



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

---

---

FACULTAD DE DERECHO

PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO FAMILIAR

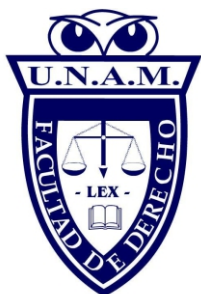
TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

JUAN ANTONIO SÁNCHEZ DE LA ROSA

ASESOR: DR. JULIÁN GÜITRÓN FUENTEVILLA



CIUDAD DE MÉXICO

2016



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

## INDICE DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	I
CAPÍTULO I DE LOS PRINCIPIOS.....	1
I. ¿Qué es un Principio? .....	3
1. Definición de Principios Generales del Derecho .....	9
A) Diferencia entre Principio y Regla .....	17
B) Diferencia entre Políticas y Principios .....	25
2. Enfoque Histórico de los Principios a través de diferentes Teorías: .....	26
A) Teoría de John Austin .....	29
B) Teoría de Herbert Lionel Adolphus Hart.....	34
C) Teoría de Robert Alexy .....	44
D) Teoría de Ronald Dworkin .....	55
II. Argumentos y contra-argumentos positivistas respecto de la aplicación de Principios ..	66
III. Teoría de la Discrecionalidad Judicial .....	69
IV. Casos Difíciles.....	70
V. Derecho y Moral .....	72
VI. Ética y Moral .....	76
VII. De la aplicación de un Principio .....	78
CAPITULO II DEL DERECHO FAMILIAR .....	80
I. ¿Qué es el Derecho Familiar? .....	81
1. Concepto de Familia.....	82
A) Biológico .....	82
B) Sociológico.....	83
C) Jurídico .....	84
II. Enfoque histórico del Derecho Familiar .....	85
1. Egipto .....	87
2. Babilonia.....	88
3. India.....	89

4. China .....	91
5. Grecia .....	92
6. Roma .....	94
7. Israel .....	96
8. Germanos .....	97
9. Cristianismo .....	98
10. Edad Media .....	100
11. Código Napoleónico de 1804.....	102
12. México .....	105
A) Época Prehispánica .....	105
B) Época Colonial.....	109
C) México Independiente: Códigos Civiles locales de Oaxaca y Zacatecas.....	111
D) Leyes de Reforma de 1857-1861.....	113
E) Proyecto de Código Civil de Justo Sierra de 1861 .....	115
F) Código Civil del Imperio Mexicano de 1866 .....	115
G) Código Civil de Veracruz-Llave de 1868.....	116
H) Código Civil del Estado de México de 1869.....	117
I) Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 .....	118
J) Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884.....	121
K) Ley de Divorcio de 1914 .....	122
L) Ley sobre relaciones familiares de 1917 .....	124
M) Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1928.....	126
N) Código Civil para el Distrito Federal del 2000 .....	129
III. Naturaleza Jurídica del Derecho Familiar .....	133
IV. Autonomía del Derecho Familiar .....	134
1. Criterios para determinar la Autonomía del Derecho Familiar .....	137
A) Criterio Legislativo.....	138
B) Criterio Científico.....	139
C) Criterio Didáctico.....	141
D) Criterio Jurisdiccional .....	142
E) Criterio Institucional.....	143
F) Criterio Procesal.....	143

CAPITULO III MARCO JURÍDICO NACIONAL Y TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHO FAMILIAR .....	145
I. LEGISLACIÓN NACIONAL .....	148
1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	149
A) Artículo 1ro Constitucional .....	150
B) Artículo 3ro Constitucional .....	153
C) Artículo 4to Constitucional .....	156
D) Artículo 16 Constitucional .....	160
E) Artículo 27 Constitucional .....	161
F) Artículo 29 Constitucional.....	163
G) Artículo 107 Constitucional .....	166
H) Artículo 123 Constitucional .....	168
2. Códigos Familiares en México.....	173
A) Código Familiar del Estado de Hidalgo de 1983 .....	174
B) Código Familiar del Estado de Zacatecas de 1986.....	177
C) Código Familiar del Estado de Michoacán de 2004.....	180
D) Código Familiar del Estado de Morelos de 2006 .....	182
E) Código Familiar del Estado de San Luis Potosí de 2008 .....	184
F) Código Familiar del Estado de Sonora de 2009 .....	186
G) Código Familiar del Estado de Yucatán de 2012.....	189
H) Código Familiar del Estado de Sinaloa de 2013 .....	191
II. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES .....	194
1. Tratados Internacionales de Derecho Familiar .....	209
2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	214
CAPITULO IV PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO FAMILIAR.....	218
I. Principio de Equidad de Género Jurídico en Derecho Familiar. ....	235
II. Principio del Interés Superior del Menor.....	241
III. Principio del Interés Superior de la Familia.....	246
IV. Principio de Orden Público e Interés Social en Derecho Familiar.....	249
V. Principio de Protección Familiar. ....	256
VI. Principio de Solidaridad Familiar. ....	260

VII. Principio Pro Persona en Derecho Familiar .....	264
CONCLUSIONES.....	272
BIBLIOGRAFIA.....	276

## INTRODUCCIÓN

La familia siempre debe estar protegida, su regulación jurídica debe estar actualizada y bajo ninguna circunstancia se debe poner en riesgo la estabilidad del núcleo más importante de la sociedad. Los principios son fundamentales para conseguir dichos objetivos, debido a que son la esencia de todo y no pueden dejar de ser observados, es por ello, que la presente investigación tiene como objetivo demostrar la existencia de los Principios Generales de Derecho Familiar, mencionar cuáles son y destacar la importancia de su aplicación en el Sistema Jurídico Mexicano.

En el capítulo I, analizamos de manera integral los principios, comenzando por responder a la pregunta: ¿Qué es un principio?, así como sus diferencias con las reglas y directrices políticas, observando la evolución en el estudio de los principios a través de diferentes teorías que plasman la importancia de estos en el Derecho. Posteriormente, se estudia la aplicación de principios, exhibiendo diferentes argumentos y contra-argumentos que nos hacen preguntarnos si, ¿el juez está obligado a aplicar principios?, ¿qué relevancia tienen en la práctica jurídica?, finalizando el capítulo con la relación de los principios con temas como los casos difíciles, la ética y la moral.

En el Capítulo II, nos adentramos en el estudio del Derecho Familiar, primero realizando un recorrido por la Historia de la familia, para conocer su evolución hasta nuestros días, mostrando su organización y regulación jurídica en diversas sociedades. En el caso específico de México se muestra la estructura de la familia en la época prehispánica y colonial, asimismo se menciona la influencia e importancia del Código Napoleónico de 1804 en México, continuando con el estudio general de la regulación jurídica de la familia desde los Códigos Civiles locales de Oaxaca de 1829 y Zacatecas de 1831, hasta el Código Civil para el Distrito Federal del 2000. La parte final del capítulo la dedicamos al estudio de la naturaleza jurídica del Derecho Familiar y a la fundamentación para demostrar su autonomía respecto del

Derecho Público y Privado, basándonos en seis criterios, el legislativo, científico, didáctico, jurisdiccional, institucional y procesal.

En el Capítulo III, se realiza un análisis de diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que influyen directamente en la familia, resaltando aspectos puntuales de cada uno de ellos, que sirven para plasmar la importancia de los principios en nuestro país. Enseguida se menciona el contenido general de los ocho Códigos Familiares vigentes en la República Mexicana, que demuestran la necesidad de la unificación de la regulación jurídica de la familia. El capítulo continúa con los Instrumentos Internacionales, donde se realiza el estudio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, su importancia y alcance para nuestro país, a la luz de las Reformas Constitucionales en materia de Derechos Humanos del 10 de junio de 2011, por lo cual se enlistan los Tratados Internacionales de Derecho Familiar que han sido incorporados debidamente a nuestro sistema jurídico, para observar la protección familiar tan amplia que nos ofrece el ámbito Internacional, así como la relevancia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde su jurisprudencia resulta determinante para la familia.

En el Capítulo IV, se mencionan los Principios Generales de Derecho Familiar, los cuales encuentran su fundamento en nuestra Constitución, Tratados Internacionales o en los criterios que emite nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dichos principios son elementales para la familia, deben ser estructurados y aplicados en nuestro país, ya que un Estado que adopta un modelo de Derechos Humanos, no puede darse el lujo de tratarlos como simples complementos.

Para la presente investigación nos apoyamos en el método analítico, puesto que para ubicar cada principio, es necesario desintegrar el todo en partes, asimismo nos fue de gran ayuda el método histórico, para conocer todos aquellos hechos pretéritos que han formado parte de la evolución de la familia, debido a que resulta trascendental observar que las relaciones



familiares y la estabilidad de la familia, siempre han sido fundamentales para el desarrollo y éxito de una sociedad.

# CAPÍTULO I

## DE LOS PRINCIPIOS

Cuando se realiza una investigación en cualquier campo del conocimiento, se busca estructurar una comprensión desde todos los ángulos posibles, sin perder el objetivo principal del trabajo, es decir, se trata de llegar al origen de lo que pretendemos explicar, a raíz de esto encontramos un grave problema, ubicar el contexto en el que se estudió dicha cuestión que tratamos de encontrar, suele ser siempre distinta de lo que conocemos en la actualidad, por ejemplo, el estudio del Derecho, no es el mismo análisis que se le daba en la época de Justiniano, que el que encontramos en la Revolución Francesa, por lo cual muchos de los conceptos que pueden parecerse iguales, no fueron tratados de la misma manera en ambas etapas de la Historia, pero siempre suelen tener rastros de lo que fueron en otros contextos, jamás podrán negar su origen, siempre estarán atados a lo que les dio vida.

Ahora bien, el estudio de los *principios* es muy complejo, ya que debemos de conocer el contexto del que se habla y sobre todo, cuál es la finalidad que le daremos a dichos principios; la importancia de estos ejes radicará en la forma de abordar el estudio de los mismos, puesto que no podemos tratar a un principio de manera simple y general, como regularmente se les ha estudiado. Todo lo anterior tiene que ver además del contexto en el que se encuentra dicho estudio, el sistema jurídico que se tiene en determinado lugar y la cultura de su población, puesto que ellos serán los responsables de aplicar o no, estos principios de manera efectiva, donde la importancia que tomen en la aplicación del Derecho depende de estos factores.

Muchos juristas han tratado de dar su concepto de aquello que denominamos como Derecho, ya que es muy difícil definirlo, pero en la actualidad debemos de entender que la idea de concebir al Derecho como un sistema de normas únicamente, ha quedado rebasada, no podemos decir que el Derecho solo sea un conjunto de normas que regulan la conducta

humana en sociedad, ya que en el momento en que esta no ofrezca una clara solución a un caso concreto, tendremos que recurrir a la discreción de una sola persona, la cual no sabremos como resolverá, provocando una inseguridad jurídica; recordando que el Derecho tiene tres fines esenciales: el bien común, justicia y seguridad jurídica,<sup>1</sup> si uno de estos no está presente, ya no hablaremos de Derecho sino de una simple técnica de control social por ende, la idea de que el Derecho se limita al conjunto de normas, provocaríamos que las decisiones de un caso en particular recaigan en una sola persona, si bien es cierto, en México los casos jurídicos son resueltos por once ministros en la última instancia que integran nuestro Máximo Tribunal, no obstante el camino que hay que recorrer para que algún asunto llegue al mencionado Tribunal es largo, por lo cual, se pretende que los casos jurídicos sean resueltos de una manera eficaz por el Juez en Turno, sin dilatar el asunto.

