

EL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO FAMILIAR MEXICANO

Julián GÜITRÓN FUENTEVILLA

SUMARIO: I. *Planteamiento general.* II. *Antecedentes del orden público en el derecho romano.* III. *Conceptos y definiciones de orden público.* IV. *Teorías del orden público.* V. *Orden público y derecho familiar.* VI. *Autonomía de la voluntad y derecho familiar.* VII. *Características del orden público en el derecho familiar mexicano.* VIII. *Vinculaciones del orden público con el derecho familiar mexicano.* IX. *Trascendencia de las nuevas normas de derecho familiar en México.* X. *Criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto al orden público en el derecho familiar mexicano.* XI. *Bibliografía.*

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Comúnmente la expresión orden público, involucra sucesos, disturbios, manifestaciones, marchas callejeras que yendo más allá de la esfera particular, originan, crean un caos o cuando menos, alteran las situaciones domésticas en relación a la ciudadanía; de ahí deriva la expresión de que no hay que alterar o perturbar el orden público. En estos elementos vamos a encontrar el concepto jurídico, que en realidad se entiende como un estado fundamental.

¿Qué es el orden público? ¿Cuáles son sus elementos? ¿Cuál es su origen? ¿Dónde surge? ¿Cuántas teorías existen? ¿Cuáles son sus características? ¿Cuál es la situación del orden público actualmente en el mundo? ¿Qué juristas han estudiado este concepto? ¿Cómo se aplica al derecho familiar mexicano? ¿Cuáles son sus lineamientos en el Código Civil de México, Distrito Federal de 2000? ¿Qué criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se han sostenido

en México? Con estas interrogantes, quisiéramos, junto con ustedes, iniciar una reflexión sobre este tema tan trascendente para el derecho familiar.

II. ANTECEDENTES DEL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO ROMANO

Es evidente que en Roma y en sus instituciones jurídicas, encontramos la dicotomía fundamental para el desarrollo de nuestra disciplina, es decir del derecho en general, fundado en dos supuestos; el derecho público y el derecho privado.

Es Ulpiano, quien en el *Digesto*, subraya la contraposición del *ius publicum* y *ius privatum*. En su definición “*Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*”.¹ Si bien ese concepto ha sido hartamente discutido, el propio Ulpiano, considera que el primero, se refiere a las normas de la organización del *populus* en el Estado romano y el segundo, a las que están dirigidas a regular las relaciones entre particulares. Para algunos pensadores, el aporte de Ulpiano ha sido manipulado, sobre todo basado en ideas modernas; sin embargo, debe considerarse que: “las normas establecidas en interés público sirven también a los particulares y que, por otra parte, en un ordenamiento jurídico no se pueden concebir normas en interés de los particulares que no sean a la vez útiles a la colectividad”.²

Los principios referidos para diferenciar el público del privado, sostienen que *ius publicum privatorum pactis mutare non potest*, esto, que surge en varias obras jurídicas romanas, significa que los particulares, en relación privada, a pesar de sus acuerdos “no pueden cambiar las normas jurídicas promulgadas por los órganos del Estado”.³

En cuanto al derecho privado, también derivado del *Digesto*, en el libro L, título 17, Ley 45 núm. 1, se afirma que: “*Privatorum conventio jure publicum non derogat*”.⁴ Los convenios privados no pueden derogar el derecho público. Esta hipótesis la encontramos recogida en el *Código Napoleón*, que en realidad es la primera legislación de derecho positivo, promulgada en el mundo, después de la romana, que incluyó en su texto

¹ Volterra, Eduardo, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, reimpr. Civitas, 1991, p. 68.

² *Idem.*

³ *Idem.*

⁴ *Idem.*

disposiciones relativas al orden público, como limitación a los intereses individuales; podríamos decir que esta aportación hace que surja la teoría clásica del orden público, debida a Jean Etienne Marie Portalis, quien en el proyecto del código citado, en el artículo 8o. que después se convierte en el 6o., destaca aquel principio romano “*on ne peut déroguer par des-conventions particulierés aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes moeurs*”; no se pueden derogar por convenciones particulares, las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres.

El Código Napoleón o Código Civil de los franceses de 1804, respecto al orden público no sólo en el derecho familiar sino en el derecho civil en general, plantea en los artículos 6o., 686, 791, 900, 1130, 1133, 1172, 1387, 1388, 1443 y 1451, que las convenciones particulares, los convenios privados, individuales, no pueden derogar las leyes que interesan tanto al orden público cuanto a las buenas costumbres; en este sentido, el artículo 6o. expresamente dice que: “No se puede derogar, por convenciones particulares a las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres”.⁵

En la materia de servidumbres impuestas por el hombre, el artículo 686 del código en comento, destaca que las partes pueden pactar lo que quieran, siempre y cuando no vayan contra las normas de orden público; por otro lado, en materia sucesoria el 791 ordena que no se puede renunciar a la sucesión, ni siquiera por contrato de matrimonio, si el hombre está vivo, ni tampoco enajenar los derechos eventuales que pudiera tener en la misma, en el 900, respecto a la donación entre vivos, encontramos que las condiciones imposibles se tienen por no puestas si son o van contra las leyes de orden público o las buenas costumbres; en el 1130, en materia de contratos y obligaciones, la ley por cuestión de orden público, prohíbe la renuncia a una sucesión no abierta y tampoco permite que se pueda estipular sobre una parte de ella, aun consintiéndolo las personas de cuya sucesión se trate. Por otro lado, en cuanto a la teoría de la causa, el artículo 1133, dispone que la misma es ilícita cuando está prohibido por la ley o es contraria a las buenas costumbres o al orden público; en cuanto a las obligaciones condicionales, también el código napoleónico destaca que las condiciones respecto a una cosa imposible o contra las buenas costumbres o prohibido por la ley, es nula y obviamente produce la nulidad de la convención de

⁵ *Code Civil 2001*, Mise à jour par André Lucas, París, Editions Litec, 2001, p. 86.

que depende. En el aspecto del derecho familiar, específicamente en la sociedad conyugal, la ley señala que ésta se puede dar por concluida, si va contra las buenas costumbres o la ley; es decir, requiere esa voluntad siempre la sanción legal; en el artículo 1388 relacionado al matrimonio, prohíbe a los esposos derogar los deberes o derechos derivados del matrimonio; tampoco pueden modificar las reglas de la autoridad parental, de la administración legal y de la tutela. Más adelante en el 1443, respecto a los regímenes matrimoniales, destaca la posibilidad de disolverlo, si hay causas de negligencia de uno u otro, sin embargo, hacerlo por decisión voluntaria, origina la nulidad y finalmente, al hablar de cosa juzgada en convenios entre cónyuges, sólo en esa hipótesis se pueden ejercer convenios derivados del divorcio; en otras palabras, mientras esté en trámite y no tenga fuerza ejecutoriada la sentencia, es nulo cualquier convenio entre los cónyuges.⁶

Es importante hacer esta referencia en el derecho civil francés, concretamente en el Código Napoleón, por la gran influencia que éste ha tenido en diversos países y en el caso concreto de México, que ha seguido puntualmente todas sus normas. Por ello, resalta y debemos subrayar y atraer la atención respecto a esta nueva aportación del legislador de México, Distrito Federal, en el que reiteradamente hemos señalado, el orden público es la norma fundamental que regula el derecho familiar.

Llevando esto al punto central de nuestro trabajo, en relación al orden público en el derecho familiar mexicano, encontramos que expresamente, el Código Civil de México, Distrito Federal de 2000, ha agregado a su sistemática el Título Cuarto Bis, denominado “De la familia”. Por decreto publicado en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal del 25 de mayo de 2000, vigente desde el 1o. de junio del mismo año, en su Capítulo Único, menciona el orden público; textualmente el 138 ter ordena: “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”.⁷ Más adelante ampliaremos estos conceptos para determinar

⁶ *Op. cit.*, nota 5, pp. 246 y ss.

⁷ Güitrón Fuentevilla, Julián y Roig Canal, Susana, *Nuevo derecho familiar en el Código Civil de México, Distrito Federal del año 2000*, México, Porrúa, 2003, p. 65.

los fundamentos jurídicos para hacer efectivo el orden público; su concepto, sus consecuencias e incidencias en la familia mexicana.

Es trascendente el concepto, producto de una acuciosa investigación que sobre las aportaciones de Ulpiano, hace Guillermo Floris Margadant, quien fuera catedrático de derecho romano y profesor emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México, quien ahondando en el concepto de derecho público y privado, sostiene que el derecho público se refiere a la República; el privado a los particulares.⁸

Para Alfredo di Pietro y Ángel Enrique Lapieza Elli, en relación al tema en cuestión, expresan que el derecho público tenía en cuenta, según su fuente, el derecho que era creado por el Estado, incluso se habla de la *lex publica*, es decir, el Senado Consulto o la Constitución Imperial y se afirma que en la época republicana, fue sinónimo de *ius legitimun* y atendiendo a su objeto, el derecho público, es la manera de ser de la organización del pueblo romano; ahonda en el concepto de *ius privatum*, diciendo que éste se refiere al interés de los particulares y que tiene tres partes, el *ius civile*, el *gentium* y el *naturale*.⁹

Resulta interesante, en los aspectos procesales relacionados con el derecho privado y el público, que el orden de los juicios privados, es un conjunto de reglas, “a que deben someterse los juicios civiles y que integra la total reglamentación de los procedimientos de las *legis actiones* y *performulam*, regulando las formas procesales, circunstancias de tiempo y lugar, atribuciones y competencias”;¹⁰ y respecto a las cuestiones de derecho público, sus juicios se rigen por las normas de éstos, incluidos los juicios criminales, “en sus diversas fases y etapas procesales”.¹¹

En relación a nuestro tema, en la investigación realizada, en una de las obras magistrales sobre la materia, quien fuera catedrático de derecho romano en la Universidad de Madrid, Juan Iglesias, cita algunas cuestiones de derecho familiar, relacionadas con las diferentes fases del derecho romano. Ubica su investigación del siglo VIII a. C. hasta el VI d. C. Aquí habla de diferentes conceptos, de las tres fases de la

⁸ Margadant S., Guillermo Floris, *El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 19a. ed., México, Esfinge, 1993, p. 102.

⁹ Di Pietro, Alfredo y Lapieza Elli, Ángel Enrique, *Manual de derecho romano*, 4a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 11.

¹⁰ Gutiérrez-Alvis Z. y Armario, Faustino, *Diccionario de derecho romano*, Madrid, Reus, 1995, p. 507.

