

### **3. DERECHO FAMILIAR**

#### **3.1. Concepto de derecho familiar.**

Antes de analizar el tema del derecho familiar, es necesario hacer lo propio con el objeto de conocimiento llamado “familia”, porque el derecho familiar gira única y exclusivamente en torno a la protección, tutela, subsistencia, estabilidad y conformación de aquella. Dicho de otra manera, la familia es la razón de ser y el motivo para el cual ha sido creado el conjunto de figuras e instituciones jurídicas que conforman el derecho familiar en cuanto rama del derecho positivo.

La familia es el grupo social primario sobre el que descansa la organización social, está conformada por un conjunto de las personas que se vinculan y enlazan en razón de la existencia de diversos tipos de relaciones, ya sea de naturaleza conyugal, de parentesco, u otras, como la adopción; ello con el objeto de conservar y transmitir a las generaciones venideras sus principios, valores, usos, costumbres, religión, educación, cultura, lenguaje, escritura, etcétera, generando con esto la conformación de una sociedad sólida que es común a sus integrantes. El concepto biológico de familia dice:

“(…) es la que se forma por la unión sexual de la pareja compuesta por un hombre y una mujer a través de la procreación, generando lazos de sangre; por lo tanto, deberá entenderse como el grupo constituido por la pareja primitiva y sus descendientes, sin limitación alguna.”<sup>1</sup>

Otra idea de familia es la que deriva de la religión –católica- que es explicada de la manera siguiente:

La familia es el lugar por excelencia, el más propicio e irremplazable para el reconocimiento y el desarrollo del ser personal en su camino hacia la plena dignidad. En ella da los primeros pasos del desarrollo humano. En ella se forja no sólo en un útero materno, sino también, como indica Santo Tomás, como en un « útero espiritual ». <sup>18</sup> En ese ámbito familiar y formativo es donde se inicia el

---

<sup>1</sup> BAQUEIRO ROJAS, Edgar y Rosalía Buenrostro Báez; Derecho de Familia; Oxford; México; 2005; p. 5.

proceso de la educación y la promoción del ser humano. El sujeto que no recibe esta primera promoción familiar queda muy debilitado para lograr la plenitud de lo humano a la que está llamado por su condición de persona. « *¡El futuro de la humanidad se fragua en la familia!*». Es por tanto en el tratamiento que los pueblos dan a la familia, en el reconocimiento de su valor fundamental e insustituible o por el contrario, en las formas variadas de descuido o de hostilidad y acoso que dificultan su misión, donde se fragua el futuro de la humanidad.<sup>2</sup>

Otro concepto de familia es el sociológico que se divide en dos: en el de familia mono parental y el de familia reconstituida. La primera es la compuesta únicamente por uno de los padres (padre o madre) y sus hijos, como es el caso de las madres o padres solteros, de los divorciados o viudos cuando no contraen nupcias o se unen en concubinato. La segunda, es el resultado de la unión (matrimonio y concubinato) de parejas en las que uno o ambos miembros, con anterioridad ya habían formado familia; un ejemplo: es la familia compuesta de padre y madre con hijos ya nacidos de uno y otro en virtud de otra unión.

Otro concepto sociológico de familia es el que aporta Anthony Giddens, para quien la familia es un grupo de personas directamente ligadas por nexos de parentesco, y cuyos miembros adultos asumen la responsabilidad del cuidado de los hijos. Es en base a lo anterior que desde esta perspectiva se hace referencia a la “familia nuclear” que consiste en dos adultos que viven juntos en un hogar con hijos propios o adoptados; y la “familia externa”, en la que además de la pareja casada y sus hijos, conviven parientes, bien en el mismo lugar, o a través de un contacto íntimo y de acción continua.

No debe dejarse a un lado, el fenómeno de transformación de la familia en las últimas décadas, el aumento de los divorcios, la disminución de la natalidad, el crecimiento de las familias mono parentales, la incorporación de la mujeres, la guerra, los avances en la identificación del ADN, fertilizaciones in vitro, sociedades de convivencia y los movimientos sociales, han originado que sea difícil saber

---

<sup>2</sup> Consultable en:  
[http://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/family/documents/rc\\_pc\\_family\\_doc\\_20001115\\_family-human-rights\\_sp.html](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/family/documents/rc_pc_family_doc_20001115_family-human-rights_sp.html)

quién es parte de una familia o incluso qué es una familia, dándose una separación entre el parentesco social y el parentesco biológico.