Ahora bien, existen dos puntos de vista muy diferentes para estudiar a los principios, como lo dice el Dr. Ronald Dworkin en su obra Los derechos en serio:

*“ a) Podríamos tratar los principios jurídicos tal como tratamos las normas jurídicas, y decir que algunos principios son obligatorios como derecho y que han de ser tenidos en cuenta por los jueces y juristas que toman decisiones de obligatoriedad jurídica. Si adoptamos este punto de vista, debemos de decir que en los Estados Unidos, por lo menos, el <<derecho>> incluye tanto principios como normas.*

*b) Podríamos, por otra parte, negar que los principios puedan ser obligatorios de la misma manera que lo son algunas normas. Diríamos en cambio que, en casos como el de Riggs o el de Henningsen, el juez va más allá de las normas que está obligado a aplicar (es decir, va más allá del*

---

<sup>1</sup> Le Fur, Louis, *Los Fines del Derecho*, trad. de Daniel Kuri Breña, 4ta ed., México, UNAM, 1967, p.25.

<<derecho>>), en busca de principios extra-jurídicos que es libre de seguir si lo desea.”<sup>2</sup>

Estos enfoques resultarán fundamentales para la presente investigación puesto que en el Sistema Jurídico Mexicano encuentran relevancia debido a que en la actualidad el uso y aplicación de principios en cualquiera de los dos sentidos, resulta ser una herramienta para fortalecer los argumentos jurídicos, no importando la formación jurídica del impartidor de Justicia, ya que los principios son esenciales en el Derecho y, por lo tanto deben de ser observados, no por la vinculación que tengan estos sino por la importancia que ellos puedan tener en una cuestión jurídica.

## I. ¿Qué es un Principio?

Cuando se emprende con el estudio de lo que denominamos Derecho, encontramos que hay muchas posturas de acuerdo a la aplicación e interpretación de las normas jurídicas, hay obras literarias donde tratan de dar claridad a estos temas, pero encontramos que no se analizan a la par de los principios, es decir, siempre ponemos mucha atención en el texto de las normas jurídicas pero dejamos de lado lo que los principios generales del Derecho pueden ofrecernos; la importancia de éstos, en un sistema jurídico determinado no es analizada como se debería, dejando en evidencia que no tenemos una clara visión de lo que realmente significan estos principios, o que simplemente no queremos tomarlos en cuenta.

---

<sup>2</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, España, Planeta-Agostini, 1993, p. 81.

Al iniciar la Licenciatura en Derecho, siempre se escucha hablar a muchos juristas, estudiosos del Derecho, de la importancia del análisis de los principios, de la aplicación de éstos, de las máximas que debemos de aprendernos a la par del estudio de la norma jurídica, vemos plasmada una larga lista de estos principios, en libros de alta calidad, pero ¿realmente en la vida práctica del Derecho son tomados en cuenta?, es una pregunta que ha desatado muchas opiniones donde unos descartan la idea de la aplicación de principios y la escasa eficacia de éstos, otros por el contrario, resaltan la importancia de los principios en cualquier sistema jurídico, aquí encontramos que hay muchas corrientes del pensamiento jurídico que nos dan su punto de vista para responder a esta cuestión, destacamos las corrientes como el positivismo jurídico, el iusnaturalismo, el sociologismo y realismo jurídico entre otras, en este caso nos centraremos en el estudio de las posturas de las dos primeras corrientes, ya que es donde más claro se ve la argumentación para la importancia de los principios generales del Derecho.

En primer lugar, debemos de decir qué entendemos por la palabra *principio*, para después dar una serie de conceptos de lo que es un principio, la Real Academia Española en su Diccionario de la Lengua Española nos da la siguiente definición:

*“principio. (Del lat. principium). m. primer instante del ser de algo. || 2. Punto que se considera como primero en una extensión o en una cosa. || 3. Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia. || 4. Causa, origen de algo. || 5. Cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes...”<sup>3</sup>*

Como podemos observar, un principio es aquello que da origen a lo demás, pero al ser una definición simple de esta palabra, resulta muy amplia ya que podría ser aplicada a cualquier campo del conocimiento que lo requiera, por lo cual, tendremos que dar una definición de lo que es un principio en el

---

<sup>3</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Segunda ed., España, 2001, p. 1244.

contexto jurídico, sociológico y filosófico, para ello tenemos diferentes exponentes de estos campos de estudio, que a lo largo de la historia nos han brindado los siguientes conceptos.

Por su parte, el Diccionario de Derecho Social nos resalta la importancia de los principios mencionando lo siguiente:

*“...Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, o a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe”<sup>4</sup>*

Es claro que cuando se tiene un problema jurídico se trata de resolver de la mejor manera, utilizando todas las herramientas posibles para solucionarlo, más allá de las normas, tenemos a los principios que sin duda alguna sirven para dar más fuerza a una decisión o ser orientadores en algún sentido. En el contexto filosófico a través del Diccionario de Filosofía de J. Ferrater Mora encontramos que el origen de la palabra principio:

*“...Se traduce con frecuencia el término griego ἀρχή por <<principio>>. A la vez se dice que en el supuesto de que algunos presocráticos --- especialmente Anaximandro ---- hubiesen usado dicho término para describir el carácter del elemento al cual se reducen todos los demás, tal elemento sería, en cuanto realidad fundamental, <<el principio de todas las cosas>>”<sup>5</sup>*

Como podemos observar, los principios siempre han estado presentes en muchas áreas del conocimiento, las cuestiones filosóficas no los han perdido de vista, porque al tomar la palabra principio podemos encontrar una versatilidad de acuerdo al contexto en el que se quiera aplicar, no cabe duda

---

<sup>4</sup> Capón Filas, Rodolfo, et al. *Diccionario de Derecho Social*, Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Rubinzal y Culzoni S.C.C. Editores, Argentina, 1987, p. 134.

<sup>5</sup> Ferrater Mora, J, *Diccionario de Filosofía*, Ariel, Barcelona, K-P, Tomo III, pp. 2907 y 2908.

que estos estándares son muy importantes para la construcción del conocimiento; estos dos conceptos a pesar de ser diferentes encuentran una similitud que incluso encontraremos en las posteriores concepciones, ambas coinciden en que los principios dan origen a lo que le sigue y que en cuanto más amplia sea nuestra investigación tendremos que afrontar problemas, que pueden provocar que nos desviemos de nuestro objetivo y bastará con voltear a ver el origen de nuestro estudio, encontrando principios que nos ayudaran a enderezar el camino o encontrar una solución.

Los siguientes conceptos de principios están enfocados en el contexto jurídico, puesto que al mencionar la definición de palabra principio en sentido general, aludimos a ese origen, sin embargo, los conceptos que nos interesan para la presente investigación son eminentemente jurídicos, ya que se basan en una teoría en la cual los principios adquieren mucha importancia para la solución de casos jurídicos.

El primer concepto a mencionar se lo debemos a Robert Alexy que describe a los principios de la siguiente manera:

*“... los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”<sup>6</sup>*

Este concepto de inmediato toca una fibra muy sensible para el estudio de los principios, es decir, menciona que los principios son normas, esto no es cosa fácil de afirmar, ya que para este autor no hay una distinción entre norma y principio sino entre regla y principio lo cual obedece a que los principios mencionados por este autor son únicamente los jurídicos. Como podemos observar tenemos una idea que solo despierta aún más la necesidad de darle la importancia que se merecen los principios, no solo la idea de que se apliquen en la mayor medida posible, sino que *sí se deben*

---

<sup>6</sup> Alexy Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 3ra reimpresión., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 67.

*aplicar*, de manera efectiva y no parcialmente, si bien es cierto, que cada sistema jurídico tiene sus particularidades, debemos de decir que eso no implica que los principios estén fuera de lo que entendemos como Derecho sino que son parte de él y que deben formularse criterios para su aplicación por parte de los impartidores de justicia.

Por otra parte, el autor norteamericano Ronald Dworkin nos da la definición de principio de la siguiente manera:

*“Llamo <<principio>> a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”<sup>7</sup>.*

El mismo autor en su texto trata de darnos una diferencia entre lo que él considera como <<normas>>, <<principios>> y <<directrices políticas>>, que en nuestra investigación tiene un espacio específico de análisis, pero es importante mencionar desde este momento, la existencia de estas palabras que significan cosas muy diferentes y sobre todo, juegan un papel importante en nuestro sistema jurídico.

Encontramos una clara distinción entre todos los conceptos antes mencionados, debido a que identificamos la corriente filosófica a la que son parte o por la que se inclinan más, dada la trascendencia de esta última idea de principio podemos demostrar que no solo se refiere a un formalismo jurídico, como antes lo habíamos mencionado, es decir, la cuestión de tratar al Derecho como sólo un sistema de reglas, sino que incluye en buena parte criterios morales que para algunos autores deben de ser tomados como algo que está “fuera” de lo que denominamos Derecho, mientras que otros piensan que no hay que hacerlos a un lado, pero que en realidad no representan un elemento esencial, por ejemplo, al realizar una ley. Entre los conceptos de principios de Robert Alexy y Ronald Dworkin hay una gran diferencia, ya que el primero considera que los principios son normas

---

<sup>7</sup> Dworkin, Ronald, *op. cit.*, p.72.



mientras que el segundo afirma que los principios no lo son, pero algunas veces pueden hacer las funciones de esta, dicha disconformidad se debe al concepto de norma que cada uno tiene.

Es aquí donde localizamos un punto de partida para mencionar la tan antigua y aún vigente disputa entre dos corrientes del pensamiento jurídico como lo son el iuspositivismo y el iusnaturalismo que más adelante explicaremos a raíz de autores que defienden argumentos propios de estas posturas, pero diremos desde este momento que los criterios morales en la primera corriente no son importantes o lo son en una medida muy pequeña, mientras que en el iusnaturalismo encontramos el esplendor de los criterios morales ya que de estos se basara buena parte de lo que explica esta corriente, pero aquí hay que hacer una aclaración respecto de estos dos puntos de vista, si bien es cierto, que a lo largo de los años se han discutido ambas posturas, han surgido dentro de cada una de estas corrientes subdivisiones, como el *positivismo radical e incluyente* y el *iusnaturalismo clásico y racional*, estas ramificaciones no quieren decir que son algo diferente a su corriente, sino que tienen que ver con el transcurso del tiempo y del contexto en el que son defendidas, consideramos que derivan de la tolerancia que ha surgido, puesto que la sociedad avanza cada día más y hay argumentos de estas corrientes que quedan rebasados y por ende tienen que actualizarse, sin perder su origen o fundamento, pero sí que ha propiciado a un mejor entendimientos entre ambas percepciones. Como ya lo hemos explicado tomaremos como base a estas dos corrientes puesto que es donde más clara se ve la función que pueden desempeñar los principios; estas ramificaciones no quedan fuera de sus corrientes de origen, simplemente son una evolución de las mismas. Para el presente trabajo mencionaremos de manera general la distinción del positivismo radical e incluyente y del iusnaturalismo clásico y racional, donde siempre aclararemos de cual estamos hablando.

Tenemos entonces que un principio es un estándar que tiene que ser observado no porque resuelva un problema determinado en una sociedad (políticas), sino porque obedece a los fines del derecho.

## 1. Definición de Principios Generales del Derecho

A partir de este momento cada vez que mencionemos la palabra *principio* nos referiremos a un concepto relacionado con el Derecho, es decir, aplicaremos la palabra principio en el contexto jurídico.