¹¹ *Loc. cit.*, nota 10.

evolución del derecho romano, subrayando “la del *ius civile*, la del *ius gentium* y la del derecho heleno-romano, romeo o bizantino”;¹² en cuanto a la actividad que va desarrollando el *ius civile*, opina que: “el derecho de familia sigue inspirándose en los originarios principios de carácter político. El pater familias ejerce un poder absoluto sobre las personas y las cosas a él sometidas. La herencia, aun cuando sirviendo a nuevas funciones de derecho patrimonial, mantiene vivos algunos rasgos que denuncian su primigenia finalidad. La propiedad se halla dividida entre los jefes de las familias, de acuerdo con las necesidades de la economía agrícola”.¹³

Reafirmando la trascendencia del derecho privado romano, Fritz Schulz, sostiene y coincidimos con él, en que este derecho: “tiene una larga historia que se extiende desde las Doce Tablas (siglos V o IV a. C.) por toda la antigüedad hasta la época de Justiniano (siglo VI d. C.), y aun durante la Edad Media, en la Europa Oriental y Occidental, hasta nuestros tiempos. El derecho romano está hoy aún vivo y por tanto, su historia no ha terminado”.¹⁴ Es indiscutible que el derecho romano fue, es y seguirá siendo fundamental para el desarrollo de todas las instituciones de derecho; la evolución de esta disciplina desde esa época, sigue dando frutos y hoy, específicamente en México, que ha seguido como tantos otros, al *Código Napoleón*, encontramos aportaciones positivas a favor de la familia, en sentido contrario a la tradición; es decir, ya no es la autonomía de la voluntad, no es el interés individual o particular, el que campea o rige a la familia. En México, desde 2000, todas las normas relacionadas con la familia son de orden público. Incluso, expresamente se desataca que: “las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia. Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato. Es deber de los miembros de la familia observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares”.¹⁵

¹² Iglesias, Juan, *Derecho romano, instituciones de derecho privado*, 5a. ed., Barcelona, España, Ariel, 1958, p. 41.

¹³ *Loc. cit.*, nota 12.

¹⁴ Schulz, Fritz, *Derecho romano clásico*, trad. de Santacruz Teijeiro, José, Barcelona, España, Bosch, 1960, p. 1.

¹⁵ Güitrón Fuentevilla, Julián y Roig Canal, Susana, *loc. cit.*, nota 7.

Es interesante citar la opinión de Federico Carlos de Savigny, expresada en su obra *Sistema de derecho romano actual*, que siguiendo la Ley 38 del Título 14 del Libro II del *Digesto*, sostiene que en realidad eran expresiones sinónimas el *jus publicum* y el *jus commune*, haciendo referencia a las reglas imperativas que eran invariables y necesarias para regular determinados actos jurídicos u omisiones “sin admitir su eventual derogación por la voluntad privada”.¹⁶ En el mismo sentido, en el derecho alemán, Enneccerus, sostiene que los romanos denominaban *jus publicum* al derecho necesariamente imperativo o prohibitivo, en razón de lo cual, puede interpretarse que no solamente se refería a lo que hoy se entiende por derecho público sino a todo el derecho forzoso, es decir, inderogable. Por lo que hace a Florencio García Goyena, en su obra *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, al referirse a este tema, sostiene que esa ley, la 38 romana, que contiene la expresión *jus publicum*, posee un significado mayor que el orden público, al que se ha hecho mención en el Código Civil francés.¹⁷

Para otros autores, el orden público es imprescindible para el funcionamiento de la sociedad; en él deben consagrarse ideas sociales, políticas y morales, consideradas fundamentales por el legislador; igualmente, hay quienes afirman, como Marcel Planiol, que el orden público y sus leyes, están basadas en el interés general de la sociedad, que es contrario a los fines perseguidos por el interés individual. Para Georges Ripert, el orden público es: “la existencia de un interés superior de la colectividad que se opone en extensión a las convenciones particulares”.¹⁸ Para Rolando Tamayo y Salmorán, catedrático, autor, filósofo del derecho y profesor emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México, “el orden público designa el estado de coexistencia pacífica entre los miembros de una comunidad. Esta idea está asociada con la noción de paz pública, objetivo específico de las medidas de gobierno y policía (Bernard). En un sentido técnico, la dogmática jurídica con orden público se refiere al conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad; principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas ni por la voluntad de los individuos (no está

¹⁶ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Argentina, Bibliográfica Omeba, 1964, t. XXI, p. 57.

¹⁷ *Loc. cit.*, nota 16.

¹⁸ *Ibidem*, nota 16, p. 58.

bajo el imperio de la autonomía de la voluntad) ni por la aplicación de derecho extranjero”.¹⁹

La noción de orden público propio de la dogmática civil, no se deja encerrar dentro de una enumeración. El orden público es un mecanismo a través del cual, el Estado impide que ciertos actos particulares afecten los intereses fundamentales de la sociedad.

III. CONCEPTOS Y DEFINICIONES DE ORDEN PÚBLICO

Para Juan Palomar de Miguel, el orden público es la “situación y estado de legalidad normal en que las autoridades ejercen sus atribuciones propias y los ciudadanos las respetan y obedecen sin protestar”.²⁰ Para Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, es el

estado o situación social derivada del respeto a la legalidad establecida por el legislador.

Cuando se dice que tal o cual ley es de orden público, se ignora o se olvida que todas las leyes lo son, porque todas ellas tienen como fin principal el mantenimiento de la paz con justicia, que persigue el derecho. El orden público se perturba cuando el derecho no es respetado. Por eso pudo decir Benito Juárez: “El respeto al derecho ajeno es la paz”.

La tranquilidad pública se suele confundir con el orden público, pero en realidad, la tranquilidad pública no es otra cosa que uno de los efectos que produce el orden público.²¹

Para nosotros, el orden público tiene una función normativa estricta, que restringe la libertad individual, considerando la importancia y las funciones sociales de cada institución regulada. Tiene un sentido de equidad, que rebasa los intereses particulares, privados, individuales, porque en realidad, el orden público, representa el núcleo íntegro de la sociedad, vinculado al futuro para lograr un ideal de justicia; en ese sentido, el orden público en el derecho familiar mexicano, está plenamente justificado, porque está dirigido a la protección de la familia, sus miembros y todos los vínculos y relaciones derivados del mismo.

¹⁹ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Diccionario jurídico mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1984, t. VI, L-O, pp. 317 y 318.

²⁰ Palomar de Miguel, Juan, *Diccionario para juristas*, México, Porrúa, 2000, t. II, J-Z, p. 1093.

²¹ Pina, Rafael de y Pina Vara, Rafael de, *Diccionario de derecho*, 27a. ed., México, Porrúa, 1999, p. 391.

En el Código Civil argentino vigente, existen leyes complementarias, relacionadas al orden público que incluyen la capacidad de las personas, las relaciones familiares, la validez de actos jurídicos, de determinados contratos, los derechos reales, los privilegios en la concurrencia de derechos, la sucesión, la nulidad, la prescripción y otras instituciones.²²

Hay elementos fundamentales para el concepto de orden público; principios constitucionales cuyo común denominador es garantizar la convivencia de las personas, de las instituciones, de las familias, incluso en cuanto al imperio de la ley, hay un acuerdo de los miembros de la sociedad, que implica “la sumisión de todos los ciudadanos, tanto gobernantes como gobernados, a un orden jurídico determinado, siendo esta sumisión presupuesto necesario para que pueda concebirse una vida colectiva organizada y pacífica”;²³ este concepto llevado al derecho familiar, tiene una aplicación total, porque quienes integran una familia, deben someterse a ese ordenamiento, para tener una seguridad y una garantía de que dentro de la familia y sus instituciones todos vamos a cumplir con lo que la ley establece.

Esta sumisión a la ley como criterio básico de convivencia integrado en el concepto de orden público debe entenderse en el sentido de excluir la insumisión expresa, violenta o no, a los mandatos legales, siendo esta insumisión la que genera una violación del orden público, no la mera resistencia pasiva, el incumplimiento y demás infracciones legales que merecen otra normal respuesta jurídica, pero no un tratamiento en concepto de ruptura abierta del orden público como criterio básico de convivencia.²⁴

Llama la atención en esta investigación, las escasas referencias del derecho familiar mexicano, respecto al orden público. Hemos encontrado diversas menciones, específicamente en el derecho público, constitucional y administrativo. En cuanto al privado o civil, hay excepciones en relación a la materia de contratos, y en la nulidad de ciertos actos o contratos, cuando su contenido va en contra de las normas de orden público; pero no en la extensión o claridad en el derecho

²² *Enciclopedia Jurídica Omeba, cit.*, nota 16, p. 61.

²³ *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, España, Francisco Seix, 1986, t. XVIII, p. 509.

²⁴ *Loc. cit.*, nota 23.

familiar mexicano, que desde 2000 tiene como fundamento el orden público; entendido éste en los términos y definiciones expuestas anteriormente.

IV. TEORÍAS DEL ORDEN PÚBLICO

Existen teorías como la clásica, la descriptiva, la conceptual, la del elemento concreto, la de nociones del orden público, la de la ley imperativa, y la de la suplantación; en ellas hay factores comunes; la primera, deriva del derecho romano, tema al que ya nos referimos, en cuanto a la división del derecho público y el derecho privado. El corolario de esta teoría, es dar mayor fuerza jurídica al Estado, respecto a los particulares; es indiscutible que ésta “marcó la pauta para establecer la superioridad del bienestar colectivo sobre el particular”.²⁵

En la descriptiva, se narra su contenido, sólo se citan sus características. En la conceptual, cada quien diseña uno personal de orden público, se parte de argumentos para sistematizar su contenido. Otra teoría, la del elemento concreto, pretende fundarse en cuestiones económicas de derecho privado que no se alcanzan en el público. Ésta se refiere al ámbito administrativo, a la seguridad social y a la paz pública. Por otro lado están las teorías de la noción del orden público, antagónicas entre sí. Para éstas, el orden público está vinculado con la paz y la tranquilidad. En la de la ley imperativa, se parte del principio de que todas lo son, incluso algunas que se refieren a la autonomía de la voluntad. Para el gran jurista mexicano y profesor emérito de la UNAM, Ignacio Burgoa Orihuela, la imperatividad “es uno de los elementos esenciales del acto de autoridad derivado de la unilateralidad del mismo y causa de su coercitividad”.²⁶ Es importante decir que el elemento de la ley en cuanto a la imperatividad, que se impone de manera unilateral, le da su sentido coercitivo y estos elementos se han llevado al derecho familiar, para darle su jerarquía de orden público; no se deja ya a la autonomía de la voluntad o al interés particular el cumplimiento

²⁵ Fuentes Medina, Gerardo, *Tesis del orden público en el derecho familiar*, p. 95.

²⁶ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Diccionario de derecho constitucional, garantías y amparo*, 5a. ed., México, Porrúa, 1997, p. 222.

de los deberes, los mandatos y las obligaciones que son fundamentales en el derecho familiar. Este pensamiento se sintetiza entendiendo por

deber jurídico la necesidad para aquéllos a quienes va dirigida una norma de derecho positivo —la familia— de prestar voluntario acatamiento, adaptando a ella su conducta, en obediencia a un mandato —orden público— que en el caso de incumplimiento, puede ser hecho positivo mediante la coacción.²⁷

El orden público, como mandato de la autoridad, exige el cumplimiento estricto y normativo, de las leyes que lo regulan.