Es particularmente interesante la idea que sobre la familia tiene la Dra. Olga Sánchez Cordero, quien dice: (...) que, desde mi punto de vista, la familia es un proceso. Un proceso que tiene dos vertientes: la primera de ellas cronológica, pues a lo largo de la historia ha venido transformándose de manera notable. La familia es quizá una de las instituciones humanas que mayores transformaciones ha sufrido a lo largo del tiempo. De la familia patriarcal, numerosa y estable, en la que todavía muchos de nosotros pasamos nuestra vida, hemos pasado, en un casi violento contraste, a mayores casos de familia pequeña, escasamente estable y con pocos hijos o ninguno.

La segunda vertiente de este proceso que para mí es la familia, lo constituye un elemento al que, por nombrarlo de algún modo, quisiera llamar interno. Esta vertiente implica que ese proceso llamado familia, en la vida personal de quienes lo constituyen, sufre también constantes transformaciones, pero estas transformaciones inciden en el ámbito particular, en el feudo íntimo de cada miembro de la familia. Cada familia va transformándose de manera diferente y, en consecuencia, cada uno de sus miembros también. Ello con mucha seguridad se debe, en gran medida, a que precisamente el fundamento principal, la base del derecho de familia, es la persona.

Si se habla de la familia en el derecho hay que tener presente el contenido del artículo 4 que establece, que el hombre y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Esto hace que la familia sea un tema y una institución que esté protegida y sea parte de los derechos fundamentales.

Ingrid Brena señala diversos nichos de organización familiar que han trascendió en el derecho, siendo ellos los siguientes:

a) La reducción de la familia a la llamada familia nuclear, formada por la pareja y los hijos que conviven con ella, o ahora con la del cónyuge divorciado o madre soltera con hijos.

- b) Los poderes familiares están sometidos cada vez más a controles legales, por ejemplo: la patria potestad, la tutela.
- c) El pluralismo jurídico, derivado de la coexistencia de diversos modelos o sistemas de familia permitidos por el derecho.
- d) La participación del Estado en asuntos familiares es subsidiaria cuando los integrantes de la familia cumplen con sus deberes de protección y respeto que se deben entre ellos.

Finalmente hay un concepto jurídico de familia, en el derecho mexicano la noción jurídica de familia se deriva únicamente de la pareja, sus descendientes y ascendientes, y cuando descienden del mismo progenitor incluye a sus parientes colaterales hasta el cuarto grado. En base a estos, la familia se define como:

“(...) un grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes así como otras personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio o solo civiles a los que el ordenamiento legal impone deberes y otorga derechos jurídicos.”<sup>3</sup>

Con los contenidos precedentes se está en posibilidad de aportar una noción del Derecho Familiar, entendiéndose por tal, al:

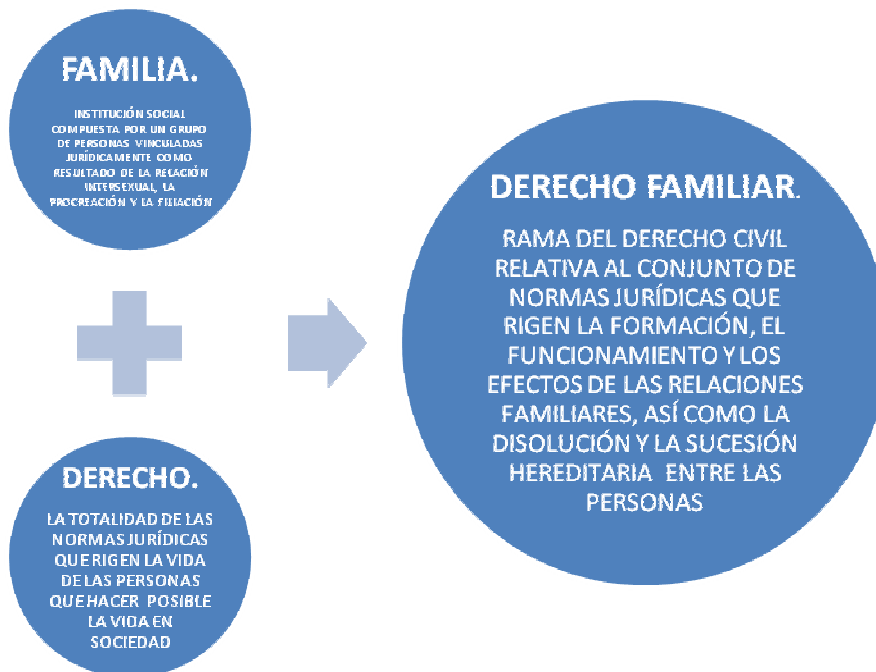
“(...) conjunto de instituciones jurídicas de orden personal y patrimonial que gobiernan la fundación, la estructura, la vida y disolución de la familia.”<sup>4</sup>