Una vez que sabemos lo que es un principio, podemos entender de una mejor manera la definición de principios generales del Derecho, ya que es muy importante saber cuáles son los principios que nos ayudarán a comprender y estudiar el Derecho, como hemos resaltado, cuando se realiza un estudio profundo de las leyes que conforman un sistema jurídico, hay muchas veces en las que nos encontramos con una serie de dificultades que impiden saber lo que realmente dice la norma, ya que suelen contener palabras a las cuáles se les dan significados distintos de acuerdo a quien esté interpretando el texto de la ley, otro problema que encontramos es que al parecer hay supuestos que la ley no prevé o por lo menos no son muy claros, lo que provoca que necesitamos algo más que una ley para resolver un caso concreto, por ello estudiamos los principios generales del Derecho desde el inicio de nuestra formación profesional, los maestros nos han recalcado la importancia de estos, nos han citado a los juristas clásicos demostrando que los principios han sido fundamentales a lo largo de los años; pero hay que volver a aclarar los dos enfoques que hemos manejado antes, los efectos vinculantes que unos tienen y los demás que aún no están en un sistema jurídico determinado.

Muchos son los principios generales del Derecho que se enlistan de una manera estructurada en las diferentes obras que se tienen, todos ellos están en lo correcto, pero los principios no se pueden enlistar de tal manera que no se tenga duda que son todos los principios que hay, es decir, si hacemos un esfuerzo por enlistar los principios generales del Derecho, sabemos de entrada que estos se van a ir actualizando día a día, y puede que uno de los principios que mencionamos que esta fuera de un sistema determinado, al

otro día ya haya sido incluido a través del procedimiento correspondiente, es una labor titánica enlistar principios, por lo mismo se les da el nombre de principios generales ya que habrá muchos que no están en la lista pero que pueden estar presentes implícitamente y ser tomados en cuenta en alguna decisión jurídica.

Al respecto Ronald Dworkin nos aclara el panorama de lo complicado que es enlistar un principio mencionando lo siguiente:

*“...Si nosotros simplemente designamos a nuestra regla de reconocimiento con la frase “el conjunto completo de principios vigentes”, lo único que obtenemos es la tautología de que el derecho es el derecho. Si, en cambio, intentáramos realmente enlistar todos los principios vigentes fracasaríamos. Ellos son discutibles, su peso es absolutamente importante, son incontables, y cambian y se modifican tan rápidamente que el principio de nuestra lista sería obsoleto antes de que llegásemos a la mitad. Aunque tuviéramos éxito, no tendríamos la llave del derecho porque no quedaría nada para abrir con nuestra llave.”<sup>8</sup>*

Más allá de los argumentos y contraargumentos que existen para la aplicación de un principio en una decisión jurídica, debemos tener en claro algo, los principios han sido estudiados a lo largo de los años, hay sido defendidos y descalificados, han sido aplicados y han sido ignorados, pero algo que es evidente, es que los principios siempre han estado presentes en el estudio del Derecho y forman parte esencial para la formación profesional de los estudiosos del Derecho.

Otra cuestión que trae consigo el estudio de los principios generales del Derecho, es saber cómo los vamos aplicar en un sistema jurídico, así como

---

<sup>8</sup> Dworkin, Ronald, *¿Es el derecho un sistema de reglas?*, Cuadernillo de crítica 5, trad. Javier Esquivel y Juan Rebolledo G, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1977, p. 52.

el estudio que se hará sobre todos los principios que pudieran ser aplicables en un sistema determinado, es decir, mencionar todos los principios que a pesar de no estar contenidos en alguna norma jurídica pueden ser aplicables o aquellos principios que si están plasmados directa o indirectamente en una norma jurídica, lo que nos lleva a otro punto por aclarar, algunos autores hacen la distinción entre principios jurídicos y principios generales del Derecho, donde los primeros atañen a aquellos principios que están explícitamente o implícitamente en las reglas, y los segundos son aquellos tanto los que están incluidos en la ley como los que no están o los que estuvieron en un momento determinado incluidos en algún ordenamiento jurídico, por esta razón, consideramos que llamar principios jurídicos o principios generales del Derecho no tienen distinción, puesto que tratan de explicar aquellos estándares que se relacionan con el Derecho, por lo tanto, no habría distinción alguna.

Ahora bien, los principios generales del Derecho son definidos de la siguiente manera en la Enciclopedia Jurídica Mexicana del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM:

*“...II. Los principios generales del derecho son, de acuerdo con la definición proporcionada, criterios o entes de razón que expresan un juicio acerca de la conducta humana a seguir en cierta situación; p.e, el principio “dar a cada quien lo suyo”; uno de estos principios generales del derecho, es un criterio que expresa el comportamiento que han de tener los hombres en sus relaciones de intercambio; este criterio es real, tiene entidad, no como un ser que pueda ser captado por los sentidos del hombre (no como ser sensible), sino como un ser que subsiste en la inteligencia que lo concibe (como ser mental).”<sup>9</sup>.*

Al respecto, mencionaremos que si entendemos como Derecho positivo al que está escrito o el que ha sido establecido por los seres humanos, podemos decir que los principios generales de Derecho no están presentes

---

<sup>9</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, 2da ed., México, UNAM, Porrúa, 2004, tomo. V, pp. 780 y 781.

en la totalidad del Derecho positivo, con esto no queremos decir que sean parte este, porque es claro que no son parte, pero como lo hemos mencionado, habrá reglas que incluyen principios o que mejor dicho, se basaron o descansan en dicho origen, es decir, los principios generales son parte del Derecho (entendiendo que el Derecho no es sólo un sistema de reglas) y tienen una íntima relación con las reglas, no es que sean algo que este “fuera” del Derecho sino que son parte de este, si bien es cierto, no son universales todos los principios generales dado que dependen de las circunstancias y el tiempo en el que se esté, a pesar de ello, podemos decir que los principios pueden ser aplicados en cualquier ordenamiento jurídico si el legislador decide incluirlos o aplicarlos. Los principios jurídicos han cambiado y han crecido en número a lo largo de los años, no los podemos etiquetar con el derecho natural ni con el derecho positivo, al ser generales implican que pueden o no pueden estar contenidos en un sistema jurídico pero ello no quiere decir que no puedan ser tomados en cuenta por este. Al respecto tenemos la siguiente concepción para aclararnos un poco más esta cuestión:

*“Principios Generales del Derecho. Constituyen una fuente del Derecho Civil, por lo tanto si una cuestión civil no puede resolverse ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, ni por la aplicación de leyes análogas, se resolverá por los principios generales del Derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso... O sea, con los principios generales del Derecho se integra el ordenamiento jurídico en caso de lagunas...”<sup>10</sup>*

Sin duda alguna, cuando la ley no nos ofrece una solución, siempre tendremos a los principios generales del Derecho, lamentablemente son usados como residuos, es decir, cómo lo última opción lo cual nos parece erróneo puesto que ellos deberían de ser tan importantes como el texto de la ley, una herramienta más para la solución de cuestiones jurídicas. A

---

<sup>10</sup> Ackerman, Mario E, *et al. Diccionario Jurídico*, Argentina, Rubinzal-Culzoni eds., 2012, tomo II, I-Z, p.243.

continuación tenemos otra idea de lo que son los principios generales del Derecho:

*“los principios generales del Derecho son principios, en primer lugar, por su carácter básico. Generales, en cuanto trascienden de un precepto concreto y organizan y dan sentido a muchos. Y del Derecho, puesto que no se trata de meros criterios morales”<sup>11</sup>.*

El destacar que los principios generales del Derecho son más que meros criterios morales les da más fuerza, de ello derivará que no sean una fórmula vacía a la hora de ser tomados en cuenta sino que son un elemento clave para la fundamentación de una decisión jurídica.

Grandes Juristas han estudiado los principios generales del Derecho resaltando el papel que desempeñan en el Derecho, mencionaremos algunas de las ideas que han dado estos para encontrar su importancia. El jurista Luis Recasens Siches en la lucha por encontrar una amable relación entre el Derecho natural y el Derecho positivo menciona lo siguiente:

*“La afirmación de una estimativa jurídica o de un Derecho natural no implica que haya dos órdenes jurídicos: el del Derecho positivo y el del Derecho Natural; y que esos dos órdenes estén separados, el positivo acá en la tierra, y el natural en una especie de cielo de los valores.*

*Por el contrario, una gran parte del Derecho positivo de los pueblos civilizados ha convertido en realidad jurídica muchísimo principios e inspiraciones de Derecho natural. Y, diciendo lo mismo a la inversa, hemos de reconocer que gran parte de las directrices de Derecho natural han obtenido cumplimiento efectivo en las normas del Derecho positivo.”<sup>12</sup>*

---

<sup>11</sup> Enciclopedias Jurídicas Civitas, *Enciclopedia Jurídica Básica*, España, ed. Civitas, 1995, vol., III, p. 5095.

<sup>12</sup> Recasens Siches, Luis, *Introducción al estudio del Derecho*, 16va ed., México, Porrúa, 2009, p. 279.

En la actualidad encontramos sistemas jurídicos que recaen exclusivamente en la aplicación de la norma jurídica, puesto que no incluyen elementos ajenos a ella, provocando que todo recaiga en la interpretación de la ley por parte del juez, lo que ocasiona que no se tenga una idea unánime al interpretar dicha regla, uno de esos elementos que para muchos son poco útiles en la solución de problemas jurídicos son los principios generales del Derecho, los cuales como hemos visto aportan ideas que van más allá del texto rígido de la norma jurídica y que en muchas ocasiones muestran la esencia de esta, pero lamentablemente se sigue observando una clara intención de no aplicar, o aplicar totalmente el Derecho natural o el Derecho positivo, lo que origina que temas tan fundamentales como los son los principios, sean relegados y se les de poca importancia, que su estudio se limite a descalificarlos, por lo tanto en un país donde sólo se enseña un modelo para la formación de los futuros operadores jurídicos, ya sea el modelo iusnaturalista, el iuspositivista o cualquier otro, es claro que los estudiantes de Derecho de aquel país crecerán en su formación con las ideas de dicho modelo sin conocer los demás, dicho de otra manera, si uno, solo conoce un modelo con todos sus elementos, el día en que un elemento extraño sea estudiado, lo único que provocara es que se descarte desde un principio y se le reste importancia, dando como resultado que aquél sistema jurídico quede alejado de la realidad.

El profesor Sergio T. Azúa nos ofrece una conclusión específica respecto de la concepción de los principios generales del Derecho tanto en la corriente positivista como en la jusnaturalista mencionando que:

*“Las formas en que las corrientes jurídicas de tipo jusnaturalista y positivista han concebido la fórmula “Principios Generales del Derecho” no presentan diferencias de fondo, únicamente distintos niveles de profundidad en su fundamentación: Los jusnaturalistas observan los fundamentos del derecho positivo; los positivistas observan el ordenamiento jurídico mismo.*

*El resultado final es que hay una complementación de las dos corrientes, Una funciona en la otra.*<sup>13</sup>

Por tanto, tenemos que mencionar que efectivamente las dos corrientes deberían de ser complementarias, el problema es que no lo son, ya que ambas descansan en argumentos muy diferentes, por lo cual al aplicar en un sistema totalmente el iusnaturalismo, el iuspositivismo no podría operar totalmente y viceversa, es decir, debemos de encontrar una verdadera comunión entre ambas, lo que resulta muy difícil puesto que ninguna quiere ceder, las anteriores conclusiones nos explican claramente lo que ha sucedido durante muchos años, pero no nos ofrece una solución al problema.