Para las teorías de la suplantación, el orden público no puede ser sistematizado ni organizado. Hay inconvenientes que corresponden a su contenido y no a su denominación. De cualquier manera, estas diferentes expresiones teóricas, no son suficientes para dar el contenido de orden público, al derecho familiar. Por ello, hemos concentrado nuestra investigación en las influencias que ha tenido en México el orden público, un concepto aplicado en un lugar y espacio determinados, como está ocurriendo en el Código Civil de México, Distrito Federal de 2000, que desde entonces ordena y determina que todo lo relacionado a la familia y su organización, esas normas, su naturaleza jurídica son de orden público, cuyas características son imponer ese conjunto de normas que los demás y en el caso concreto de la familia y sus miembros, deben aceptar sin protestar.

V. ORDEN PÚBLICO Y DERECHO FAMILIAR

El jurista español, Diego Espín Cánovas, aporta elementos fundamentales sobre todo en el derecho familiar español, para considerar el cambio que éste ha tenido y que son referidos al orden público. Los cambios en el matrimonio, su celebración y disolución, las relaciones conyugales, la filiación y otras instituciones, originan:

un cambio fundamental respecto a la orientación hasta ahora vigente. Así el matrimonio civil, no podrá depender de ninguna declaración de aconfesionalidad, las relaciones entre cónyuges habían de fundarse en la plena

²⁷ *Op. cit.*, nota 26, p. 214.

igualdad jurídica, las relaciones de patria potestad tampoco pueden discriminar a la mujer en su ejercicio, la filiación no puede suponer discriminación entre los hijos, según sean habidos dentro o fuera del matrimonio ni la maternidad según el estado civil de la madre.²⁸

El pensamiento del profesor Espín Cánovas, miembro fundador del Primer Congreso Mundial sobre derecho familiar y derecho civil, celebrado en Acapulco, Guerrero, México en 1977, es precursor de los cambios dados en el Código Civil español de 1978, que desde nuestro punto de vista, tienen características de orden público. Las aprobaciones constitucionales referidas al derecho familiar español, lo han modificado sustancialmente y esos principios son impuestos por la Constitución española. En este caso, las uniones de personas del mismo sexo son una realidad. Recientemente se aprobó la ley que permite el matrimonio de personas del mismo sexo. Es el mandato de la ley. Es el orden público en vigor, no es la voluntad particular o la autonomía de ésta, la que va a determinar si estas personas se pueden casar. La ley ordena, no discute y al haberse aprobado el proyecto, el precepto se convirtió en norma imperativa, respecto al matrimonio de personas del mismo sexo. No podrán alegarse otras cuestiones, porque precisamente, el orden público español, que va a derivarse en esas nuevas normas, determinó, que el matrimonio es la unión de dos personas, sin especificar si son del mismo o distinto sexo.

La Constitución española de 1978 surgida de la nueva democracia en la monarquía parlamentaria de don Juan Carlos I, contiene las bases de una regulación jurídica de la familia española, bases con la suficiente flexibilidad para poderlas desarrollar según demanden las circunstancias sociológicas, como es lógico al ser una Constitución en buena medida obra del consenso de los españoles desde las más diversas tendencias políticas representadas en el Parlamento Constituyente.²⁹

El orden público, emanado de la Carta Fundamental española, establece imperativamente, el mejor desarrollo de la familia, atendiendo a circunstancias sociológicas e idiosincráticas, y así como en tiempos y espacios determinados.

²⁸ Espín Cánovas, Diego, *Cien estudios jurídicos*, colección seleccionada de 1942 a 1996, Madrid, España, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1998, t. I, pp. 643 *in fine* y 644.

²⁹ *Op. cit.*, nota 28, p. 781.

Para el profesor Espín,

la norma dedicada al matrimonio contiene dos principios de inmediata aplicación el *ius connubii* y la plena igualdad jurídica del hombre y de la mujer en el matrimonio. Ambas afirmaciones están entrelazadas de tal modo que sería inconstitucional una ley reguladora del matrimonio en condiciones de desigualdad entre marido y mujer. La Constitución española se abstiene de una regulación del matrimonio, ni siquiera esboza sus caracteres esenciales dejando a la ley ordinaria su determinación. Esta flexibilidad constitucional, producto como decimos de una obra de consenso, permitirá durante las más variadas circunstancias sociológicas desarrollar los principios constitucionales con diversas lecturas sin obligar a enmiendas constitucionales.³⁰

En la opinión del profesor de derecho civil y derecho familiar, Carlos Lasarte Álvarez, existen apoyos importantes en lo que es el orden público, referido al derecho español. En sus obras destaca que

sin duda alguna la mayor parte de las disposiciones legales y, en todo caso, las que integran el derecho de familia, se caracterizan por ser normas de carácter imperativo *ius cogens*, frente al campo, verdaderamente limitado, en el que puede desplegar su influencia la autonomía privada.

Es impensable que los cónyuges como regla, puedan configurar el estatuto jurídico del matrimonio a su antojo, o que los padres decidan cuáles son sus deberes respecto de los hijos (entendiendo por ejemplo que éstos deben estarles agradecidos por haberlos traído al mundo), por encima de las disposiciones legales o en contradicción con ellas.³¹

En este caso se habla de la imperatividad de las normas de derecho de familia, porque la constitución española y los propios cambios al Código Civil así lo determinan; pero ni en el derecho civil español ni en el de familia o en ningún otro, hemos encontrado la declaración expresa, tajante de que todas las normas de derecho familiar sean de orden público, como ha ocurrido en México, en Hidalgo, desde 1983, en Zacatecas, desde 1986 y ahora en el Distrito Federal, desde 2000. Como decíamos y Lasarte Álvarez lo confirma, en relación a estas cues-

³⁰ *Op. cit.*, nota 28, p. 782.

³¹ Lasarte Álvarez, Carlos, *Principios de derecho civil*, “Derecho de Familia”, 2a. ed., Madrid, Trivium, 2001, pp. 38 *in fine* y 39.

ciones de derecho de familia, en el derecho español, no se ubica totalmente en el orden público y así él destaca que

lo cierto es que la existencia de normas imperativas en aspectos fundamentales del derecho de familia (dato indiscutible que iremos contrastando paso a paso), tampoco conlleva la absoluta erradicación de la autonomía privada de las personas familiarmente relacionadas entre sí, pues en numerosos supuestos conflictivos las propias normas legales de derecho de familia reclaman y presuponen ante todo un acuerdo o un convenio entre los interesados.³²

El derecho civil mexicano, al referirse al concepto en estudio,

otorga la calificativa de normas de orden público, a las leyes que algunos autores llaman imperativas, puesto que son rigurosamente obligatorias, y en ellas, se elimina el valor del principio de la autonomía de la voluntad. Por regla general, la misma expresión orden público comprende en general la moral o las buenas costumbres. Se caracteriza el orden público por un conjunto de normas jurídicas, que combinadas con los principios supremos en materia política y económica, integran la moral social de un Estado. Su expresión está recogida en nuestra legislación civil —la mexicana— al preceptuar que la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, como cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros; que los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o del interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario; que los habitantes del Distrito Federal tienen la obligación de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes en forma en que no perjudique a la colectividad, bajo las sanciones establecidas en su Código Civil y en las leyes relativas.³³

Del concepto anterior se destaca lo que en casi todos los códigos civiles que han seguido el modelo napoleónico, al hacer referencia a cuestiones exclusivamente de derecho civil; en este caso, específicamente el Código Civil de México, Distrito Federal del año 2000, tiene como lo dijimos antes, el mandato expreso, la definición correcta de que

³² *Loc. cit.*, nota 31.

³³ Güitrón Fuentevilla, Julián *et al.*, *Compendio de términos de derecho civil*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 2004, p. 455.

todas las normas referidas a la organización de la familia son de orden público. No hay excepciones ni casos específicos; así lo referente a la organización familiar del artículo 1o. al 746 Bis, dispone que todas son disposiciones de orden público, con las características expresadas.

Otra opinión interesante, respecto al orden público en el derecho familiar español, está en la obra de Xavier O'Callaghan. Resalta por un lado, los límites del derecho familiar dentro del civil, que es de carácter privado. Se refiere en algunos aspectos a la tesis de Antonio Cicu, la afinidad entre el privado y el público. Dice,

los particulares podrán crear o no, libremente, el *status* básico del derecho de familia, que es el matrimonio, pero éste lo deberán aceptar —impuesto unilateralmente— como viene previsto en la ley, sin que su autonomía de la voluntad pueda modificarlo; del mismo modo carecen de autonomía para variar los efectos personales del matrimonio, la filiación, la patria potestad, la tutela. Únicamente tienen cierta autonomía en las relaciones económicas que, precisamente como antes se ha dicho, están subordinadas a las relaciones personales.

Por regla general, pues, los derechos de familia son indisponibles, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles.³⁴

Frente a esto, es evidente que estamos hablando de un orden público impuesto unilateralmente y que la autonomía de la voluntad no tiene ninguna trascendencia; probablemente la contundencia del derecho familiar mexicano, consiste en que expresamente, no se deja a la interpretación en ningún sentido, se ordena, existe el mandato de que todo lo referente a la familia, su organización, su disolución y los temas relativos a la misma, son de orden público.

Fue a principios del siglo pasado, en 1913 en que la extraordinaria obra del jurista italiano Antonio Cicu, puso bases fundamentales para la autonomía de esta disciplina. La aportación de este autor es indiscutible, ya que la injerencia del Estado,

en los intereses familiares, no tiene necesidad de ser particularmente demostrado. Pero puesto que una injerencia del Estado puede fácilmente encontrarse en cualquier parte del derecho privado, se hace necesario

³⁴ O'Callaghan Muñoz, Xavier, *Compendio de derecho civil*, Madrid, España, Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1988, t. IV, Derecho de familia, p. 15.

examinar la naturaleza de la injerencia del Estado en la familia, en relación a la injerencia en la actividad privada de un lado, y del otro en actividad de los entes públicos.³⁵

Para Cicu y estamos de acuerdo con él, al ratificar las cuestiones del orden público, hay una diferencia esencial entre el derecho de familia y las otras partes del derecho privado,

mientras en éstas vale como principio que la voluntad individual, en las relaciones entre las partes, es capaz de producir algún efecto jurídico conforme al propósito práctico perseguido por las partes, en el derecho de familia, la voluntad individual es incapaz de producir, no ya efectos frente a terceros, ni siquiera entre las partes; y no sólo los efectos que serían propios de la relación, sino ni siquiera efectos más limitados; en otras palabras, nosotros afirmamos —dice Cicu— que en el derecho de familia la ley no reconoce ni garantiza por sí misma el propósito práctico que los particulares quieran perseguir.