El siguiente cuadro ofrece una visión material de lo antes dicho:

---

<sup>3</sup> SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga; Persona, Derecho y Familia; [en línea]; Disponible en la World Wide Web: <http://www2.scjn.gob.mx/Ministros/oscgv/Conf/PERSONA%20DERECHO%20Y%20FAMILIA.pdf> Fecha de la consulta: 20 de Enero del 2009.

<sup>4</sup> Ídem.



5

### 3.2. Ubicación dentro de las ramas de derecho.

Para el análisis y tratamiento del tema hay que tomar como referencia una codificación de normas jurídicas de derecho civil que se encuentre vigente dentro del sistema jurídico mexicano, es así como en este documento se adopta el Código Civil del Distrito Federal en vigor debido a que es un producto legislativo que ha tenido constantes reformas y adiciones en materia de derecho familiar, lo cual hace que tenga una mayor riqueza de contenidos y figuras jurídicas, en comparación a los Códigos Civiles de las demás entidades federativas.

Desde el Derecho Romano, los juristas y doctrinarios han sido muy afectos a realizar divisiones y clasificaciones del derecho en general y, de las diferentes figuras jurídicas de naturaleza teórica o práctica, ello debido a que esta tarea facilita en gran medida el proceso de enseñanza aprendizaje del derecho.

Ya en tiempo del imperio romano el derecho fue dividido en dos grandes ramas: en derecho público y derecho privado.

<sup>5</sup> BAQUEIRO ROJAS, Edgar y Rosalía Buenrostro Báez; ob. cit.; p. 4.

La dogmática jurídica ha seguido esa tradición, sumando a las dos ramas del derecho mencionadas, una tercera, que se le denominó derecho social.<sup>6</sup> A su vez, el derecho ha sido clasificado en razón de la materia que regula queda una de sus ramas, es así como es posible explicar la existencia del Derecho Civil, del Derecho Penal, del Derecho Laboral, del Derecho Procesal, del Derecho Mercantil, del Derecho Constitucional, etcétera.

A su vez, cada una de estas ramas del Derecho han sido subdivididas a su interior en varias materias, que han sido catalogadas y denominadas como subclases de derecho, por ejemplo: en el caso del Derecho Civil, se habla de Derecho de las Obligaciones; Derecho de Sucesiones; Derecho Mercantil; el Derecho de Familia, etcétera.

Se expresó que uno de los motivos por el que se adoptaba el Código Civil del Distrito Federal era por sus recientes reformas, una de ellas trajo como resultado la incorporación al Código Civil de un título especial, que es el IV Bis, denominado “De la Familia”<sup>7</sup>. En él se ubican algunas de las disposiciones que se refieran a la familia, una de ellas le concede a las normas de derecho familiar la categoría de normas jurídicas *de orden público e interés social*, lo que, para muchos doctrinarios hace posible su separación del Derecho Privado.

De conformidad a la primera de las clasificaciones, el Derecho de Familia es considerando una de las partes más trascendentes del Derecho Privado. Esta corriente de opinión no es unánime, puesto que ciertos tratadistas piensan que debe de ser separado del Derecho Privado, aduciendo como razón que se trata de una rama del derecho público o del derecho social.