Los principios generales del Derecho son fuente formal en el Derecho Mexicano, están inmersos en nuestro sistema jurídico, pero hay una gran discusión sobre los dos enfoques que hemos aclarado en cuanto al estudio de los principios, ya que sin duda alguna nuestro sistema jurídico es positivista, tenemos a la legislación que es la que nos da la solución a nuestros problemas jurídicos, pero cuando tenemos a los principios como fuente formal, debemos de tomarlos en cuenta aunque no se quiera; muchos juristas toman el primer enfoque para el estudio de los principios, es decir, en donde los principios son tomados en cuenta en la medida en que descansan sobre una ley vigente en el Derecho Mexicano, pero dejan fuera a los demás principios que no lo están, argumentando que no pueden ser tomados en cuenta porque no están en nuestro sistema.

Como sabemos, en años recientes se han llevado a cabo una serie de reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente en materia de Derechos Humanos, y es aquí donde tenemos argumentos fuertes para la aplicación de principios en nuestro país, partiendo de la idea de que los Derechos Humanos contienen muchos principios que no están en Legislación mexicana, si bien es cierto, que solo

---

<sup>13</sup> Azúa Reyes, Sergio T, *Los Principios Generales del Derecho*, 5ta ed., México, Porrúa, 2007, p. 68 y 91.



serán tomados en cuenta aquellos Derechos Humanos que estén contenidos en Tratados Internacionales de los que México sea parte, debemos de cuestionar si realmente: ¿Los impartidores de justicia conocen todos los Derechos Humanos contenidos en esos Tratados?, ¿tenemos un compendio de todos estos Tratados?, en este sentido ¿el Derecho es solo un sistema de reglas?, estas preguntas son solo algunas de las que nacen de estas importantísimas reformas.

El tema de los Derechos Humanos debe tratarse de manera puntual, debido a que siempre que se habla de estos, son relacionados automáticamente con el Derecho natural, pero ¿realmente pertenecen al Derecho natural?, ¿los Derechos Humanos tienen autor y fecha de invención?, son preguntas muy complicadas que podrían realmente cambiar la concepción de lo que conocemos hoy en día como Derechos Humanos, será que realmente ¿son aquellos que pertenecen a la persona por el hecho de serla?, y si seguimos la visión de los principios generales del Derecho desde el primer enfoque, tendríamos que aclarar desde el primer momento en que habláramos de Derechos Humanos en el Derecho Mexicano, que solo nos referimos a un grupo de Derechos Humanos reconocidos por nuestra Carta Magna, y jamás hablar del concepto general de Derechos Humanos, es decir, si limitamos la aplicación de principios a los que están directa o indirectamente en nuestra legislación, tendríamos que ser coherentes y decir que México solo protege ciertos Derechos Humanos y no la totalidad de estos; de la misma forma deberíamos de aclarar que en México hasta antes de las Reformas Constitucionales en materia de Derechos Humanos publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, los Derechos Humanos no formaban parte de nuestro sistema jurídico al menos no en la forma tan fundamental como en la actualidad, sino eran plasmados como garantías individuales, por lo tanto, considerarlos en aquel tiempo como parte del ordenamiento jurídico era un absurdo, por esta razón, hay algo que nadie puede negar, a pesar de la opinión que se tenga sobre los Derechos Humanos, y es que se debe estar consciente de que ya están inmersos en

nuestro sistema jurídico, por lo tanto, representan un gran reto para los juristas.

Más allá de todas las teorías que hay o que puedan surgir en torno a los principios, debemos de reconocer que han estado presentes desde hace mucho tiempo y que han servido de inspiración para la creación de muchas normas jurídicas, que se han trazado diferentes sistemas jurídicos bajo la concepción de los principios, siempre tratando de buscar que estos descansen en una regla y cuando esta no sea lo suficientemente completa, modificarla y añadirle los principios que le hagan falta, si bien es cierto, muchos principios han sido olvidados por las circunstancias temporales o por la formación de los juristas de diferentes épocas, eso no quiere decir que esos principios olvidados hayan desaparecido, los principios no tienen fecha de caducidad, no desaparecen, pueden evolucionar, pero siempre estará la posibilidad de que aquél principio que sirvió de mucho en la antigua Roma, pueda funcionar en la actualidad, ya que si partimos de la idea de la concepción de principios que hemos mencionado, estamos seguros que ningún principio podrá ir en contra de los fines del Derecho y por ende no habría pretexto para pensar que aplicando principios sacrifiquemos nuestra seguridad jurídica.

#### A) Diferencia entre Principio y Regla

Para conocer la diferencia que hay entre principios y reglas debemos dejar aún más clara la idea de lo que entendemos por *iuspositivismo* y por *iusnaturalismo*, ya habíamos mencionado algo acerca de la diferencia entre estas dos corrientes del pensamiento jurídico, pero hemos de ampliar un poco más el panorama, no pretendemos realizar un estudio muy profundo de estas corrientes puesto que será suficiente con mostrar los aspectos

generales de estos dos campos, a pesar de ello, cuando sea necesario se estudiara un poco más a fondo.

Pero: ¿Por qué hacer en este momento el estudio del Derecho Positivo y del Derecho Natural?, la respuesta es muy sencilla, al querer establecer una distinción entre principio y regla, primero debemos de saber los aspectos generales del *iuspositivismo* y del *iusnaturalismo*, no podríamos resaltar las diferencias entre estos conceptos sin antes mencionar lo siguiente. Cuando se estudia el Derecho, dependerá del país en el que se analice (es una cuestión de la sistemática técnica jurídica), puesto que hay diferentes teorías acerca de lo que es el Derecho, es por ello, que expondremos conceptos de lo que es el Derecho según algunos juristas, por ejemplo, Hans Kelsen tiene una teoría que menciona lo siguiente:

*“Puesto que el derecho, que constituye el objeto de ese conocimiento, es una ordenación normativa del comportamiento humano; lo que significa: es un sistema de normas que regulan el comportamiento humano. Con la palabra “norma” se alude a que algo deba ser o producirse; especialmente, a que un hombre deba comportarse de determinada manera”.*<sup>14</sup>

Como podemos observar la idea del iuspositivismo de este autor es clara, el Derecho es un sistema de normas y por ende no podemos añadir algún elemento extraño a la norma jurídica, la “pureza” parece dejarnos sin opción, la norma es el eje fundamental de esta teoría, a pesar de que ofrece una teoría de la interpretación de la misma, resulta insuficiente, por lo tanto, los principios serían elementos extraños que solo traerían inseguridad en este sistema.

Así como hay teorías tan excluyentes, encontramos otras que son muy diferentes y como lo hemos dicho anteriormente, consideramos que la idea de que el Derecho sólo es un sistema de normas ya está superada; por su

---

<sup>14</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. De Roberto J. Vernengo, 10ma ed., México, Porrúa, 1998, p. 18.

parte el jurista Récasens Siches nos ofrece un concepto de derecho más amplio:

*“Con lo que hasta este momento he mostrado sobre lo jurídico, aún no tenemos la esencia del Derecho, sino tan sólo el descubrimiento de que el Derecho es un conjunto de modos de vida humana (objetivados; y revividos en la medida en que se cumplen) normativos, y de índole colectiva; es decir: el descubrimiento de que el Derecho es una obra normativa realizada por los hombres para satisfacer necesidades sociales, mediante unas normas de índole colectiva, las cuales se inspiran en unos valores”.*<sup>15</sup>

Consideramos que estos dos conceptos nos ayudan a observar una clara distinción, mientras que para unos el Derecho solo es un sistema de normas, para otros incluye más elementos. El primer concepto que mencionamos es evidente que está basado en el iuspositivismo excluyente, mientras que el segundo se inclina más hacia un iusnaturalismo, si bien es cierto., no es de Derecho Natural totalmente, podríamos decir que es un concepto que se basa en la axiología jurídica.

Pero aún no mencionamos lo que es el *iuspositivismo* y el *iusnaturalismo*, podemos decir que el Derecho Positivo es aquel que ha sido creado por el hombre, el derecho que está escrito y encuentra su base en la aplicación de las normas jurídicas sin tomar en cuenta otros elementos, o considerándolos de una importancia que no trasciende en el Derecho. Por Derecho Natural entendemos el basado en valores, en la colectividad y que a raíz de esos principios deberán de basarse las normas positivas que regirán en una sociedad.

En la actualidad hay diferentes posturas tanto del *iuspositivismo* como del *iusnaturalismo*, que ya hemos hecho referencia a ellas, concretamente al *iuspositivismo* radical o excluyente y al *iuspositivismo* incluyente, mientras que por el lado del *iusnaturalismo* encontramos al clásico y al racional. Al respecto del Derecho Natural Récasens Siches menciona lo siguiente:

---

<sup>15</sup> Récasens Siches, Luis, *op. cit.*, p.43.

*“En términos generales, Derecho Natural quiere decir los principios ideales intrínsecamente válidos—derivados de unos valores con inherente validez objetiva—, según los cuales principios debe ser fabricado el Derecho humano, el Derecho positivo”.*<sup>16</sup>

Sin duda alguna esta concepción nos ayuda a ver de nuevo la clara relación que hay entre Derecho natural y Derecho positivo, no se puede negar que mucho de este último está basado en el primero, el problema radica en el grado en que se tienen que mezclar estos dos conceptos, pues el Derecho natural nos dice los principios pero el positivo trata de plasmarlos en un texto, habría que preguntarse cuáles de estos principios en realidad deben ser incluidos en el Derecho positivo, no obstante lo importante de esto, es que no se puede dejar de lado la relación que existe entre ellos. El autor Ronald Dworkin por su parte nos menciona que:

*“La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan.”*<sup>17</sup>

La claridad del “todo o nada” parece ser fundamental en las reglas, si una norma ofrece el supuesto que encaja en un caso determinado, se aplicara, pero si no tiene ese supuesto, no ofrecerá nada a la solución, es decir, las normas son aplicables a la manera de disyuntivas.

En este momento hemos usado dos palabras *regla* y *norma* de manera indistinta, autores como Ronald Dworkin, mencionan que tanto regla como norma son iguales, por lo tanto, toma estos dos conceptos como uno solo, por otro lado, Joseph Raz realiza una distinción entre estas dos palabras, tenemos entonces que debemos puntualizar en este momento que Ronald Dworkin, toma estas palabras como iguales, debido a que la palabra inglesa *rule* presenta una ambigüedad, por tal motivo, se necesitó dar dos versiones,

---

<sup>16</sup> Recasens Siches, Luis, *op. cit.*, p. 42.

<sup>17</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p.74, 75.

una *norma* cuando, por el contexto, tiene una dimensión prescriptiva propia de un estándar de conducta (se habla así de “normas” morales o jurídicas), y regla cuando tiene el valor instrumental de regular una actividad (“reglas” de un juego o deporte, “reglas” técnicas, etc.), a pesar de ello, se ha respetado la terminología original para el caso de la “regla de reconocimiento” de Hart.<sup>18</sup> De manera que para Dworkin estas dos palabras son utilizadas como iguales debido a que el modelo positivista que él toma para criticar es el de Hart.