Tanto vale, nos parece, que en el derecho de familia no tiene aplicación el concepto privadístico de negocio jurídico. En estas afirmaciones, su conclusión la expresa diciendo:

erróneo y peligroso es, por tanto, servirse en la valoración de las normas del derecho familiar del concepto de normas de orden público como ha venido elaborándose en la ciencia del derecho privado. Puesto que éste tiene su razón de ser en un interés general y superior que viene a limitar (y no excluir *a priori*) la libertad individual, así para decidir si cada norma de derecho de familia es o no de orden público, podría ser necesario indagar caso por caso si concurre un interés general. Para nosotros —dice Cicu— el interés no general, sino superior, existe siempre; el mismo excluye, y no limita, la libertad individual de establecer y perseguir fines individuales. Si de *ius cogens* se quiere hablar, el mismo es tal por la misma razón por la cual se considera tal el derecho público.³⁶

En conclusión, las normas familiares se fundan en el interés público; en la naturaleza intrínseca de los hechos de derecho de familia.

Es importante en esta investigación, la opinión de un distinguido jurista argentino, Augusto César Belluscio, para quien:

³⁵ Cicu, Antonio, *Derecho de familia*, Buenos Aires, Ediar, 1947, p. 219.

³⁶ *Op. cit.*, nota 35, p. 299.

un problema que la doctrina debate desde hace varias décadas, es la ubicación del derecho de familia entre las ramas del derecho. Tradicionalmente, forma parte del derecho civil. Sin embargo, la circunstancia que la mayor parte de sus normas sean de orden público, así como la intervención del Estado en la formación y disolución de vínculos y en numerosas cuestiones por él reguladas, ha hecho que la doctrina dude acerca de si dicha ubicación es correcta o no lo es.³⁷

Nipperday, autor citado por Belluscio, sostiene que:

El derecho de familia podría ser derecho social, derecho público o un derecho especial, pero lo indudable es que no se trata de derecho privado; sostuvo —y nosotros estamos de acuerdo con él— que está integrado por normas de orden público que sólo al Estado cabe determinar, por lo cual deben quedar sustraídas a la voluntad privada, pasar al campo del derecho público y ser establecidas por leyes especiales.³⁸

En los aspectos del orden público relacionados con el derecho familiar, encontramos aportaciones importantes de Colombia, considerando en la obra compilada por Luis David Durán Acuña, jurista distinguido de ese país, quien haciendo un recuento de las diferentes reformas y modificaciones que ha tenido este derecho, específicamente en la familia, sostiene que:

tomando como base las situaciones y relaciones jurídicas de familia, así determinadas por el derecho civil, otras ramas y pseudoramas del ordenamiento jurídico colombiano, intervienen en la vida familiar.

Hemos presenciado —dice el jurista Durán Acuña— la ampliación del campo de intervención del Estado en ese ámbito —aquí desde nuestro personal punto de vista, empieza a perfilarse el orden público en derecho familiar— en la Constitución de 1991, buena parte de los principios legislativos que existían en torno a la familia, fueron elevados a categoría de normas constitucionales —es decir, de orden público e interés social— e incluso, se les dio la calidad de derechos fundamentales. De otra parte, siendo el menor de edad un miembro débil de la familia, el Estado ejerce sobre ésta una mirada tutelar en protección de aquél y para procurarla, interviene indefectiblemente ante los excesos y los defectos del grupo

³⁷ Belluscio, Augusto César, *Manual de derecho de familia*, 7a. ed., actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2002, t. I, p. 24.

³⁸ *Op. cit.*, nota 37, p. 25.

familiar; entonces no sólo se fijan los principios para la protección integral del menor, sino que se establecen toda suerte de procedimientos administrativos, primero el jurisdiccional y luego para hacerla realidad. De esta manera las relaciones de familia tienen relevancia para el derecho público —quién puede dudar que su naturaleza es de orden público— particularmente el administrativo, que se aplica en cada intervención del Estado. Lo encontramos igualmente a propósito de temas clásicos de derecho civil, como por ejemplo la adopción; siendo ésta en todos sus efectos un monopolio del Estado, gran parte del procedimiento que desemboca en ella es eminentemente administrativo.³⁹

La referencia anterior, destaca en forma importante los aspectos de derecho público, constitucionales y otras leyes como el Código del Menor, para subrayar el tema de esta investigación, para darnos cuenta que también en Colombia el orden público empieza a tener preponderancia en el derecho familiar. Dentro del catálogo y de las normas que componen el estatuto legal de la familia y el menor, encontramos que el Código del Menor de Colombia, ordena en el artículo 18 que: “Las normas del presente Código son de orden público y, por ello, los principios en el consagrados son de carácter irrenunciable y se aplicarán de preferencia a disposiciones contenidas en otras leyes”.⁴⁰

VI. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y DERECHO FAMILIAR

Miguel Villoro Toranzo, jurista mexicano, en una de sus aportaciones, estudia el derecho público y el derecho privado, del mismo, nos ha interesado, por la claridad, lo que se refiere a la autonomía de la voluntad, que ha sido fundamental en el derecho civil, pero no en el derecho familiar; así, siguiendo este autor a Pedro Rocamora Vals, jurista español, destaca que:

el concepto de la autonomía equivale, en el ámbito individual, al de soberanía y libre decisión en la propia esfera de actuación del hombre. La facultad humana, que permite al individuo trazarse una norma a la que sujeta su independiente actividad, es reconocida en la técnica filo-

³⁹ Durán Acuña, Luis David, *Estatuto Legal de la Familia y el Menor. Compilación Legislativa*, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 34.

⁴⁰ *Op. cit.*, nota 39, p. 138 *in fine* y 139.

sófico-jurídica bajo el concepto general de autonomía de la voluntad. Tras esta idea se ha venido significando en el campo del derecho privado, que todo individuo tiene la posibilidad de crear cualquier clase de relaciones jurídicas, con tal de que éstas, no se hallen prohibidas por la ley, y establecer los límites, forma y naturaleza y contenido de las mismas, siendo la voluntad humana la suprema ley que rija las relaciones.⁴¹

En este sentido, Villoro cita a Hans Kelsen en el mismo tema de la autonomía, a la cual este jurista alemán denomina autonomía privada y la explica diciendo:

Ésta (la transacción) es un acto por el cual los individuos facultados por el orden jurídico regulan, desde el punto de vista legal, determinada relación. Trátase de un acto creador de derecho, ya que produce deberes jurídicos y derechos subjetivos de las partes que en ella intervienen. Al otorgar a los individuos la posibilidad de regular sus relaciones mutuas por medio de transacciones, el orden jurídico les garantiza cierta autonomía. La llamada autonomía privada de las partes, manifiéstase a sí misma en esta función creadora de derecho de las citadas transacciones. Por medio de una transacción jurídica son creadas normas individuales y, algunas veces, incluso generales, que regulan la conducta recíproca de las partes.⁴²

Debemos entender que

el principio de la autonomía de la voluntad implica, por lo tanto: 1. Una actividad libre e intencional del individuo; 2. Que esté facultada y protegida por el orden jurídico; 3. Que sea en materias diferentes de las reguladas coactivamente por mandatos y prohibiciones del orden jurídico, y 4. Que sea creadora tanto de la existencia como de los límites, forma, naturaleza y contenido de relaciones jurídicas.⁴³

El autor en estudio, al referirse —esto es importante para la tesis que sostenemos— al principio de la autonomía de la voluntad destaca que en realidad se ha apartado de la filosofía individualista que la originó; así

⁴¹ Villoro Toranzo, Miguel, *Revista de la Facultad de Derecho*, núms. 99-100, 1975, t. XXV, p. 917.

⁴² *Loc. cit.*, nota 41.

⁴³ *Idem*.

en primer lugar, tenemos una voluntad individual que ya no es omnipotente —cosa que ocurre en el derecho familiar— que reconoce el orden jurídico como un hecho previo ante el cual se subordina. Ya no es aquella voluntad individual capaz de construir al mismo Estado con un pacto social, sino una voluntad que solo puede operar en los límites —en el derecho familiar no es posible— y por delegación del orden jurídico estatal. En la doctrina de las fuentes formales del derecho, aunque se reconoce entre ellas a la voluntad de los particulares, expresándose en forma unilateral o en forma de acuerdo entre dos o más voluntades (convenio), se subraya que es una fuente secundaria subordinada a la ley.

En segundo lugar —y esto es consecuencia de lo anterior— si por autonomía de la voluntad se entiende una fuente del derecho, capaz de crear normas (que serían las del derecho privado) —no las del familiar— fuera de toda legitimización legal, esto es falso, tanto doctrinalmente como en el derecho positivo. El derecho privado está compuesto de normas establecidas por códigos y leyes, los cuales son producto del proceso legislativo y, por tanto, de una actividad de derecho público. El derecho privado no es privado por su origen último ni por la fundamentación legal en que descansa: es privado porque deja un amplio margen de actuación, es decir, una autonomía, a los particulares para poder crear derecho.

En tercer lugar, es claro que la voluntad de los particulares sólo tiene alcance jurídico en la medida que así lo predetermina el sistema de derecho —situación que no ocurre en el derecho familiar—. Por eso decimos que es una voluntad facultada y protegida por el orden jurídico. Los límites de esta protección son a veces muy estrechos; —situación que se da totalmente en el derecho familiar, específicamente en el derecho familiar mexicano legislado en el Código Civil de México, Distrito Federal de 2000—.

En cuarto lugar, desde el punto de vista filosófico, vemos —dice Villoro Toranzo— que la formulación contemporánea del principio de la teoría de la voluntad describe más realistamente la situación del individuo en la sociedad: no nace, vive y se desarrolla sino formando con otros individuos una sociedad, a la cual se haya subordinado, pero esa misma sociedad debe proteger su independencia hasta cierto punto y promover las posibilidades de libertad en el hombre.⁴⁴

En las características propias del derecho privado, encontramos que éstas no se pueden aplicar al derecho familiar. Así, en relación a aquél,

⁴⁴ *Op. cit.*, nota 41, p. 917 *in fine* y 918.

en cuanto a su contenido o materia, el derecho privado abarca las normas por las que se ejercita la responsabilidad de los particulares en los límites creadores que les reconoce el Estado por medio del principio de la autonomía de la voluntad. Esta autonomía de creación está implicando la posibilidad de crear, no sólo la existencia de una relación jurídica, sino también los límites, forma y contenido de la misma.

En cuanto al criterio filosófico aplicable, el derecho privado está regido por la justicia de subordinación, cuyo fin inmediato es el bien de los individuos y su límite el bien común. El fundamento de la justicia de coordinación es la naturaleza racional y libre del hombre que exige una esfera de acción libre para cada individuo donde el Estado será protector y coordinador. A veces para coordinar correctamente las libertades individuales, es necesario proteger a la parte más débil. Entonces aparece la justicia social como una subespecie de la justicia de coordinación, pero el fin de la justicia social no es proteger indefinidamente a los más débiles sino sólo en la medida que éstos necesiten tal protección para igualarse con los más fuertes; la coordinación consiste en igualar a la parte débil con la parte fuerte y, ya igualadas en tratarlas igualmente respetando sus esferas de autonomía de la voluntad. Por consiguiente, en la justicia social, se aplica primeramente el criterio proporcional y luego el igualitario.