Las dos tendencias no son del todo acertadas, ya que una cosa es el interés público, que es una particularidad del Derecho Familiar, y otra muy distinta, es que las normas jurídicas que contiene el Derecho de Familia sean derecho público.

Por otra parte, hay que reconocer que el Derecho Familiar posee particularidades que lo hacen ser una rama imposible de encasillar dentro de los parámetros del Derecho Privado.

---

<sup>6</sup> Es oportuno señalar que la división del derecho en privado, público y social ha sido superada, en cuanto que se ha demostrado que las ramas del derecho no pueden ser circunscritas de forma exacta a cualquiera de esas tres clases de derecho. Sin embargo, para fines docentes se sigue utilizando, con la salvedad referida.

<sup>7</sup> Publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 25 de mayo de 2000.

El Derecho de Familia tiene como prioridad proteger el interés del individuo, pero no en su particularidad o individualidad, sino como un integrante de un grupo familiar. Tampoco las normas de Derecho Familiar se identifican con los fines que posee el Estado como órgano de organización social, jurídica y política de una sociedad, aunque aquellas no son ajenas a esos fines.

Una de las funciones eficaces del Estado es crear un marco jurídico normativo que ampare y organice a la familia, lo que hace a través del mantenimiento del orden moral, social, político y económico vigente en una sociedad. Sólo de esta manera será posible, que la familia como núcleo de la sociedad pueda tener la posibilidad de realizar sus fines y funciones.

El Derecho de Familia se identifica con el Derecho Público, porque el interés impuesto por la norma de Derecho Familiar es mayor al interés que se tiene sobre una persona desvinculada de su familia. El Estado interviene en muchos de los aspectos reguladores del derecho de familia a través de normas jurídicas, que se refieren en forma directa o indirecta a la familia, a la que protegen y promueven, lo que se explica con la importancia que tiene la familia para la sociedad y el Estado. De lo expuesto se llega a la conclusión, que el Derecho Familiar estrictamente hablando no puede ser patrimonio ni del Derecho Público, ni tampoco del Derecho Privado. Esto se comprueba con el análisis y estudio de cualquiera de las figuras jurídicas que son objeto de estudio y contenido del Derecho Familiar.

Sin embargo, hay que reconocer que el Derecho Familiar tiene mayor afinidad con el Derecho Privado que con el Derecho Público, puesto que está conformado por instituciones jurídicas que son elementales para la organización y regulación de las relaciones de naturaleza familiar, en las que la persona es el único miembro activo y constitutivo de la familia. Algunas de esas relaciones se derivan del parentesco (en sus tres modalidades: consanguíneo, por afinidad y civil); el matrimonio; el divorcio; el concubinato; la filiación; la adopción; la patria potestad y los alimentos.

“Artículo 138 Quáter. Las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia”<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Legislación Civil y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación; Código Civil para el Distrito Federal; ob. cit.

“Artículo 138 Quintus. Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato.”<sup>9</sup>

Por su parte, otros estudiosos del Derecho Familiar lo han querido ubicar dentro de la rama del llamado “Derecho Social”, ocupando un lugar al lado del derecho agrario y del derecho laboral. La tendencia carece de fundamento jurídico, porque para empezar todo Derecho es social; a esto hay que sumar, que el derecho agrario y laboral se encuentran fundados en la justicia social que es eminentemente de naturaleza económica, lo que no acontece con el Derecho Familiar.

De lo anterior se concluye, que el Derecho de Familia es una rama del derecho que por necesidad y realidad jurídica debe de ser considerada como “autónoma”, en cuanto que no pertenece totalmente al Derecho Privado, ni al Derecho Público, porque tiene y posee características de uno y otro.<sup>10</sup>

### **3.3. Partes en que se divide.**

El Derecho Familiar gira en relación a varias figuras jurídicas que constituyen su objeto de estudio y contenido, entre ellas las siguientes:

- I. Matrimonio. Requisitos para contraerlo; esponsales; derechos y obligaciones que nacen del matrimonio; el matrimonio en relación con los bienes; la sociedad conyugal; separación de bienes; donaciones antenuptiales; donaciones entre consortes; matrimonios lícito y nulos.
- II. El divorcio.
- III. El concubinato.
- IV. El parentesco.
- V. Los alimentos.
- VI. Violencia familiar.