A pesar de ello, Joseph Raz es claro al hablar de normas y reglas, la teoría de este autor es más profunda por ejemplo, sobre el concepto de sistema jurídico, al analizar a este autor debemos de saber que se basa en teorías positivistas como las de J. Bentham, Austin, Kelsen y Hart, por lo tanto, entrara en cuestiones muy profundas que nos darán un panorama mucho más amplio de cómo funciona un sistema jurídico, tomando como base a la norma jurídica mencionando que para algunos autores la palabra “norma” se aplica a reglas de conducta que no pertenecen a sistemas jurídicos, pero esto se debe según él porque se está analizando el significado de la palabra “norma” y en este contexto no importaría el estudio de los sistemas jurídicos, por el contrario, si se analiza desde el punto de vista de la filosofía jurídica, podemos encontrar que esta no se centra en el significado de alguna palabra, lo que nos lleva a decir que en el contexto de una organización social “norma” es usada y es particularmente asociada con el uso de “jurídico” y “jurídicamente”.<sup>19</sup> El autor hace un análisis de las reglas que confieren facultades mencionando que estas si son normas jurídicas, de esta manera podemos concluir que hay reglas que pueden ser normas jurídicas en un sistema determinado, pero hay otras disposiciones jurídicas que no son normas, al respecto menciona lo siguiente:

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>19</sup> Raz, Joseph, *El concepto de Sistema Jurídico*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, México, ediciones Coyoacán, 2011, p. 273.

*“Una regla es una norma que intenta guiar la acción determinando las razones en pro y en contra de su realización.*

*El carácter intencional de esta guía decide qué tipo de norma es.*

*La cuestión del carácter normativo de las reglas jurídicas (i.e. ¿son normas? y si lo son ¿de qué tipo?) se encuentra íntimamente relacionada con el problema del impacto motivador del derecho (i.e. ¿afecta las actitudes y las acciones de los individuos? Y si es así ¿cómo?) Esta conexión, aunque frecuentemente percibida, es a menudo mal entendida. El carácter normativo de una regla es, con frecuencia, un factor capital para determinar una influencia motivadora.<sup>20</sup>*

La diferencia está en la profundidad y los objetivos de cada una de las teorías de estos autores, mientras que Ronald Dworkin ofrece una teoría para distinguir los principios de las reglas, toma de manera global todo lo que pueda funcionar como regla, ya que el punto es hacer una distinción entre cómo operan las reglas y cómo se aplican los principios, por lo cual, él no va más allá en el estudio de las normas, debido a que tendría el mismo resultado, ya que operarían de la misma manera todas las reglas que se encontrarán debajo en relación con su jerarquía.

Joseph Raz hace el estudio más profundo debido a que es de su interés saber cuáles reglas pueden ser consideradas como normas, porque de ello derivará la importancia que tendrán en un sistema jurídico determinado, es decir, toma a este como un sistema de normas y cualquier criterio moral que sea establecido en un sistema jurídico, a pesar de estar en el texto de una norma, para Raz no tendrá valor alguno, es “cómo si no estuviera”.

En el caso de la presente investigación, tomaremos como iguales a las normas y a las reglas, ya que es de nuestro interés recalcar las diferencias entre principios y reglas y no entrar a un estudio profundo de la jerarquía de las normas.

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, p.276.

Ahora bien, aclarado este punto es momento de conocer las diferencias entre principios y reglas, mencionando que una distinción primaria sería por la corriente del pensamiento jurídico de la cual se desprenden, pero esta distinción quedaría muy corta para lo que pretendemos. Para empezar, una regla está identificada porque trata de regular una determinada conducta, es decir, imponer una obligación o un deber, mientras que un principio no busca eso, sino simplemente enunciar una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad que debería de observarse. En ese sentido, podríamos decir que la distinción entre principios y reglas es lógica puesto que las reglas se aplicarán si el supuesto que contienen encuadra en el caso concreto, si no es así, esa norma jurídica no tendrá relevancia en la solución del problema jurídico, esta forma disyuntiva parece ser un peldaño esencial de cualquier norma puesto que es su razón de ser, mientras que el principio no tiene esta forma dado que no establece condiciones para su aplicación, caso contrario es el de las normas que además de establecer condiciones para su aplicación, establecen consecuencias si no son observadas, es por ello, que cuando se estudia una norma jurídica hay que analizarla de manera *integral*, no solo el enunciado que hay en un artículo, sino también encontrar todas sus excepciones y así podremos conocer la norma jurídica completa, de lo contrario solo estaríamos restringiendo la aplicación de la norma.

Ahora bien, los principios en muchos casos inspiran a la norma jurídica puesto que encontramos en su texto, palabras que solo nos orientan a la aplicación de algún principio, debido a esto pareciera que las reglas son el reflejo de los principios. En estos casos donde es evidente que la única diferencia entre principios y reglas es la *forma*,<sup>21</sup> derivada de la afirmación de que un principio puede actuar como norma en casos determinados, sin embargo, no quiere decir que sean lo mismo, ni que tengan las mismas funciones, a partir de esto los impartidores de justicia tendrían un buen motivo para respaldarse en un principio, puesto que este es mucho más amplio que la norma jurídica.

---

<sup>21</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 79.



Otra distinción entre principios y reglas es que los primeros poseen la dimensión de peso o importancia, mientras que las reglas no tienen esa cualidad, dado que las normas son o no son funcionalmente importantes, ya que como hemos dicho, si una regla no es aplicable al caso concreto, de nada habrá servido, mientras que los principios no se agotan por no ser aplicados, es decir, un principio seguirá presente aun cuando no se le tome en cuenta o cuando tenga menos peso que otro en un caso concreto, este factor de peso o importancia que tienen los principios no dejara de ser controversial, ya que el decidir qué principio pesa más que otro es muy discutido, a pesar de ello, esta cualidad no podrá faltar en un principio.

Las reglas están ordenadas jerárquicamente, mientras que los principios no tienen ese orden, puesto que ninguno está por encima de otro, en ese orden de ideas, los principios son diferenciados por su cualidad y no por su grado. Pensemos en que las reglas están escalonadas, por esto es muy claro ver cuales normas están por encima de otras, esos escalones nos ofrecen saber cuáles reglas son más determinantes o nos pueden ayudar en nuestro caso, dejando a las demás normas con un papel secundario. Los principios al no estar ordenados jerárquicamente, no tienen grado, por lo cual, nos hace pensar en la estructura que tiene un panal de abejas, específicamente las celdillas que son cavidades prismáticas hexagonales construidas por las abejas obreras para almacenar polen, miel o albergar a sus crías, estas celdillas no tienen un escalafón determinado así que no podríamos decir, “esta celdilla es superior a esta otra” o “esta celdilla es más determinante que esta otra”, no sabemos cuál está arriba ni cuál esta abajo, a pesar de la forma del panal, simplemente contienen algo, lo mismo pasa con los principios, no sabemos cuál es el mejor principio, solo sabemos que contiene un estándar que está a la espera de ser utilizado, y que al compararlo con otro principio, sabremos cuál es el que tiene más peso en un determinado caso, recalcando que este punto es muy delicado y provoca mucha discusión.

Tenemos entonces que los principios y las reglas tienen diferencias muy marcadas, pero también coincidencias que desde nuestro punto de vista,

deben de ser los ganchos para que tanto principios como reglas se relacionen de manera armónica.

## B) Diferencia entre Políticas y Principios.

El autor norteamericano Ronald Dworkin cuando habla de la distinción entre principios y reglas, toma a los primeros de manera general como “todo aquello que no es regla”, pero cuando analiza a profundidad los principios, hace otra distinción, ahora entre principios y directrices políticas, indicando lo siguiente:

*“Llamo <<directriz>> o <<directriz política>> al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado, generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos).”<sup>22</sup>*

Pero realmente para qué sirve esta distinción si el mismo autor en su obra menciona que al hablar de principios se referirá tanto a los principios como a las directrices políticas; dicha separación servirá para dejar aún más visible la distinción entre principios y reglas, y tratar de que se observe que las reglas van encaminadas a cumplirse si y solo sí se da el supuesto en ellas contenido, mientras que en los principios no cabría esa posibilidad ya que los principios no exigen una condición para hacer necesaria su aplicación. El autor norteamericano hace más clara la distinción entre principios y directriz diciendo:

---

<sup>22</sup> *Ibidem*, p.72

*“La distinción puede desmoronarse si se interpreta que un principio enuncia un objetivo social (a saber, el objetivo de una sociedad en la que nadie se beneficie de su propia injusticia), o si se interpreta que una directriz enuncia un principio (esto es, el principio de que el objetivo que defiende la directriz es valioso) o si se enuncian encubiertamente objetivos (asegurar la mayor felicidad para el mayor número). En algunos contextos, la distinción tiene una utilidad que se pierde si se deja esfumar de esta manera.”<sup>23</sup>*

Tenemos entonces que esta distinción se hará efectiva cuando se analicen a detalle los principios, es decir, el autor trata de no confundir al lector puesto que pareciera de primera instancia que principios y políticas sirven para lo mismo o que no hay ninguna distinción, ya que no hace diferencia entre principios, reglas y políticas al inicio de su explicación. En este sentido, cuando es estudiada de manera general la distinción entre principios y reglas, no serviría de nada hacer una distinción entre principios y directrices, puesto que los principios englobarían a las directrices para efecto de la distinción de las reglas.

Dejando entonces que esta distinción solo aclarara el panorama de los principios cuando sea necesario realmente distinguir aquello que sea principio o directriz.

## 2. Enfoque Histórico de los Principios a través de diferentes Teorías.

Encontrar el origen de los principios es muy complicado, puesto que la palabra “principio” como hemos estudiado, puede ser aplicada a cualquier campo del conocimiento, podemos encontrarlo desde los filósofos griegos clásicos, tal vez no de una manera clara, pero solo basta con voltear a ver a

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, p.72 y 73.

los filósofos presocráticos con lo que llamaban el primer principio explicativo de todas las cosas denominado “arjé” (<< ἀρχή >> Aquello de lo cual derivan todas las cosas.), pero realmente lo que nos querían enseñar estos filósofos era simplemente una manera de explicar y conocer el universo, por ejemplo, Tales de Mileto, Anaximandro, Anaxímenes, posteriormente Empédocles, Pitágoras, Heráclito, Parménides, Sócrates, Platón, Aristóteles, etc., trataron de ordenar todo el conocimiento, puesto que con observar las cosas surgían muchas preguntas, lo que ocasionaba que hubiera muchas ideas para responderlas, lo que nos llevaría al estudio del universo y nuestra investigación tomaría un rumbo inexacto. Ahora bien, ¿por qué hacer un análisis histórico de los principios a través de diferentes teorías?, y aún más ¿por qué teorías tan específicas?

Para dar respuesta a estas preguntas debemos de partir del hecho de que estamos estudiando a los principios desde el contexto jurídico, lo que ocasiona que las referencias sobre la palabra “principio” que no estén ligadas al Derecho, queden en segundo término, puesto que la filosofía del Derecho no debe de centrarse únicamente en el origen de una palabra. Aclarado el punto, debemos mencionar que este análisis histórico obedece a la necesidad de delimitar de una manera clara, la importancia de los principios a lo largo de los años, tomando varios referentes de épocas distintas que marcaron una pauta en el estudio del Derecho, es decir, tomar autores destacados y conocer sus teorías para saber la importancia de los principios en su sistema, porque como ya habíamos mencionado, los principios han adquirido relevancia de acuerdo al contexto en el que son estudiados.