El derecho privado reconoce, por lo tanto, en una sociedad en cuyas relaciones interviene cada vez el Estado, que los individuos deben seguir conservando una esfera de acción —limitada y protegida— en la que pueden ejercitar su libertad responsable para desarrollarse como seres humanos. En fin de cuentas el desarrollo integral de los individuos es la razón de ser del Estado.⁴⁵

VII. CARACTERÍSTICAS DEL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO FAMILIAR MEXICANO

Siendo una materia complicada, con una gran tradición y antecedentes antiguos, enfocaremos el concepto de orden público en el derecho familiar mexicano.

Desde esta perspectiva, el orden público tiene una aplicación subjetiva. Sólo puede ubicarse en un tiempo y lugar determinados ya que en éste se deben encuadrar cuestiones políticas, filosóficas, morales y privadas. Es un concepto revolucionario y dinámico. Se basa en la

⁴⁵ *Op. cit.*, nota 41, pp. 921 y 922.

imperatividad que contiene mandatos y prohibiciones, en este caso, referidos específicamente a las normas que rigen a la familia en México.

La coercitividad, como un elemento obligatorio, tiene una aplicación importante respecto a la familia y a sus miembros, superando las cuestiones de orden particular. El orden público es impuesto por el Estado y en este caso, los particulares y específicamente quienes forman parte de una familia en México, deben acatarlo en beneficio de ella. Supera la tradición de hablar de obligaciones. El orden público impone deberes jurídicos unilaterales. La comunidad, en este supuesto, la familia, debe cumplirlos voluntariamente. Adaptar al deber su conducta, en caso contrario, aquél se podrá hacer efectivo por medio de la coacción. Obliga a los particulares a obedecer y en el caso determinado de la familia, a que sus miembros cumplan con lo que la ley ordena.

El orden público, como conjunto de normas jurídicas impuestas por el Estado, surge como una contradicción con la autonomía de la voluntad; es decir, en aquélla, quienes intervienen en un acto jurídico, tienen como límite lo que desean pactar o hacer; esa autonomía de la voluntad, tradicionalmente ha sido la que ha manejado todas las cuestiones referidas al derecho civil; pero en el caso específico de México, en el código de la materia, a partir del Libro Primero que comprende del artículo 1o. al 746 Bis y en el Libro Tercero, relativo a las sucesiones que va del artículo 1281 al 1791, es orden público. Debemos reiterar que la esencia del orden público, es el mandato impuesto por el Estado para proteger a la familia.

Entre los elementos del orden público, encontramos los que tienen por esencia el mandato y el deber; y referidos a los fines que persigue, los cuales varían, según la materia de que se trate; generalmente el derecho constitucional, el administrativo, el internacional, pero en el caso especial de México, hacemos hincapié en que todo ésto, rige al derecho familiar.

El mandato imperativo en relación a la familia, corresponde a sus miembros, cumplirlos. Hay imposición de reglas familiares, aun en contra de la voluntad particular y en este caso, es facultad, deber y responsabilidad del Estado, proteger y consolidar a la familia. Reiteramos que debe entenderse el orden público como un mandato estatal para cumplir la norma en el caso concreto en que se aplique, por ser un deber de los sujetos jurídicos.

VIII. VINCULACIONES DEL ORDEN PÚBLICO CON EL DERECHO FAMILIAR MEXICANO

El Estado lo impone para proteger a la familia; con esto, aquél asegura la existencia de ésta; preserva el desarrollo humano en la familia; protege los lazos consanguíneos y por supuesto, el orden público está sujeto a cambios generacionales. Modificaciones ideológicas. Como ha ocurrido, en el caso específico de México, que ha sido a través de su evolución histórica, desde el primer Código Civil que hubo en México en el estado de Oaxaca de 1827, pasando por los códigos civiles posteriores, como los de Maximiliano de Habsburgo de 1866, el de 1868 de Veracruz; el de 1869 del Estado de México y los de 1870 y 1884 del Distrito Federal y de los Territorios Federales que tenía el país, para desembocar en el más conocido que tuvo vigencia desde el 1o. de octubre de 1932 al 1o. de junio de 2000 en lo referente a la ciudad-capital, al Distrito Federal, en el cual, a partir de la fecha señalada, se establece un nuevo Código Civil específico para la región, para la capital, el asiento de los poderes federales y ahí se determina expresamente que todas las disposiciones referentes 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.

El orden público no surge por generación espontánea, es una figura cambiante, que con el tiempo va adquiriendo ciertas características y que es éste el que le va dando su madurez. La validez del orden público se circunscribe a un espacio y tiempo determinados, por eso hemos insistido y hecho esta división, de cómo en México, en su capital, desde 2000 se estableció el orden público para el derecho familiar. Mención aparte merece la referencia de que el antecedente de este Código fue el Código Familiar de Hidalgo, puesto en vigor desde 1983 que a la fecha ha cumplido veintidos años de regir todas las cuestiones familiares en ese estado y desde entonces, se destacó en aquel ordenamiento, que el orden público era la figura señera, la fundamental, la base de la organización familiar. Lo mismo ocurre en 1986, cuando otro estado de la República, Zacatecas, pone en vigor su Código Familiar con estos principios y hasta la fecha, sigue vigente.

Debe destacarse en esta amalgama de orden público y derecho familiar, la inoperancia de aquél en el derecho civil y que se da totalmente en el derecho familiar. En el civil, la autonomía de la voluntad

y los principios propios que rigen a esa disciplina, no están acordes con el orden público; en cambio en el derecho familiar, aun en contra de la voluntad de quienes integran la célula social básica de la sociedad, se deben cumplir los deberes, obligaciones y hacer efectivos los derechos que el Estado determina en las leyes respectivas, sobre todo con el enfoque del orden público. Es importante destacar que el orden público es básico para el bienestar social y familiar y su aplicación se da de acuerdo con el contenido de sus normas.

IX. TRASCENDENCIA DE LAS NUEVAS NORMAS DE DERECHO FAMILIAR EN MÉXICO

El Código Civil vigente en el Distrito Federal, además de los códigos familiares de Hidalgo y Zacatecas, es el único que protege a la familia con normas que tienen la categoría de orden público e interés social.⁴⁶ Los criterios tradicionales en todas y cada una de las entidades de la República y el Código Civil Federal,⁴⁷ regulan a la célula social básica por excelencia, de manera particular, privada, con principios decimonónicos, donde prevalece la autonomía de la voluntad; en una palabra, el interés individual de cada uno de sus miembros y no el superior, representado por el conjunto de aquéllos. Excepto los códigos señalados, los demás siguen siendo copia del Napoleón, que ya tiene más de doscientos años de vigencia.

Como decíamos, en 1983, cuando se puso en vigor por primera vez en México un Código Familiar, se destacó en el Decreto 129 y en sus considerandos, que:

La existencia de leyes familiares es de gran importancia, pues sólo de esta manera las instituciones integrantes del derecho familiar tendrán vigencia plena. El derecho familiar debe ser un derecho tutelar, no es privado ni público, es derecho social, protector de la familia, considerada ésta como el núcleo más importante de la población.⁴⁸

⁴⁶ Güitrón Fuentevilla, Julián, *Código Civil para el Distrito Federal. Revisado, actualizado y acotado*, 72a. ed., México, Porrúa, 2004, p. 38.

⁴⁷ Güitrón Fuentevilla, Julián, *Código Civil Federal. Revisado, actualizado y acotado*, 3a. ed., México, Porrúa, 2004, p. 1.

⁴⁸ Güitrón Fuentevilla, Julián, *Código Familiar para el Estado de Hidalgo*, 8a. ed., Pachuca de Soto Hidalgo, México, Gobierno del Estado de Hidalgo, 1984, p. 17.

De la Exposición de Motivos de la ley citada, respecto a las cuestiones de orden público y como precursor de todo un movimiento internacional que se ha desarrollado a favor de la familia, encontramos que:

una legislación familiar para el estado de Hidalgo, pondrá las bases para una nueva sociedad, derrumbando mitos y creando nuevas estructuras estatales para proteger a la familia, a los niños, a los inválidos y a los ancianos. Empero, la sola expresión derecho familiar, plantea interrogantes, unas por ignorancia y otras de mala fe, porque en ambos casos se desconoce el derecho familiar, considerado como el conjunto de normas jurídicas reguladoras de las relaciones de los miembros entre sí, y respecto a la sociedad.⁴⁹

Éste es un antecedente importante que posteriormente se ratifica en el Código Familiar de Zacatecas de 1986 y que desemboca finalmente en lo que es el tema fundamental de esta conferencia, que es el orden público en el derecho familiar mexicano y que como lo hemos reiterado, es en este código donde expresamente ya se determina que la naturaleza jurídica de las normas de la familia es de orden público.

En su tiempo —1964— sostuvimos cuestiones sobre el orden público respecto a la familia. Posteriormente, en la primera edición de nuestra obra denominada *Derecho familiar*, proponíamos para México un Código Familiar Federal, en el cual se garantizara que el Estado protegiera la célula básica fundamental. De esta forma, se podía:

permitir a la familia reagruparse, y fundamentalmente basar las relaciones familiares en la legislación, con lo cual se dará una efectiva protección a los hijos, a los padres y en general a todos los integrantes de la comunidad familiar, por lo que si el Estado protege, a través de una reglamentación adecuada a la familia, o sea, propiciando el establecimiento de juzgados familiares, los cuales se encargarán sólo de tratar asuntos relacionados a la familia.⁵⁰

En una de sus obras, encontramos una opinión vertida por el Profesor Diego Espín, en 1963, respecto a este tema:

⁴⁹ *Op. cit.*, nota 48, p. 19.

⁵⁰ Gutiérrez Fuentevilla, Julián, *Derecho familiar*, 3a. ed., México, Promociones Jurídicas y Culturales, 1988, p. 235.

Mientras que el Estado pueda abandonar en general el resto del derecho privado a la resultante de los intereses particulares, no puede en cambio, hacer lo mismo en las instituciones familiares que, por el contrario, ha de regular y vigilar, dado el evidente interés general de las mismas. Consecuencia de ese predominante interés general en la regulación del derecho de familia, es que los derechos que se conceden son generalmente inalienables, irrenunciables e imprescriptibles, teniendo el predominio la situación del deber jurídico sobre la del derecho subjetivo. A ello contribuye la frecuente aplicación a esa materia el concepto del *status*, cuyas acciones, como ya vimos, reúnen precisamente esas características. De aquí que muchas veces la atribución de derechos no es tan sólo un medio de cumplir deberes, configurándose así la mayor parte de los deberes familiares, por eso llamados por algún sector doctrinal, poderes-deberes.

