 1964, pp. 59 y 60.

³⁰ ULPIANO, D.I. 1.1.2.

³¹ D'AGUANNO, JOSÉ. *La reforma integral de la legislación civil*. La España Moderna, Madrid, sin fecha de edición. p. 14.

³² D'AGUANNO, JOSÉ. *Op. cit.*, p. 15.

³³ D'AGUANNO, JOSÉ. *Op. cit.*, pp. 159, 163 y 164.

³⁴ SAVATIER, René. *Du Droit Civil au Droit Public*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1945, p. 5.

³⁵ MACEDO, Pablo. *Evolución del derecho mexicano*. Editorial Jus, México, D. F., 1943, t. II, p. 87.

³⁶ El primero de los Considerandos de la Ley sobre Relaciones Familiares expresa: "que el informe que presentó esta Primera Jefatura del Ejército Constitucionalista al Congreso Constituyente, se expresó de una manera terminante que pronto se expedirían leyes para establecer la familia 'sobre bases más racionales y justas, que eleven a los consortes a la alta misión que la *sociedad* y la naturaleza ponen a su cargo, de propagar la especie y fundar la familia'."

³⁷ Exposición de Motivos del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, párrafos noveno y décimo.

³⁸ ACUILAR GUTIÉRREZ, ANTONIO, y DERBEZ MUÑOZ, JULIO. *Panorama de la Legislación Civil en México*. Imprenta Universitaria. México, 1960, p. 6.

³⁹ Exposición de Motivos del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, párrafos décimo a vigésimo.

⁴⁰ Exposición de Motivos del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, párrafo vigésimo sexto.

⁴¹ CAJIGA CAMACHO, JOSÉ MARÍA. *Ensayo sobre la Influencia del Derecho Social en el Derecho Civil Mexicano*. "Revista Mexicana del Trabajo", Núm. 2 junio de 1966, p. 43.

⁴² BONNECASE, JULIÁN. *La Filosofía del Código Napoleón aplicada al Derecho de Familia*. Editorial José Ma. Cajica Jr. Puebla, Pue., 1945, p. 33.

⁴³ LEHMANN, HEINRICH. *Derecho de familia*, vol. IV. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1953, p. 11.

⁴⁴ En el "Prefacio del autor a la edición española" de La Filiación, declara que los principios básicos que en su sentir gobiernan el 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.

⁴⁵ CICU, Antonio. *La filiación*. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid, 1930, p. 9.

⁴⁶ CICU, Antonio. *Op. cit.*, p. 11.

⁴⁷ CICU, Antonio. *Op. cit.*, p. 14.

⁴⁸ CICU, Antonio. *Derecho de Sucesiones*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Barcelona, 1964, p. 18.

⁴⁹ CICU, Antonio. *Derecho de Sucesiones*, citado., p. 18.

⁵⁰ En México sí está permitido contraer matrimonio a través de apoderado especial. Art. 102 del Código Civil.

⁵¹ RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones de Derecho civil*. vol. II. Editorial Reus, Madrid, 1931, pp. 657 a 667.

⁵² BARASSI, Lodovico. *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I. José Ma. Bosch, editor. Barcelona, 1955, p. 231.

⁵³ MESSINEO, Francisco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. t. III, p. 31.

⁵⁴ ROTONDI, Mario *Instituciones de Derecho privado*. Editorial Labor, S. A. Barcelona, 1953, p. 574.

⁵⁵ DÍAZ DE GULJARRO, Enrique. *Tratado de Derecho de familia*. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1953 p. 272.

⁵⁶ LEHMANN, Heinrich. *Op. cit.*, p. 12.

⁵⁷ LEHMANN, Heinrich. *Op. cit.*, pp. 13 a 16.

⁵⁸ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Tratado Práctico de Derecho civil Francés*, t. II. Cultural S. A. La Habana 1945, p. 11

⁵⁹ PLANIOL, Marcel. *Op. cit.*, p. 12.

⁶⁰ SAVATIER, René. *Op. cit.*, pp. 5, 15, 16, 20 y 23.

⁶¹ BONNECASE, Julián. *Elementos de Derecho civil*. Editorial José Ma. Cajica Jr. Puebla, Pue., 1945, p. 503.

⁶² MAZEAUD, Henri, León y Jean. *Op. cit.* Parte Primera, vol. III, p. 5.

⁶³ DÍAZ DE GULJARRO, Enrique. *Op. cit.*, p. 272.

⁶⁴ DÍAZ DE GULJARRO, Enrique. *Op. cit.*, p. 278.

⁶⁵ DE PINA, Rafael. *Elementos de Derecho Civil Mexicano*. Editorial Porrúa, S. A. México, 1960, p. 303.

⁶⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. t. II, vol. I. Antigua Librería Robredo. México D. F., 1959, p. 10.

⁶⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Op. cit.*, p. 12.

⁶⁸ FLORES BARROETA, Benjamín. *Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil*. Edición privada hecha con permiso del autor por la Universidad Iberoamericana. México, D. F., 1965, pp. 285 y 286.

⁶⁹ ROCCO, Hugo, citado por TRUEBA URBINA, Alberto. *Tratado teórico práctico de Derecho procesal del trabajo*. Editorial Porrúa S. A. México, D. F., 1965, p. 22.

⁷⁰ Cfr. CABANELLAS, Guillermo. *Enciclopedia Jurídica Omeba* ya citada, p. 691.

⁷¹ DÍAZ DE GULJARRO, Enrique. *Op. cit.*, p. 267.

⁷² Cfr. DÍAZ DE GULJARRO, Enrique. *Op. cit.*, p. 470.

⁷³ En su Tesis Doctoral, más tarde publicada como libro bajo el título de *Matrimonio por Comportamiento* (impreso en Editorial Stylo, México, 1955), el doctor Ortiz Urquidí señala la existencia de nueve tesis (pág. 53) que pretenden explicar la naturaleza jurídica del matrimonio. A nuestro modo de ver ninguna de ellas es satisfactoria, pues creemos que se trata de un acto especial, de derecho familiar.

⁷⁴ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Op. cit.*, pp. 301 y 305. FLORES BARROETA, Benjamín. *Op. cit.*, p. 331. DE PINA, Rafael. *Op. cit.*, p. 316.

⁷⁵ Cfr. PLANIOL, Marcel. *Op. cit.*, vol. II, pp. 188 y ss. CARBONIER, Jean. *Droit Civil*. Thémis-Presses Universitaires de France, París, 1960, p. 392. ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Op. cit.*, p. 335, etcétera.

⁷⁶ CELSI BIDART, Adolfo. *Enfoque procesal de la familia*. Editorial M.B.A. Montevideo, 1958, p. 5.