De esta manera, podemos responder a la primera cuestión, el realizar una investigación histórica a través de diferentes teorías implicaría tomar demasiadas ideas que han surgido a lo largo del tiempo, provocando que se tuviera una gran cantidad de argumentos, es por ello, que hemos escogido una serie de teorías que a nuestro ver, explican de manera eficiente la importancia de los principios en el Derecho, a pesar de que la mayoría de ellas son teorías “modernas”. Para dar respuesta a la segunda interrogación,

debemos considerar que las teorías de John Austin, Herbert Lionel Adolphus Hart, Robert Alexy y Ronald Dworkin, están basadas en años de estudio y por supuesto, cada uno de estos autores tiene argumentos que descansan en las ideas de autores más antiguos, razón por la cual no se debe de estudiar a estas teorías de manera aislada sino de manera integral, buscando los orígenes de sus ideas, saber en qué otros juristas se han basado, ya que este punto nos dará realmente el enfoque histórico de los principios.

El escoger estas teorías tan específicas se debe a que ofrecen puntos de vista muy diferentes respecto a otras, lo que nos lleva a decir que hay dos formas de hacer Filosofía del Derecho, la primera es la hecha por los filósofos y la segunda por los juristas, por lo cual estas ideas fueron elaboradas por juristas lo que tendrá un impacto mucho más fuerte en la Ciencia del Derecho y aún más, para explicar la importancia de los principios en el Derecho, estas teorías funcionan perfectamente para ilustrar la trascendencia de estos estándares, dado que en varias de estas argumentaciones los principios no tienen provecho alguno y en otras son muy valorados. De esta manera, tendremos argumentos en sentidos totalmente opuestos, lo que ocasionara que tengamos que debatirlos y enriquecerá nuestro estudio, logrando así resaltar la magnitud que tienen los principios en el Derecho.

Queda por aclarar un punto, ¿por qué no incluir la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen?, ya hemos hablado de este autor de manera general, por lo cual, no lo hemos dejado en el olvido, ya que sería un error gravísimo, lo que tenemos que aclarar es si su teoría nos ayudaría a explicar de manera más clara la función que tienen los principios en el Derecho, lo cual no podría ser posible con esta teoría, ya que la pureza de la que nos habla Kelsen es muy especial y no admite elementos extraños a la norma jurídica, a pesar de que haya algo mínimo de esto, no nos aclararía la trascendencia de los principios, es más, no podríamos ni tomar un punto de partida puesto que su teoría está basada en el “ser” del derecho y no en el “deber ser”, es decir, es una teoría del Derecho positivo ya que para Kelsen solo puede ser

conocido un ordenamiento jurídico que pueda ser comprobado científicamente y es el Derecho positivo el que reúne tal característica, por lo tanto, el Derecho para Kelsen es un sistema de normas o reglas, lo que hace que su estudio se centre precisamente en las normas jurídicas y a raíz de esto, cuando haya una contradicción entre normas, se recurrirá a la interpretación de estas, lo que genera que la teoría pura del derecho también ofrezca una teoría de la interpretación, lo que deja sin oportunidad a los principios debido a que en el conocimiento científico no se pueden emitir juicios de valor.

Con esto en mente, solo nos resta mencionar que se hará un estudio general de las teorías mencionadas, puesto que son muy amplias, y no se centran únicamente en la importancia de los principios, por dichas razones además de ofrecer un panorama amplio de las teorías, resaltaremos los argumentos más sólidos, que intervengan directamente con nuestro tema principal es decir, la relevancia que tienen los principios en el Derecho.

#### A) Teoría de John Austin (1790-1859)

Hemos dicho que para hacer un análisis histórico a través de diferentes teorías, debemos de estudiarlas de manera integral y saber de dónde se ha inspirado nuestro autor para comprender mejor sus ideas, por lo cual, al estudiar a John Austin debemos de tener en cuenta que autores como Thomas Hobbes (1588-1679), David Hume (1711-1776) y Jeremy Bentham (1748-1832) influyeron en Austin, aunque de forma discreta, pero no cabe duda que algunas de sus ideas son inspiradas en ellos, sin embargo, en el caso de Jeremy Bentham, encontramos una mayor influencia sobre Austin, dado que tenían una gran amistad y compartían la idea utilitarista aunque no el radicalismo político de este. Ahora bien, explicaremos de manera general

la teoría de John Austin, y para esto debemos de partir del hecho de que para este autor el Derecho es un conjunto de mandatos, puesto que *“Toda norma jurídica (law) es un mandato o, mejor, las normas son, propiamente hablando, especies de mandatos”*<sup>24</sup>

Ya habíamos enfatizado sobre el uso de expresiones como “ley” y “norma jurídica” de manera indistinta, para aclarar un poco más al respecto el mismo autor nos menciona lo siguiente:

*“La expresión inglesa: “a law” es usada para designar la unidad fundamental de que se compone el derecho. Dentro de nuestra tradición jurídica estamos habituados a denominar tales unidades con la palabra “norma” (jurídica).”*<sup>25</sup>

Al considerar al Derecho como un conjunto de mandatos John Austin menciona que el mandato se refiere a la idea de que si alguien expresa o manifiesta el deseo de que alguien haga o se abstenga de algún acto, y además se le imponga un daño en caso de que no se satisfaga ese deseo, el mandato se distingue de otras manifestaciones de deseo puesto que en el mandato se tiene el poder, el propósito de la parte que manda a causar un daño o pena en caso de que el mandato no sea cumplido. Pero, ¿por qué en la teoría de John Austin debemos de obedecer tal mandato?, dado que se me está diciendo que recibiré un daño si no me adhiero al deseo que se manifiesta, entonces estaré obligado a obedecer tal deseo,<sup>26</sup> por consiguiente para Austin el concepto de “mandato” y “deber” son términos correlativos pues donde un mandato es expresado, un deber es impuesto.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Tamayo y Salmorán Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho*, 1ra reimpresión, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986, p. 37.

<sup>25</sup> *Idem.*

<sup>26</sup> Austin, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, trad. de Felipe González Vicen, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 9.

<sup>27</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, *op cit.*, p. 38.

Ahora bien, si tal mandato no es obedecido, ese daño que caerá sobre aquel que no se adhirió al deseo impuesto deberá de ser sancionado, por lo cual, para Austin el uso de la expresión “sanción” es la más completa, desechando el término “castigo”, pues resultaría muy limitado. Austin resalta las nociones del término mandato como el deseo, concebido por un ser racional, de que otro ser racional haga u omita, también como un daño aplicado por el primero y sufrido por el último en caso de que no se cumpla tal deseo y la expresión de ese deseo mediante palabras o signos.

Al mencionar que las normas jurídicas son especies de mandatos, Austin explica el carácter general de la norma jurídica y trata de distinguirlas de los mandatos ocasionales o particulares, no sin antes mencionar que el uso de las expresiones “regla” y “norma” si son usadas apropiadamente están asociadas, por lo tanto son tomadas de manera sinónima, resaltando que un mandato es una norma o regla jurídica sólo si ordena una clase de actos, por lo cual la generalidad de la norma jurídica se refiere a que a través de todo mandato, se está obligado a hacer o a omitir alguna cosa, pero cuando se obliga de manera general actos u omisiones de un clase, el mandato será norma jurídica, pero si se obliga a una acción u omisión específica, se estará ante un mandato ocasional o particular. Austin reformula su definición de norma jurídica diciendo que una norma jurídica es un mandato que obliga a una o a varias personas, diferenciando a esta de los mandatos ocasionales o particulares indicando que una norma jurídica es un mandato que obliga generalmente a actos u omisiones de cierta clase.<sup>28</sup>

Hasta este momento John Austin nos ha dejado claro lo que entiende por norma jurídica y lo que implica esta, pero aún no nos ha dicho, ¿quién es el que emite esas normas jurídicas?, ya que sería muy fácil crear una norma jurídica y aplicarla a otras personas que estuvieran subordinadas a aquel de manera aleatoria. Por lo anterior, Austin nos da la idea de la superioridad del que emite esos mandatos, derivando que este superior tiene un dominio

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, pp. 40 y 41.



sobre los demás, por lo tanto, aquel superior tiene el “poder” de afectar a otros con un mal o un daño, además de forzarlos a adherirse a su deseo.<sup>29</sup>

Por consecuencia, John Austin desprende desde nuestro punto de vista la idea clave para entenderlo, uno de los argumentos más fuertes que tiene su teoría y nos referimos al soberano “*el prínceps*” que es el superior a todos. La positividad de las normas jurídicas es clara en esta teoría, puesto que si hablamos de que estas son establecidas por un superior, estas deben de tener determinada fuente y un autor, lo cual deriva en que haya reglas positivas que no pertenecen al Derecho positivo, es decir, las reglas de la moral positiva, que según Austin, no son el reflejo de algún deseo de un superior, por lo tanto no tendrían por qué ser obedecidas ya que no son mandatos como lo ha explicado, solo son tomadas en cuenta por el autor debido a que se relacionan por analogía con las normas jurídicas positivas, a raíz de todo esto se sigue que estas normas de la moral positiva no son imperativas, debido a que toda norma jurídica debe de ser emitida por el soberano en su carácter de superior político, de lo contrario no es una norma jurídica positiva.

Para el caso del derecho consuetudinario, John Austin es muy preciso al mencionar que las normas consuetudinarias no son obligatorias dado que no provienen del deseo de un superior determinado, a pesar de ser tomadas en cuenta por el gobernado, por lo tanto, las normas consuetudinarias no son imperativas, no obstante John Austin menciona que cuando estas normas son observadas y aplicadas por los tribunales si serán imperativas pues son creación del Estado, tenemos entonces que todo el Derecho creado por el juez, es creación del soberano.<sup>30</sup> Este es un punto delicado en la teoría de John Austin, dado que las normas consuetudinarias adquieren el carácter de imperativas porque son aplicadas por los jueces, o son expresadas en forma de normas jurídicas positivas y no sólo porque los ciudadanos las observen o las adopten, se sigue entonces que para Austin las normas jurídicas que

---

<sup>29</sup> Austin, John, *op. cit.*, p. 10.

<sup>30</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, *op cit.*, p. 48.

emergen de la costumbre son mandatos tácitos del cuerpo legislativo (legislature) soberano.<sup>31</sup>

Para Austin todo el Derecho positivo es impuesto directa o indirectamente por el soberano hacia los miembros de una determinada sociedad política independiente, aun cuando proceda directamente de otra fuente, es Derecho positivo por la sanción que le presta aquel soberano en su condición de superior político.<sup>32</sup> Aquel soberano tiene el poder de sancionar a todos los miembros de la comunidad a la que él pertenece, por lo tanto este no tendrá que obedecer a nadie puesto que es un ser supremo. De aquí se desprenden dos conceptos, el de “soberanía” y “sociedad política independiente”, que son explicados por Austin señalando que el grueso de una sociedad dada se encuentra en un hábito de obediencia o sumisión a determinado superior común, ya sea que este superior lo sea para un grupo o una sola persona, pero que estas a su vez no obedezcan a otro superior, encontrando una verdadera sociedad política independiente.<sup>33</sup> La soberanía no se basa en ningún criterio moral, sino en el hábito de obediencia, estas ideas fueron introducidas por Bentham y adoptadas por Austin para la construcción de su teoría sobre la soberanía.<sup>34</sup>

De esta manera, el soberano es aquel que recibe obediencia por parte del grueso de una sociedad y que además no obedece a alguien superior, de ahí que una sociedad política solo existirá si sus miembros obedecen a un determinado superior común a través del hábito de obediencia, pero si queremos tener una sociedad política independiente radicaré en que ese superior común no rinda cuentas a otro superior común esto es, que el superior común además de ser soberano, no obedezca a nadie.