Estas características —continúa diciendo el jurista Espín Cánovas— propias del derecho de familia le dan una fisonomía publicista, que ha hecho pensar en la pertenencia del mismo al derecho público, o bien en crear una zona próxima al mismo, intermedia entre éste y el derecho privado, integrado por el derecho de familia, o finalmente, aun rechazando la intrusión del derecho de familia en el público, así como su exclusión del privado, afirmar simplemente, que aun dentro de la órbita del derecho privado mantiene una posición destacada frente al resto.⁵¹

En cuanto al Código Civil que venimos comentando, del artículo 138 Ter al Sextus, se ordena que las disposiciones, normas, objetivos, estatutos, reglas y todo lo que se refiera a la familia, es de orden público e interés social. Por la complejidad y lo árido de estos términos, transcribiremos a continuación, primero el texto de la ley y después emitiremos nuestros comentarios al respecto.

En el artículo 138 Ter, se expresa: “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”; en el artículo 138 Quáter, se dice: “Las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia”; en el artículo 138 Quintus se dispone: “Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato” y en el

⁵¹ Espín Cánovas, Diego, *Manual de derecho civil español*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1963, vol. IV, Familia, p. 6.

artículo 138 Sextus se ordena: “Es deber de los miembros de la familia observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares”.⁵²

Con estas normas de orden público, la ley protege la organización y el desarrollo integral de la familia, de sus miembros y la mujer, respetando su dignidad. Sin discriminación, se establece la igualdad de derechos, deberes y obligaciones de quienes integran la familia, así como en uniones de matrimonio, de parentesco, de concubinato o de adopción. Se agrega, dirigido a los hombres, en relación a las mujeres, que se deben observar normas de consideración, solidaridad y respeto, en las relaciones familiares.

De acuerdo con estos preceptos, cuando un juez familiar ejerce facultades discrecionales y se le faculta para intervenir de oficio en asuntos de la familia y especialmente de menores, debe tener la sabiduría, la experiencia, la atingencia, el equilibrio, de saber que su resolución afectará para toda la vida a quienes intervienen en ese conflicto. De ahí que la discrecionalidad debe tener como límite, el interés superior de la familia y la de los menores.

La Constitución General de la República, entre otros artículos, en el 4o., determina como garantías familiares que la Ley Fundamental debe proteger la organización y el desarrollo de la familia. Que toda familia tiene derecho a una vivienda digna y decorosa. Respecto a los niños y niñas, tienen derecho a que se satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Para lograr estos objetivos, el Estado —orden público— debe proveer lo indispensable para lograr el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos. Así lo ordena la Carta Fundamental de nuestro país. Igualmente, las Convenciones Internacionales; verbigracia, como la de la Niñez y las leyes federales y locales del país, fundamentan jurídicamente el orden público.

El orden público, es una cuestión reiterada, que al derecho familiar, le ha dado tal fuerza, que es necesario definir y aclarar lo que estas dos palabras significan, ya que a nivel nacional e internacional, la ciudad de México, Distrito Federal, con su Código Civil del año 2000, se coloca a la vanguardia en cuanto a la protección de la familia, de sus miembros y de los derechos de la misma. El orden público es la situación y

⁵² Güitrón Fuentesvilla, Julián y Roig Canal, Susana, *op. cit.*, nota 7, pp. 65 y ss.

el estado de legalidad normal, en que las autoridades —judiciales, familiares, civiles, penales, administrativas, etcétera,— ejercen sus atribuciones propias; es decir, las imponen por el carácter coactivo del derecho, y los ciudadanos —entre otros los miembros de una familia— los deben respetar y obedecer, sin protestar. En otras palabras, el orden público vinculado con la jurisdicción y la autoridad, permite la imposición de una sanción o una situación jurídica determinada, que se contrapone a lo privado, a lo individual, a lo personal.

Por primera vez en la historia del Distrito Federal, el legislador ha decidido que la familia merece preceptos específicos y así ordena que todas las disposiciones referidas a la misma son de orden público. Esto significa que no se pueden sujetar a la voluntad de sus miembros y mucho menos que pueda ser materia de negociación. La voluntad de los particulares no puede eximir o imponer derechos, deberes u obligaciones, que no estén sancionados por la ley. Esas disposiciones son de interés social y su objeto es proteger la organización y el desarrollo integral de quienes conforman esa familia, basados en el respeto a la dignidad de cada uno de ellos. Evidentemente, la sociedad tiene un interés en que la familia esté protegida, que su organización y desarrollo alcancen los más altos niveles, sin menoscabo de la igualdad que debe prevalecer entre ellos.

Asimismo, al referirse a las relaciones jurídicas familiares, por primera vez se da su naturaleza jurídica, en cuanto a los deberes, que son impuestos por la ley, que no se dejan al arbitrio de las partes, así como los derechos de que gozan y las obligaciones a las que están sujetos; todo esto referido a los integrantes de una familia. Se destaca que tanto el matrimonio, el parentesco o el concubinato, son fuentes que originan las relaciones jurídicas familiares que obligan a los cónyuges, a los parientes o a los concubinos, a cumplir con los deberes que la propia ley establece, a exigir los derechos correspondientes y en un momento dado, frente al sujeto activo, titular del derecho personal derivado de la obligación y el sujeto pasivo que debe cumplir con la misma, van a permitir que tengamos familias más fortalecidas y mejor protegidas jurídicamente. Es indiscutible que cuando la ley ordena que los miembros de la familia tienen el deber, están constreñidos por el *jus imperium* de la ley, por el propio Estado a observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos, lo cual favorecerá las relaciones familiares.

En síntesis, las instituciones que el Código Civil del Distrito Federal, considera de orden público, en cuanto a la familia, son el Registro Civil y sus diferentes clases de actas, porque en ningún supuesto, se puede calificar a los hijos por el origen de las relaciones sexuales de sus padres. Se han eliminado los términos para volverse a casar, después de un divorcio. Se ha hecho más fácil la rectificación, modificación y aclaración de las actas del Registro Civil, siempre en beneficio de la familia.

Por otro lado, como ya se señaló, el Título Cuarto Bis denominado “De la Familia”, se agregó con un Capítulo Único donde se destaca la cuestión del orden público. De ahí en adelante, los capítulos referidos al matrimonio, sus requisitos, sus derechos y obligaciones, las situaciones de los bienes, la sociedad conyugal, la separación de bienes, las donaciones antenupciales y entre consortes, así como los matrimonios nulos e ilícitos, tienen como común denominador la cuestión del orden público.

El divorcio, también se basa en el orden público. Su nueva regulación, hace prevalecer la trascendencia de la familia, la importancia de los hijos, para que al determinar la disolución de un vínculo matrimonial, se haga respetando los deberes, principios, obligaciones y derechos, impuestos por el Estado, por medio del orden público. Ya no se deja al libre arbitrio o a la voluntad o pacto de los divorciantes, los efectos que producirá respecto a los bienes, a ellos mismos y a sus hijos.

El concubinato tiene un nuevo tratamiento en el Código Civil. Se considera de orden público, porque establece el parentesco por afinidad entre el concubino y la familia de la concubina y viceversa. Incluso la obligación de proporcionarse alimentos mutuamente por el número de años que haya durado el concubinato, si los necesitan, se impone; no es dejado en ningún supuesto su cumplimiento a la voluntad de cualesquiera de ellos y por supuesto la situación de los hijos también queda protegida. No se les puede discriminar y tienen los mismos derechos, obligaciones y deberes que todos los hijos.

Las otras figuras reguladas por el código, siguiendo los principios del orden público, son el parentesco, los alimentos y la violencia familiar. En cada uno, el legislador ha tenido la preocupación y atinencia de dejarlo resuelto, en las mejores condiciones para quienes son sujetos activos o pasivos de esta situación.

Con más claridad, el orden público se observa en el capítulo “De la filiación”, incluso al haber logrado que desaparecieran los calificativos dados a los hijos por su origen o por la clase de relaciones sexuales de sus padres; hasta 2000 en México había aproximadamente once clases de hijos, entre los que estaban los adulterinos, incestuosos, expósitos, abandonados, huérfanos, de la cárcel, de madre desconocida, de padre desconocido, de padres desconocidos, adoptivos, legitimados, naturales, de concubinato y de matrimonio. Esto desaparece y en función del orden público los hijos no reciben calificativo, son iguales ante la ley, la familia, la sociedad y el Estado.

Siempre con el propósito de proteger todo lo relacionado a la familia, en cuestiones de filiación, se ha aprobado admitir las pruebas derivadas de la investigación científica, en el caso concreto del ácido desoxirribonucleico en cualquier supuesto en que haya conflicto para investigar o determinar la paternidad o maternidad, la filiación y la situación del hijo, respecto al presunto padre o madre.

Se ha abrogado del código, la infame institución de la legitimación, que evidentemente atentaba contra los derechos humanos fundamentales de los hijos y de la familia. Lo mismo ocurre con el reconocimiento de los hijos, donde se dan todas las facilidades y los derechos para que los mismos no sufran ante esta figura. En la adopción el orden público ha determinado que desaparezca la simple y sólo quede la plena, que establece vínculos jurídicos entre la familia del adoptante y el adoptado, semejantes a los consanguíneos. También se regula la adopción internacional con las mismas características de ser plena y haciendo prevalecer las cuestiones de orden público, como conjunto de principios impuestos por el Estado en cuanto a los padres adoptivos y los hijos adoptados. La patria potestad, y sus efectos relacionados con la persona y los bienes de los hijos, se regula la pérdida, suspensión, limitación y recuperación de ésta. En la última parte se introducen los efectos del orden público respecto a la tutela, las clases de ésta y lo referente a menores, inhábiles, las excusas, garantías y extinción, así como la regulación del curador, el Consejo Local de Tutelas y los jueces familiares; el estado de interdicción; la emancipación y la ausencia para terminar con el patrimonio de la familia que se funda en las cuestiones específicas del orden público.⁵³

⁵³ *Op. cit.*, nota 7, pp. XIII y ss.

El Libro Tercero del código comentado, que regula las sucesiones, se funda también en el orden público, así lo referente al testamento, sus clases, a las sustituciones, a la nulidad, revocación y caducidad; a la forma y solemnidad; la sucesión legítima y las disposiciones comunes a éstas.

Para mejor proteger a la familia en México, hemos propuesto un proyecto de Código Familiar Tipo para los Estados Unidos Mexicanos, en el cual se destaca que:

por el contenido jurídico de las normas que regulan las relaciones familiares, se considera que las disposiciones de este código son de orden público, de observancia obligatoria, irrenunciables y no pueden ser modificadas total o parcialmente por convenio. Incluso la autonomía de la voluntad de los sujetos del derecho familiar, no es suficiente para alterar, modificar o eximir del cumplimiento de las normas de este código.⁵⁴

Respecto al procedimiento familiar, el Proyecto de Código de Procedimientos Familiares Tipo para los Estados Unidos Mexicanos, complemento del anterior, subraya que:

los juzgadores familiaristas deben tener un criterio distinto a los civilistas. De orden público e interés social, son todas las normas procesales familiares que regulan los juicios contenciosos relativos al matrimonio y al divorcio, los regímenes económicos, los que modifican o rectifican las actas del Registro Civil, los vinculados al parentesco, los alimentos, la paternidad y maternidad, la filiación en sus diferentes facetas, asuntos de la patria potestad, del estado de interdicción, de la tutela y los problemas que originan la ausencia y la presunción de muerte, los referidos al patrimonio familiar, los juicios sucesorios, las diligencias de consignación en todo lo relativo al derecho familiar, los exhortos, suplicatorias, requisitorias y despachos y las cuestiones que afectan en sus derechos básicos a las o los menores, a las discapacitadas, discapacitados, a las incapacitadas e incapacitados y en general las que reclaman la intervención judicial familiar.⁵⁵

⁵⁴ Güitrón Fuentes, Julián, *Proyecto de Código Familiar Tipo para los Estados Unidos Mexicanos*, México, Porrúa, 2004, p. 17.