---

<sup>9</sup> Ídem.

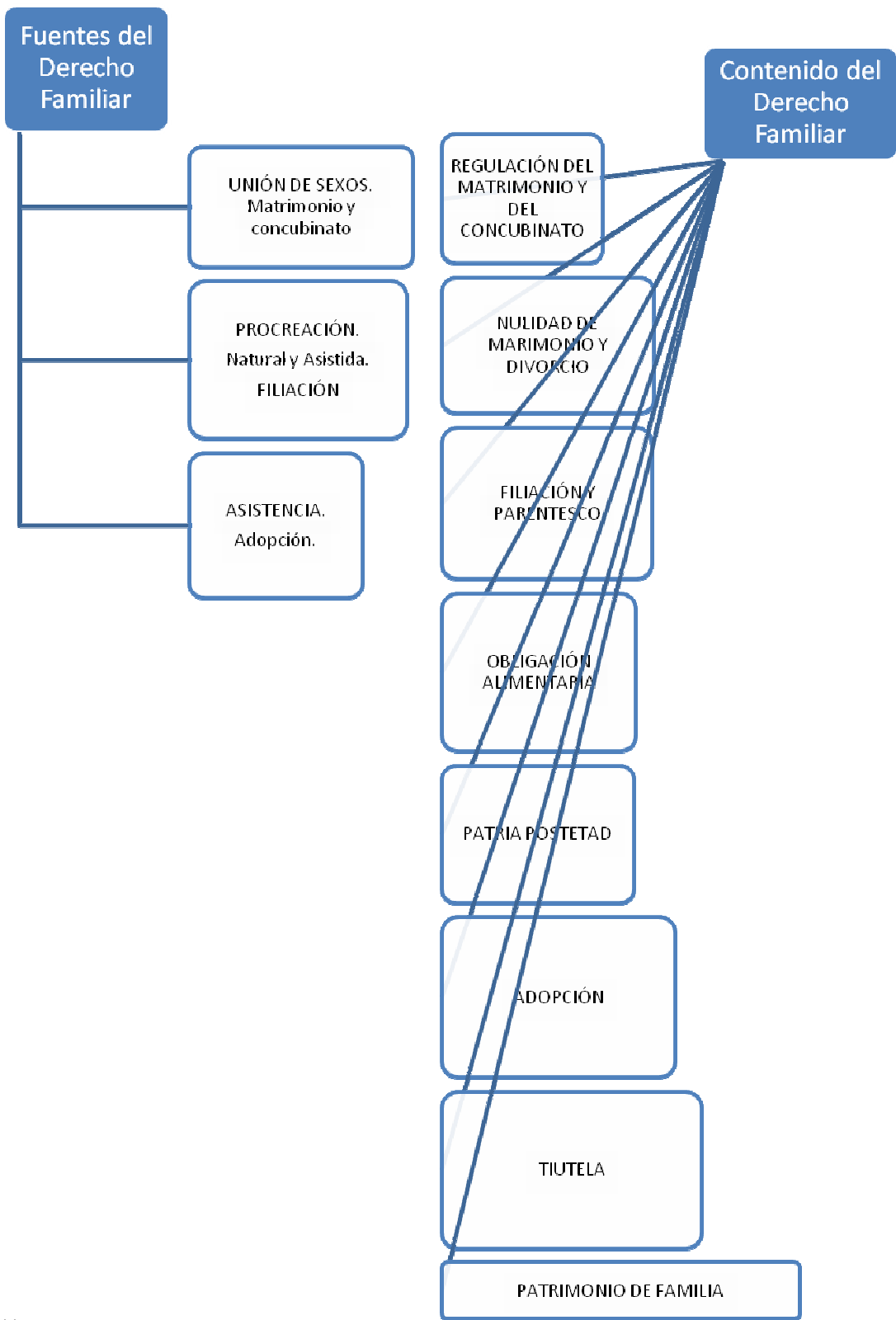
<sup>10</sup> Ver la opinión de Manuel F. Chávez Asencio, parte final del siguiente punto temático.