De manera general hemos señalado la teoría de John Austin, y es en este momento donde debemos preguntarnos: ¿Qué importancia tienen los

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>32</sup> Austin, John, *op. cit.*, p. 10.

<sup>33</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, p. 44.

<sup>34</sup> Raz, Joseph, *op. cit.*, p.27.

principios para John Austin?, solo basta con ver la definición de Derecho de este autor para saber la importancia que pueden llegar a tener los principios, sin duda alguna el “soberano” es el papel más importante que tiene esta teoría, dado que el poseer este status será determinante para esta teoría. Si lo vemos de una manera simple, los principios como los hemos estudiado, no tendrían ninguna posibilidad de figurar como “principios” en esta teoría, es decir, la única manera en que podríamos encontrar principios en los argumentos de Austin, es más o menos de la misma manera en como él trata a las normas consuetudinarias o a las normas de la moral positiva, volveríamos a una idea que a habíamos expresado, la cual es que los principios son en muchas de las veces inspiración de la norma jurídica positiva, por lo tanto en esta teoría dependería de la aplicación de algún principio por parte de los tribunales, o que sea legislado en forma de norma jurídica positiva para que tuviera una gran importancia, pero de ninguna manera sería expresado por los tribunales como “principio”, sino como “Derecho creado judicialmente” y por lo tanto Derecho creado por el soberano. De tal manera que los principios en la teoría de John Austin solo serán tomados en cuenta si el soberano así lo decide, pero jamás serán expresados como principios, aún más cuestiones sobre derechos subjetivos ya sean públicos o privados como el matrimonio, contratos, testamentos no podrían operar en este sistema, además de la idea de que el Derecho es esencialmente el producto de una voluntad jurídicamente ilimitada, lo que nos lleva a concluir que este modelo imperativista resultaría insuficiente para explicar al Derecho en un Estado moderno.

#### B) Teoría de Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992)

Esta teoría es muy importante para el estudio del Derecho, ya que muestra un modelo mucho más complejo que el de Austin, lo cual nos ayudará para

demostrar la importancia de los principios en el Derecho de una manera más clara, a pesar de que es una teoría positivista, que incluso por muchos autores es denominada como la teoría que mejor muestra lo que es el positivismo, puesto que a pesar de ser compleja, resulta ser muy precisa para demostrar lo que el iuspositivismo trata de explicarnos. El positivismo que maneja H.L.A. Hart podríamos denominarlo como un positivismo “suave”, puesto que defiende los postulados clave del iuspositivismo pero deja una ventana abierta, aunque mínima para otros elementos ajenos a las reglas.

La respuesta a la pregunta, ¿qué es el Derecho?, siempre ha sido formulada por una gran cantidad de estudiosos en la materia, debido a que resulta muy conflictivo estudiar al Derecho, sin saber lo que es, sin embargo, han surgido muchos conceptos en torno a esta palabra, cada uno de ellos con su sello particular, claramente reflejan la ideología que ellos tienen, a pesar de ello, podemos decir que en la actualidad no tenemos una idea unificada de lo que es el Derecho, sin embargo, hay conceptos que son aceptados por muchos juristas, ya que el Derecho al ser una “ficción”, es imposible señalarlo, tocarlo, es decir, no podemos tocar al Derecho como tocamos un libro, lo más cercano dirán algunos, son los Códigos que tenemos, las Sentencias que dictan los Tribunales, pero realmente podríamos decir, ¿que eso es el Derecho?, en torno a esta pregunta el maestro Hart menciona que además de los casos típicos claros que se presentan en los sistemas jurídicos de los Estados modernos existen los casos dudosos donde su “calidad jurídica” pone a tambalear no solo a los hombres cultos comunes sino a los propios juristas, a pesar de que el Derecho primitivo y el Derecho Internacional sean los elementos claves en estos casos, se consideraría impropio por muchos extender el presente uso convencional de la palabra “Derecho” a estos casos, es decir, los casos cuestionables o discutibles, generan una controversia prolongada pero no pueden explicar la naturaleza general del Derecho expresada en la pregunta ¿qué es el Derecho?, lo que nos lleva a decir que el maestro Hart, les mantiene al margen a estos casos,

ciertamente resalta la importancia de ellos pero no pueden ser claves para saber que es el Derecho.<sup>35</sup>

Podemos observar un primer punto de su teoría, admite que hay casos típicos claros, pero que también hay casos que él denomina “casos cuestionables o discutibles”, donde estos tendrán algunas de las veces su diferencia respecto de los casos típicos, solo en cuestión de grado.

Siguiendo con la idea de lo que es el Derecho, Hart menciona que algunas veces el Derecho es entendido mejor como una “rama” de la moral o de la justicia y que es su congruencia con los principios de moral o justicia, y no el hecho de que constituye un cuerpo de órdenes y amenazas, lo que hace a su “esencia”,<sup>36</sup> evidentemente estas ideas son las concebidas por algunas de las teorías que critican al positivismo jurídico, pero que al mismo tiempo reflejan la relación que hay entre Derecho y Moral. Hart preferiría una teoría simple como la de Austin pues no ofrecería ninguna dificultad, ya que solo es una noción simple de orden respaldada por amenazas, pero Hart menciona que la idea de que cada regla es un mandato general y que la persona solo está obligada por una regla si está susceptible de ser dañada en caso de que no observe dicha regla, lo cual provocaría que se destruyera la idea de la distinción entre verse obligado (*being obliged*) a hacer algo y tener la obligación de hacerlo (*being obligated*), debido a que uno no se ve obligado a hacer lo que la regla dice, sino que se está obligado a hacerlo, por lo cual no necesariamente uno debe de obedecer una regla solo porque vaya a recibir un daño por parte de alguna persona con poder físico si no la cumple, sino que esta persona debe de tener autoridad para expedir esa regla y a su vez esa autoridad debe derivar de otra regla.

Por lo tanto, para que una regla sea obligatoria debe en primer lugar ser aceptada por un grupo de personas como un patrón de conducta, además de considerarla como obligatoria, y en segundo lugar, la regla debe ser

---

<sup>35</sup> Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, 2da. ed., trad. de Genaro R. Carrió, Argentina, ed. Abeledo-Perrot, 1992, p. 4.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 9.

válida. Lo anterior nos lleva a decir que el modelo de Hart, cada vez se hace más complejo incluso nos ofrece una teoría general de las reglas que comentaremos más adelante, de ahí que debamos conocer la noción de sistema jurídico de este autor, este alude que el sistema jurídico de un estado moderno está caracterizado por un cierto tipo de supremacía dentro de su territorio y de independencia respecto de otros sistemas.<sup>37</sup>

Como hemos visto, Hart sigue muchas de las ideas de Austin, aunque admite que el modelo que ofrece Austin es muy simple, por lo tanto cuando se hace una crítica a esa versión ordinaria, se tendrán demasiados problemas pues el Estado moderno es mucho más complejo. Cuando decimos que el Derecho tiene fines, nos referimos a que tiene objetivos esenciales, que no pueden dejar de ser observados, esto significa que cuando uno de estos fines esenciales falta, (los cuales consideramos que son tres, bien común, justicia y seguridad jurídica) el Derecho se convierte en una simple técnica de control social; para Hart el Derecho tiene una función como medio de control social que expresa de la siguiente manera:

*“Las principales funciones del derecho como medio de control social no han de ser vistas en los litigios privados o en las causas penales, que representan provisiones vitales, pero no obstante ello accesorias, para las fallas del sistema. Han de ser vistas en las diversas formas en que el derecho es usado para controlar, guiar y planear la vida fuera de los tribunales.”<sup>38</sup>*

Como podemos observar, en la teoría que nos ofrece Hart se resalta la importancia que tienen las reglas para el Derecho, así como la relación que tienen sus ideas con Austin, y es aquí donde llegamos a un punto en el que encontramos una clara diferencia entre estas dos teorías y es en el tema de la costumbre como parte del Derecho, mientras que como ya vimos para Austin tendría que ser reconocida la costumbre por el soberano y solo si este decide aplicarla (reconocida por los tribunales), podríamos decir que la

---

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 50 y 51.

costumbre formaría parte del este, por su parte Hart dice que la costumbre no es una “fuente” de Derecho muy importante en el mundo moderno, puesto que es una fuente subordinada, debido a que la Legislatura puede privar a una regla consuetudinaria mediante una ley de status jurídico, lo que provocaría que los Tribunales no la tomaran en cuenta, por el contrario, si a la costumbre se le atribuye el carácter jurídico por parte del Tribunal, Legislatura o en su caso el soberano, será precisamente porque estos han “ordenado” que así sea.<sup>39</sup>

Lo que nos lleva a deducir que Hart siempre destacaba que la costumbre es una fuente del Derecho pero que en la mayoría de los sistemas jurídicos está subordinada a la ley, a pesar de ello, este autor nos dice que algunas de las costumbres cuentan como Derecho aún antes de que los Tribunales las reconozcan, lo que crea muchos problemas en su teoría, puesto que no ofrece los criterios para identificar a estas costumbres, limitándose a decir que la práctica es lo que consideraría a la costumbre como moralmente obligatoria, por esto no se tiene una clara distinción entre reglas morales y reglas jurídicas consuetudinarias, lo que dejaría una confusión en la sociedad, puesto que esta consideraría como jurídicamente obligatorias a estas prácticas consuetudinarias.

La idea del soberano que nos ofreció Austin, es retomada por Hart pero en forma de crítica, si bien es cierto, que la simpleza del sistema de Austin es muy valorada por Hart, no deja de mencionar que el soberano en la actualidad no resultaría eficiente puesto que tendría poder ilimitado, lo cual es solucionado acotando ese poder, pero esa limitación jurídica a la autoridad no consistiría en deberes impuestos al legislador de obedecer a algún superior, sino que haya incompetencias establecidas en reglas que lo habilitan para legislar como primer punto, por lo tanto cuando analicemos si una norma es Derecho, no debemos de fijarnos en la figura de un “soberano” con poder ilimitado, sino en que esa norma fue creada por un legislador habilitado para ello y aún más, para demostrar la independencia de un sistema jurídico debemos de preguntarnos si las reglas que habilitan al

---

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 56 y 57.

legislador no confieren autoridad superior a quienes tienen también autoridad sobre otro territorio, Hart menciona que tenemos que distinguir entre una autoridad legislativa jurídicamente ilimitada y una limitada pero que es suprema en el sistema, es decir, la presencia o ausencia de reglas limitan la competencia del legislador y esto sirva para probar que según las reglas, su autoridad para legislar está subordinada a la de otros.<sup>40</sup>

De ahí que la noción de sistema jurídico que tiene Hart, es mucho más compleja en todo, ya que una característica de un sistema jurídico moderno según Hart, no puede ser expresada en los términos simples de hábitos de obediencia, sino que reclama la noción de una regla aceptada, según la cual el sucesor tiene derecho a legislar antes de hacer efectivamente y de recibir obediencia.<sup>41</sup>

Para Hart las reglas son de diversos tipos lógicos, las cuales se dividen en dos tipos, las *reglas primarias y secundarias*, las primeras son aquellas que otorgan derechos o imponen obligaciones a los miembros de una comunidad es decir, exigen un comportamiento determinado, mientras que las secundarias son aquellas que estipulan cómo y por quién pueden ser creadas, reconocidas, modificadas o extinguidas las reglas primarias,<sup>42</sup> en otras palabras, las que señalan el procedimiento, las condiciones y formalidades. Por su parte Hart nos describe estas reglas de la siguiente manera:

*“Según las reglas de uno de los tipos, que bien puede ser considerado el tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo que quieran o no. Las reglas del otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero, o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas de tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas*

---

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 93.