⁵⁵ Güitrón Fuentes, Julián, *Proyecto de Código de Procedimientos Familiares Tipo para los Estados Unidos Mexicanos*, México, Porrúa, 2004, p. 13.

X. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, RESPECTO AL ORDEN PÚBLICO, EN EL DERECHO FAMILIAR MEXICANO

Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tesis XX.J/23, novena época, III, junio de 1996, p. 535.

ALIMENTOS. AUN CUANDO LOS HIJOS ALCANCEN LA MAYORÍA DE EDAD, NO CESA LA OBLIGACIÓN POR PARTE DEL DEUDOR ALIMENTISTA DE PROPORCIONÁRSELOS, SI TODAVÍA LOS NECESITA EL EMANCIPADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS). Supuesto que dentro de las causales para la cesación de la obligación de dar alimentos a que se contrae el artículo 316 del Código Civil para el Estado de Chiapas, no se encuentra expresamente la consistente en que el hijo haya llegado a la mayoría de edad; y aun cuando pudiera interpretarse la fracción II del citado precepto en relación con el numera 438, fracción III del mencionado código, es decir, que la patria potestad se acaba por la mayor edad del hijo y con ello concluye el deber de darle alimentos, en razón de que al llegar a la mayoría de edad se supone que goza de absoluta independencia para disponer tanto de sus bienes como de su persona, y esta emancipación también supone su capacidad física, económica y jurídica para ser autosuficiente a efecto de allegarse los alimentos que necesite para su subsistencia; sin embargo, por ser los alimentos a los hijos una cuestión de *orden público*, debe considerarse que por el solo hecho de llegar a la mayoría de edad no debe suspenderse la obligación de suministrarlos, sino que en cada caso, deben examinarse las circunstancias en que se encuentran los hijos al llegar a esa edad, para saber si siguen necesitándolos, en la inteligencia que tanto los hijos como el cónyuge gozan de esa presunción independientemente de si aquéllos son mayores o menores de edad, por lo cual es el deudor quien debe demostrar que ellos tienen recursos propios para poder, así desligarse de esa obligación. Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito.

Precedentes: Amparo directo 605/91. Humberto Luna Morales. 23 de enero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Ángel Suárez Torres. Secretario: Casto Ambrosio Domínguez Bermúdez. Amparo directo 427/92. María Olivia Teomitzi Castro. 15 de octubre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Mariano Hernández Tórres. Secretario: Miguel Ángel Perulles Flores. Amparo directo 619/92. Francisco Javier Paniagua Hidalgo. 21 de enero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A.

Velasco Santiago. Secretario: Arturo J. Becerra Martínez. Amparo directo 758/95. Juan Álvaro Pérez Domínguez. 25 de enero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Roberto Avendaño. Secretario: Enrique Robles Solís. Amparo directo 990/95. Gustavo Maya Becerril. 9 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: Rafael León González.

Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tesis I.3.C.J/7, novena época, IV, agosto de 1996, p. 418.

DIVORCIO, FALTA DE MINISTRACIÓN DE ALIMENTOS COMO CAUSAL DE. El artículo 267, fracción XII del Código Civil establece como causal de divorcio, la negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento o el incumplimiento sin justa causa por alguno de los cónyuges de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168. Ahora bien, cuando no se alega un incumplimiento total, sino parcial, que se hace consistir en que el demandado no da dinero a la actora, ese hecho no basta para que se surta la hipótesis a que se refiere la fracción XII del artículo 267 del Código Civil, toda vez que, los alimentos de conformidad con el artículo 308 del Código Civil comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad y respecto de los menores, los alimentos comprenden además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales; además de que, la institución del matrimonio es de *orden público*, por lo que la sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por excepción la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial; de ahí que en los divorcios necesarios sea preciso que la causal invocada quede plenamente especificada y se acredite la negativa del obligado, a fin de que el tribunal pueda apreciar la gravedad del incumplimiento que ponga de manifiesto el desprecio, desapego, abandono o desestimación al cónyuge actor o a sus hijos, y que haga imposible la vida en común; gravedad que no se justifica cuando en forma imprecisa se alega que el demandado no ha cumplido en su totalidad con la ministración de alimentos. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Precedentes: Amparo directo 3873/89. Roberto Páez Páez. 5 de enero de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Becerra Santiago. Secreta-

rio: Marco Antonio Rodríguez Barajas. Amparo directo 2963/90. Marie Terréese Casaubon Huguenin. 9 de agosto de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Enrique Ramírez Gámez. Amparo directo 3228/90. Josefina Tapia Serrano. 9 de agosto de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Becerra Santiago. Secretario: Marco Antonio Rodríguez Barajas. Amparo directo 5403/94. Blanca Rosa Hernández González. 28 de octubre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Arnulfo Moreno Flores. Amparo directo 3233/96. Lilia Pérez Ramírez. 13 de junio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: José Becerra Santiago. Secretario: Gustavo Sosa Ortiz.

Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, tesis I.5.C.556C, octava época, XIV-septiembre, p. 254.

ALIMENTOS. PENSIÓN DEFINITIVA. FIJACIÓN DEL MONTO, PREVIO ANÁLISIS DE SU PROPORCIONALIDAD. El tribunal de segundo grado infringe el artículo 311 del Código Civil para el Distrito Federal, cuando al pronunciar su fallo se limita a fijar arbitrariamente una pensión alimenticia equivalente a un salario mínimo general mensual vigente en el Distrito Federal, sin analizar previamente la proporcionalidad que se debe observar para su cuantificación, pues de conformidad con el precepto citado los alimentos deben ser proporcionales a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades del que debe recibirlos. Lo cual significa que dicho Tribunal de apelación no puede referirse al salario mínimo como base para determinar el monto de la pensión alimenticia a cargo del hoy tercero perjudicado, sino que está obligado a analizar los medios de prueba aportados, para de ahí determinar el importe que habrá de cubrirse por concepto de pensión alimenticia, refiriéndose a las necesidades del menor acreedor, frente a las posibilidades del deudor alimentario; e incluso, el referido Tribunal responsable está en aptitud de proveer oficiosamente, por tratarse de un asunto de *orden público e interés social*, sobre el desahogo de pruebas conducentes, en caso de que las aportadas no fueren suficientes para colmar la finalidad perseguida, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles. Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Precedentes: Amparo directo 3315/94. Sara Virginia Calderón Sánchez. 7 de julio de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Walter Arellano Hobelsberger.

Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, VII-enero, p. 341.

PATRIA POTESTAD, ESTUDIO OFICIOSO DE LAS CUESTIONES RELATIVAS A LA PÉRDIDA DE LA. El tribunal de alzada correctamente se sujetó a lo previsto en el artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, al estudiar de oficio la cuestión relativa a la pérdida de la patria potestad decretada por el juez de primer grado, a pesar de que el apelante nunca alegó la violación del artículo 259 del Código Civil, ni esgrimió agravio en relación a ese punto, porque los artículos 940 y 941 del ordenamiento legal citado en primer término, establecen que tratándose de controversias de orden familiar, los jueces y tribunales están facultados para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, de manera especial cuando se trata de menores y de alimentos teniendo facultades para decretar las medidas necesarias que tiendan a preservar la familia y a proteger a sus miembros, así como para suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho, por considerar la ley que tal materia es de *orden público*, en virtud de constituir la familia la base de la integración de la sociedad. Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Precedentes: Amparo directo 5077/90. Catalina Eugenia Muñoz Gómez. 7 de diciembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Eduardo Francisco Núñez Gaytán.

Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tesis I.9.C.14 C, novena época, II, agosto de 1995, p. 458.

ALIMENTOS. ACCIÓN DE PAGO DE. EN JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO DEBE ADMITIRSE EN LA VÍA RECONVENCIONAL. Es legalmente admisible la acción de pensión alimenticia, hecha valer reconvencionalmente en un juicio de divorcio, en el que la contraparte sólo demandó la disolución del vínculo matrimonial, toda vez que las cuestiones relativas a la familia son de *orden público*, razón por la que basta ser titular del derecho para que se pueda reconvenir la ministración de alimentos ante el órgano jurisdiccional competente, máxime que el juez está facultado, aun oficiosamente, para dilucidar cuestiones de orden familiar, que implica la acción intentada de alimentos, para quienes tuvieren derecho a esa prestación, en términos del artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Precedentes: Amparo en revisión 2009/94. Purificación García y Estévez. 9 de febrero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Ismael Castellanos Rodríguez. Secretario: Ricardo Guevara Jiménez.

Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tesis XX.24 C, novena época, II, agosto de 1995, p. 507.

DIVORCIO. EL TÉRMINO FIJADO POR LA LEY PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN ES DE CADUCIDAD Y NO DE PRESCRIPCIÓN, TRATÁNDOSE DE. Tratándose de divorcio, el término fijado por la ley para el ejercicio de la acción es un término de caducidad y no de prescripción, y si bien es cierto que ambos son formas de extinción de derechos que se producen por el transcurso del tiempo, también es cierto que, no deben confundirse porque la caducidad es condición para el ejercicio de la acción, por lo que debe estudiarse de oficio; en cambio la segunda sólo puede analizarse cuando se hace valer por parte legítima; por ende en materia de divorcio, tomando en consideración su carácter excepcional porque pone fin al matrimonio, el término señalado por la ley para el ejercicio de la acción, debe estimarse como un término de caducidad, porque si la acción de divorcio estuviera sujeta a prescripción, su término no correría entre consortes y la amenaza del cónyuge con derecho a solicitarlo sería constante, afectándose con la incertidumbre, todos los derechos y obligaciones que forman el estado civil del matrimonio, intereses que dejan de ser del orden privado, y pasan a afectar la estabilidad de la familia y el *orden público*. Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito.

Precedentes: Amparo directo 132/95. Baldemar Moreno Espinoza. 27 de abril de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: Stalin Rodríguez López.

Tercera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, tesis 3./J. 12/92, octava época, 56, agosto de 1992, p. 23.