- VII. Filiación. Pruebas de la filiación.
- VIII. Reconocimiento de hijos.
- IX. Adopción. Efectos de la adopción; adopción internacional.
- X. Patria Potestad. Sus efectos respecto de la persona de los hijos; efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo; pérdida, suspensión, terminación y limitación de la patria potestad.
- XI. Tutela. Diversas clases de tutela; personas inhábiles para el desempeño de la tutela; excusas; garantías que debe de otorgar el tutor; desempeño de la tutela; cuentas y extinción de la tutela.
- XII. Curatela.
- XIII. Emancipación. Mayoría de edad.
- XIV. Ausencia e ignorados.

Cada uno de estos puntos temáticos son las diversas partes que conforman el Derecho Familiar mexicano, que están contenidos en diversas normas jurídicas, que en la actualidad forman parte del Código Civil, no habiendo a la fecha una codificación autónoma e independiente que regule y contenga al Derecho Familiar como una rama del Derecho Positivo vigente.

Otra idea vinculada a las partes que conforman el Derecho Familiar, es aquella que hace la distinción entre sus fuentes y su contenido. El cuadro sinóptico siguiente detalla cada una de sus fuentes y de sus contenidos.



<sup>11</sup> BAQUEIRO ROJAS, Edgar y Rosalía Buenrostro Báez; ob. cit.; p. 4.

### **3.4. Autonomía del derecho familiar.**

Los requisitos que se necesitan para que una parte del derecho adquiriera el carácter de independiente de sus demás ramas, son las siguientes:

- “a) Independencia doctrinal, en cuanto a que se impartan cursos y existan tratados específicos sobre la materia.
- b) Independencia legislativa, en tanto existan ordenamientos especiales para regularla (leyes y códigos).
- c) Independencia judicial, en lo que se refiere a la creación de tribunales propios, procedimientos especiales y jueces especializados dedicados exclusivamente a ella.”<sup>12</sup>

El Derecho de Familia tradicionalmente se ha considerado como una parte del Derecho Civil, aunque realmente sus contenidos y estructura normativa jurídica sobrepase la del Derecho Civil, porque las relaciones de familia no son susceptibles de ser reguladas en base a directrices normativas enfocadas al individuo en particular, ni tampoco tiene aplicación el principio de autonomía de la voluntad, que son características distinticas del Derecho Civil.

Es por ello, que con el correr de los años, en la doctrina se ha venido abriendo paso la idea de que el Derecho Familiar es una rama autónoma del Derecho. Tal estado de cosas se ve reflejado en la norma jurídica positiva vigente.

“Artículo 138 Ter. Las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad.”<sup>13</sup>

Es en base a esta naturaleza jurídica especial del Derecho Familiar, que en la actualidad, una cantidad considerable de sistemas jurídicos en el mundo han

---

<sup>12</sup> BAQUEIRO ROJAS, Edgar y Rosalía Buenrostro Báez; ob. cit.; p. 12.

<sup>13</sup> Ídem.

decidido materializar esa autonomía, algunos de esos países son: Marruecos y Argelia en África; en América, Bolivia, Cuba, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Panamá; en Europa, Polonia y Rusia, entre otros.

En México esa autonomía no ha alcanzado una materialización total, ya que no hay una codificación normativa que posea normas jurídicas exclusivamente de Derecho Familiar, sino que sólo hay varios Títulos dentro del Código Civil; en contraste con esto, en el ámbito de la administración de justicia, sí se han creado órganos jurisdiccionales especializados en Derecho Familiar, lo que representa un avance sustancial, aunque no suficiente.

En relación a la autonomía del Derecho Familiar, hay que dejar de mencionar la idea que sostiene Manuel F. Chávez Asencio, para quien el Derecho de Familia

“(…) no es autónomo, es especial pero esta característica no lo desprende del Derecho Civil. El Derecho se refiere al hombre, al hombre y mujer en sociedad. El Derecho es para el hombre y no éste para el Derecho. Estimo que no hay Derecho Autónomos sino un solo Derecho con materias especiales. No se puede seccionar al ser humano, al que debe verse en su conjunto para referirse a él desde distintos ángulos, que son variantes de una misma disciplina jurídica.”<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> CHÁVEZ ASENCIO, Manuel; La familia en el Derecho; Porrúa; 7ª edición; México; 2003; p. 174, 175.