DIVORCIO NECESARIO. NO LE SON APLICABLES TODAS LAS REGLAS ESPECIALES DE LAS CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR, PERO SÍ LA RELATIVA A LA SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LOS PLANTEAMIENTOS DE DERECHO DE LAS PARTES CUANDO DE ELLAS DEPENDA QUE SE SALVAGUARDE A LA FAMILIA, CON INDEPENDENCIA DE QUE PERMANEZCA O SE DISUELVA EL VÍNCULO MATRIMONIAL (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL). Las reglas y formas especiales sólo pueden aplicarse a los casos específicos a que las destinó el legislador. Como el divor-

cio necesario no se encuentra dentro de los casos que prevé el artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ni tiene una regulación propia para su tramitación dentro del ordenamiento citado, se rige por las disposiciones generales del juicio ordinario y, por tanto, no le son aplicables, en principio, todas las reglas especiales establecidas para las controversias de orden familiar. Sin embargo, como excepción y por mayoría de razón, les es aplicable la regla especial que prevé el segundo párrafo del artículo 941 del propio cuerpo legal, relativa a la suplencia de la deficiencia de los planteamientos de derecho de las partes, cuando la aplicación de esta figura procesal dé lugar a salvaguardar a la familia, en virtud de que la intención del legislador al establecer esta regla para las controversias del orden familiar, a saber, el preservar las relaciones familiares evitando que en estos asuntos una inadecuada defensa afecte a esa institución, y la razón a la que obedece su establecimiento, que expresamente consigna en el artículo 940, a saber que los problemas inherentes a la familia se consideran de *orden público* por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad, operan de manera más clara e imperativa tratándose del divorcio necesario pues implicando éste la disolución del vínculo matrimonial, problema capital que afecta a la familia, debe garantizarse que no se perjudique a ésta con motivo de una inadecuada defensa. Lo anterior se reafirma si se considera que la razón por la que el legislador no incluyó al divorcio necesario dentro del procedimiento para las controversias de orden familiar fue porque rigiéndose aquél por las disposiciones del juicio ordinario, que exigen mayores formalidades y establecen plazos más amplios para el ofrecimiento y recepción de pruebas, se tiene la posibilidad de preparar una defensa más adecuada, lo que favorece la preservación y unidad familiar. Por la importancia social de la familia, prevista en el artículo 4o., de la Constitución, se debe admitir la suplencia referida, lógicamente cuando la aplicación de esa figura procesal tenga como efecto la salvaguarda de la familia, independientemente de que ello se consiga con la disolución o no del vínculo conyugal. Además justifica lo anterior el que al introducir esa figura procesal el legislador, no la circunscribió a las controversias de orden familiar especificadas en el artículo 942 citado sino que usó la expresión “en todos los asuntos de orden familiar”, aunque, respecto del divorcio, que tiene su naturaleza debe limitarse a la hipótesis precisada, en que la suplencia conduzca a proteger a la familia.

Precedentes: Contradicción de tesis 11/91. Entre las sustentadas por el Primer y Tercer Tribunales Colegiados en Materia Civil del Primer

Circuito. 3 de agosto de 1992. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: María Estela Ferrer Mac-Gregor Poisot. Tesis de Jurisprudencia 12/92. Aprobada por la Tercera Sala de este alto Tribunal en sesión privada celebrada el tres de agosto de mil novecientos noventa y dos. Cinco votos de los señores ministros: Presidente: José Trinidad Lanz Cárdenas, Mariano Azuela Güitrón, Sergio Hugo Chapital Gutiérrez, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez y Miguel Montes García.

Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, XII-noviembre, p. 377.

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

Precedentes: Amparo directo 315/92. Filemón Merino Cerqueda. 30 de abril de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Rubén Pedrero Rodríguez. Secretario: Carlos Gregorio Ortiz García.

Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, IX-abril, p. 490.

DIVORCIO NECESARIO. LE SON APLICABLES LAS DISPOSICIONES RELATIVAS A LAS CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR. En los recursos de apelación derivados de un juicio de divorcio necesario, el tribunal de alzada debe suplir la deficiencia de los agravios por tratarse de la conservación del matrimonio; apoyándose en los artículos 940 y 941 del Código de Procedimientos Civiles, que este Tribunal Colegiado estima aplicables, aun cuando el juicio se hubiera seguido en la vía ordinaria civil, pues es indiscutible que la disolución del matrimonio es un problema inherente a la familia que se considera de *orden público*, por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad, como lo establece el segundo párrafo del artículo 941 del propio Código Procesal, al tratarse de un

asunto de orden familiar, los jueces y tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Precedentes: Amparo directo 7173/91. Marcela Cruz Villagrán. 16 de enero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: José Becerra Santiago Santiago. Secretario: Antonio Rodríguez Barajas. Amparo directo 1013/90. Graciela Téllez Loes. 14 de junio de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Enrique Ramírez Gámez. Octava Época. Tomo VII-mayo, página 190. Véase: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, número 56, pág. 23, tesis por contradicción 3ª/J.12/92.

Entre otras resoluciones, encontramos la que determina que los Jueces Familiares, en determinados supuestos, pueden calificar y estimar la existencia del *orden público* con relación a una ley, y no pueden declarar que no siendo aplicable una ley en los conceptos que la informaron por cuestión de *orden público*, conserva aún ese carácter y subsistan sus finalidades (Quinta Época. Tomo XXVI. P. 1533. Tomo XXXI. P. 570. 2807).

En abril de 1998, el Primer Tribunal Colegiado del Tercer Circuito en Materia Civil, determinó que los alimentos son cuestión de *orden público* y deben ser satisfechos inmediatamente; en este caso, se busca que la necesidad se satisfaga de inmediato, de acuerdo con lo que haya ocurrido en el juicio de primera instancia, en ningún supuesto se debe esperar a que se aporte en ejecución de sentencia la cuantificación de la pensión definitiva, por lo que la responsable debe fijar en la sentencia el monto de la pensión por alimentos que se reclamen al deudor alimentario. Amparo Directo 1481/97. Linet Padilla Barba. 16 de octubre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente Carlos Arturo González Zárate. Secretario Arturo García Aldaz.

Igualmente en enero de 2004, los Tribunales Colegiados de Circuito en la Novena Época, el Sexto en Materia Civil, en relación al artículo 417 del Código Civil para el Distrito Federal, determinó que:

La eficacia del derecho de visita dándole efecto, calor humano, presencia personal, respaldo espiritual y respeto a su persona e intimidad, es una cuestión de *orden público e interés social*, dado que en su observancia está interesada la sociedad y el Estado, porque de su efectivo cumplimien-

to depende el desarrollo armónico e integral del menor que, en ocasiones, por causas ajenas a su voluntad, vive separado de uno o ambos progenitores. Es por eso que el propio numeral contiene normas tendentes a lograr dicha función, ya que el goce y disfrute determinará lo que más convenga al interés preponderante del menor que sólo podrá suspenderse, limitarse o perderse por resolución judicial expresa y cuando se haya perdido la patria potestad. Como se advierte, la teleología del artículo 417 en comentario se encamina a la conservación de un entorno familiar saludable y favorable para el pleno desarrollo personal y emocional de los sujetos cuando no se encuentran bajo su custodia, si ejercen la patria potestad, tendrán derecho a convivir y disfrutar de momentos en común, en aras de tutelar el interés preponderante del menor, teniendo sólo como limitante para que se suspenda, el ejercicio del derecho de visita y convivencia que exista peligro para el menor, caso en el que el juzgador podrá aplicar las medidas correspondientes a fin de salvaguardar el interés superior del menor, contra alguno de los progenitores.

Respecto a este tema específico, el legislador en septiembre de 2004, ha modificado este supuesto de la visita y convivencia para regular lo que llama guarda y custodia compartida, autorizando al juez familiar a decretar el cambio de custodia de los menores siguiendo el procedimiento respectivo.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- BELLUSCIO, Augusto César, *Manual de Derecho de Familia*, 7a. ed., actualizada y ampliada, Buenos Aires, Argentina, Astrea, 2002, t. I.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Diccionario de derecho constitucional, garantías y amparo*, 5a. ed., México, Porrúa, 1997.
- CICU, Antonio, *Derecho de familia*, Buenos Aires, Argentina, Ediar, 1947.
- DURÁN ACUÑA, Luis David, *Estatuto Legal de la Familia y el Menor. Compilación Legislativa*, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Cien estudios jurídicos, colección seleccionada de 1942 a 1996*, Madrid, España, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1998, t. I.
- , *Manual de Derecho Civil Español*, Madrid, España, Revista de Derecho Privado, 1963, vol. IV.

- FUENTES MEDINA, Gerardo, Tesis de licenciatura sobre el Orden Público en el Derecho Familiar, dirigida y aprobada por el suscrito.
- GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *Derecho familiar*, 3a. ed., México, Promociones Jurídicas y Culturales, 1988.
- GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián *et al.*, *Compendio de términos de derecho civil*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 2004.
- GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián y ROIG CANAL, Susana, *Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México, Distrito Federal del Año 2000*, México, Porrúa, 2003.
- GUTIÉRREZ-ALVIS Z. y FAUSTINO, Armario, *Diccionario de derecho romano*, Madrid, Reus, 1995.
- IGLESIAS, Juan, *Derecho romano, instituciones de derecho privado*, 5a. ed., Barcelona, Ariel, 1958.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, “Derecho de familia”, *Principios de derecho civil*, 2a. ed., Madrid, Trivium, 2001.
- MARGADANT S., Guillermo Floris, *El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 19a. ed., México, Esfinge, 1993.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de derecho civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, 1988, t. IV, Derecho de familia.
- PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *Diccionario para juristas*, México, Porrúa, 2000, t. II, J-Z.
- PINA, Rafael de y PINA VARA, Rafael de, *Diccionario de Derecho*, 27a. ed., México, Porrúa, 1999.
- PIETRO, Alfredo di y LAPIEZA ELLI, Ángel Enrique, *Manual de derecho romano*, 4a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1985.
- SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico*, trad. de José Santacruz Teijeiro, Barcelona, Bosch, 1960.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Diccionario jurídico mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, t. VI, L-O.
- VILLORO TORANZO, Miguel, *Revista de la Facultad de Derecho*, 1975, t. XXV. núms. 99 y 100.
- VOLTERRA, Eduardo, *Instituciones de derecho privado romano*, Civitas, 1991.

Legislación consultada

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *Código Familiar para el Estado de Hidalgo*, 10a. ed., Pachuca de Soto Hidalgo, México, Gobierno del Estado de Hidalgo, 1984.

—————, *Código Civil para el Distrito Federal. Revisado, actualizado y acotado*, 72a. ed., México, Porrúa, 2004.

—————, *Código Civil Federal. Revisado, actualizado y acotado*, 3a. ed., México, Porrúa, 2004.

—————, *Proyecto de Código Familiar Tipo para los Estados Unidos Mexicanos*, México, Porrúa, 2004.

—————, *Código de Procedimientos Familiares Tipo para los Estados Unidos Mexicanos*, México, Porrúa, 2004.

Code Civil Francais, 2001, Mise à jour par André Lucas, Paris, Editions Litec, 2001.

Enciclopedias

Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1964, t. XXI.

Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona, Francisco Seix, 1986, t. XVIII.