<sup>42</sup> Dworkin, Ronald, *¿Es el derecho un sistema de reglas?*, *op. cit.*, pp. 13 y 14.



*maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas.*<sup>43</sup>

Las reglas primarias son estáticas, lo que resulta que tengan una falta de certeza sobre sus límites y alcances, además de ser ineficientes y de no estar sujetas a un procedimiento, para ello Hart propone desde nuestro punto de vista una idea esencial de su teoría la cual es la *regla de reconocimiento* (“*rule of recognition*”), que viene a ser la solución a la falta de certeza de las reglas primarias, pues según Hart esta especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce.<sup>44</sup>

Tal regla de reconocimiento puede ser simple o muy compleja, de tal modo que se va haciendo más compleja de acuerdo al sistema jurídico que se trate, ya que habrá algunos sistemas que tengan muchas más “fuentes” del Derecho y, por lo tanto, sea más complejo ubicar a este. Debemos de mencionar que la regla de reconocimiento es una regla secundaria, pero a la par de ella hay otro tipo de reglas secundarias, las cuales son las reglas secundarias de cambio y adjudicación, de esta manera tenemos tres tipos de reglas secundarias, al ser dinámicas actúan sobre las primarias, es decir, las reglas secundarias de cambio facultan a los sujetos, dan potestades para crear nuevas reglas, los facultan para ello, mientras que las reglas secundarias de adjudicación son las que revisten de un estatus especial para normar los procedimientos a los sujetos con autoridad (funcionarios, legisladores, jueces), mientras que la regla de reconocimiento es identificada por el hecho de que su competencia es la operación del aparato gubernamental de sus legislaturas, tribunales, órganos, policías y demás.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> Hart, H.L.A., *op. cit.*, p. 101.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 117.

<sup>45</sup> Dworkin, Ronald, ¿Es el derecho un sistema de reglas?, *op. cit.*, p. 17.

Si partimos de la idea de que una determinada regla es válida porque ha cumplido con todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento, podemos afirmar que esa regla es parte del sistema jurídico, por lo tanto tendremos que hacer una cadena de validez para demostrar que una regla particular es válida, llegando hasta la regla de reconocimiento como última instancia en otras palabras, la regla de reconocimiento será el criterio supremo para identificar la validez jurídica de alguna regla.

Esto nos lleva a preguntarnos: ¿Cómo saber si la regla de reconocimiento es válida? para empezar, la regla de reconocimiento depende de su *aceptación* lo que quiere decir que los miembros de la comunidad la admiten y por consecuencia adquiere fuerza obligatoria, en ese orden de ideas, no podría ser ella misma válida, porque por hipótesis es la última, lo que quiere decir que no puede existir un regla superior a ella.

La regla de reconocimiento puede ser considerada desde dos puntos de vista, el *externo* y el *interno*, el primero de ellos consiste en que cuando se expresa en el enunciado externo de hecho que afirma que la regla existe en la práctica efectiva del sistema y el interno se refiere a la expresión de los enunciados internos de validez formulados por quienes la usan para identificar el Derecho.<sup>46</sup>

En este punto nos permitiremos realizar una comparación entre la norma hipotética fundamental de Kelsen y la regla de reconocimiento de Hart, empezaremos por mencionar que la primera es un postulado, una hipótesis, además de que se da por admitida pero no se puede demostrar, mientras que la segunda es un hecho desde el punto de vista externo, y es Derecho desde el punto de vista interno, además de todas las características que hemos mencionado, por lo tanto se deduce que ambas representan puntos de vista muy diferentes, pero que tienen algo esencial en común, ambas tratan de ser el punto más alto de donde se desencadene lo demás.

---

<sup>46</sup> Hart, H.L.A., *op. cit.*, p.139.

Al analizar de manera general esta teoría lograremos identificar lo importante de los principios en el Derecho, pero también observaremos que las reglas tienen muchas fallas, y que los principios ayudarían muchísimo a la solución de problemas jurídicos que la ley no prevé; Hart menciona a los principios generales de una manera muy peculiar, puesto que solo los encuentra factibles en el principal instrumento de control social de un grupo grande, junto con las reglas, pautas o criterios de conducta, pero no propiamente en el Derecho. Cuando hace mención a la “textura abierta” del Derecho, realmente se refiere a la textura abierta de las reglas, aludiendo al uso del lenguaje, puesto que este nos ofrecerá un campo bastante amplio donde la regla encontrará un descanso, es decir, se podrá interpretar de diferentes maneras.<sup>47</sup>

La justificación que hace Hart a través del lenguaje sobre la inexactitud de las reglas ante un caso difícil es solo un pequeño aviso de lo que viene después en su teoría, nos referimos a la *discreción judicial*, ya que podemos concluir que ante la gran masa de casos ordinarios llegara un punto en donde la pauta a seguir sea discutida lo que se denomina “textura abierta”, pero esto queda totalmente opacado cuando esta textura es desarrollada por los tribunales o funcionarios, en palabras de Hart:

*“La textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso.”<sup>48</sup>*

La discreción que tiene un funcionario no significa que puede resolver el caso como le venga en gana, quiere decir que no tiene un patrón previamente establecido por medio del cual basar su decisión, lo que provoca que muchas de las veces el juez tienda a “crear Derecho” en lugar de aplicarlo, de igual manera el juez que basa su decisión conforme a lo

---

<sup>47</sup> *Ibidem*, p.157.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 168.

establecido por el juez que creo Derecho, este también estará haciendo lo mismo, este es un punto fundamental para la relevancia de los principios en la teoría de Hart y aún más en el Derecho, ya que la discreción es una constante en la teoría de Austin y de Hart, ambos tienen mucha fe en esta, por otra parte, en los modos de creación del Derecho, Hart menciona que las *“largas prácticas consuetudinarias”* parecen ser criterios usados a menudo por los jueces y no solo los actos deliberados por una Institución Legislativa.

Por lo tanto, cuando un juez no tiene un patrón previamente establecido al cual apegarse, usará según Hart su *discreción* pero esta se basará en los *principios* que los tribunales *“suelen aplicar”*, es decir, lo que *“tienen como principio”*, de lo anterior se sigue que usan el segundo enfoque para el estudio de los principios que ya hemos estudiado, lo que nos lleva a concluir que los principios son aceptados por Hart, a pesar de que la mayoría de sus ideas están enfocadas en las reglas, nos ofrece elementos como la costumbre y los principios para la decisión de un juez. En cuanto al tema del contenido mínimo de Derecho natural Hart acepta que hay una conexión entre los hechos naturales y el contenido de las reglas morales y jurídicas, sin embargo, realiza una inminente separación entre Derecho y moral, aunque acepta una conexión (no necesaria) que puede haber entre ambos; más allá de eso podemos resaltar que en la teoría de Hart los principios parecen ser poco efectivos al inicio, debido a que la teoría de las reglas que nos ofrece este autor ocupa la mayor parte de su explicación, pero cuando se tocan temas como Derecho y moral, costumbres, parece ser que la puerta para los principios se va abriendo poco a poco y es precisamente cuando se llega al estudio de la discrecionalidad donde los principios toman mucha importancia, ya que el segundo enfoque de estos, al parecer es utilizado según Hart por los tribunales, cuando el juez aplica su discreción (sentido fuerte).

Una vez que se presentó de manera general la teoría de Hart, podemos resaltar que los principios toman fuerza sobre el final de esta, lo que nos hace pensar que la aplicación de principios en un modelo positivista como este, puede en verdad ser muy productivo, a pesar de que Hart no lo diga

directamente, es claro que los principios son tomados en cuenta por él, sin embargo, hemos dejado para el posterior análisis, temas cruciales como la conexión entre Derecho y moral, y la teoría de la discrecionalidad judicial lo que nos dejara aún más clara la importancia de los principios en el Derecho, por tanto en esta teoría los principios coexisten pero no están incluidos en aquél.

### C) Teoría de Robert Alexy

Antes de comenzar con el estudio general de esta teoría tenemos que aclarar que los autores hasta el momento analizados, tienen teorías muy amplias y complejas, por lo tanto hay argumentos que no hemos resaltado, lo cual obedece a que el estudio que hacemos está enfocado a la importancia los principios, por lo cual muchas de las ideas de los autores están dedicadas al estudio de las normas jurídicas de una manera mucho más compleja y detallada, es por ello que debemos de deducir que hemos tomado los argumentos de cada una de estas teorías que a nuestro criterio nos servirán para resaltar la importancia que tienen los principios en el derecho.

En este orden de ideas Robert Alexy nos muestra una teoría muy diferente a las anteriores, puesto que de entrada los principios son tomados en cuenta de manera importante para la construcción su teoría, además de resaltar la conexión necesaria que hay entre Derecho y moral, algo que sin duda sacude al *iuspositivismo*, y como lo hemos visto, algo muy ligado a los principios. Uno de los puntos fundamentales de esta teoría es el *argumento de la corrección*, que se desarrolla en dos pasos, el primero de ellos es aquel en donde se intenta elevar necesariamente una *pretensión de*

*corrección* y el segundo que consiste en explicar una conexión necesaria entre el Derecho y la moral a través de esta.

Robert Alexy nos menciona que una pretensión puede ser elevada por sujetos capaces de hablar y de actuar, por lo cual en el Derecho se eleva una pretensión de corrección cuando lo hacen las personas que ejercen una u otra competencia jurídica, lo cual es evidente en los actos institucionales, como lo son la expedición de leyes o los actos judiciales.<sup>49</sup>

De tal manera que en la práctica jurídica donde existen actos que se desenvuelven en el lenguaje del Derecho, pretenden ser correctos y, por lo tanto aceptados como correctos por la comunidad tanto jurídica como general, lo que se conoce como *pretensión de corrección*. Esta pretensión implica dos cosas, la primera es que a través del poder jurídico del juez se apliquen razones morales en los denominados “casos difíciles”, y la segunda es que implica la obligación jurídica de hacer lo anterior cuando sea posible.<sup>50</sup>

Como podemos observar, la “textura abierta” que señalaba Hart, resulta ser fundamental para entender la conexión entre Derecho y moral que se logra a través de la pretensión de corrección; aunque Robert Alexy es muy claro cuando nos dice que esta conexión es necesaria pero muy débil, a pesar de ello, afecta directamente la imagen que tenemos del Derecho. Esta teoría parece que no solamente involucra normas jurídicas, sino da una pauta para que el juez tome en cuenta otros factores en la toma de decisiones.

Robert Alexy a pesar de todo lo anterior, tiene una teoría de los derechos fundamentales cuyo objeto y carácter se basan en tres características, primero, es una teoría de los derechos fundamentales de la Ley

---

<sup>49</sup> Alexy Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, trad. de Carlos Bernal Pulido, España, Marcial Pons, 2008, p. 62 y 63.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 68.

Fundamental; segundo, es una teoría jurídica y, tercero, una teoría general.<sup>51</sup>

Es una *teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental* puesto que es una teoría de determinados derechos fundamentales positivamente válidos, es una *teoría jurídica*, puesto que se basa en el Derecho positivo de un determinado orden jurídico, una teoría dogmática, en este mismo punto la dogmática jurídica tiene tres dimensiones: la *analítica* que se refiere a la consideración sistemático-conceptual del Derecho válido, la segunda dimensión es la *empírica* referente tanto a la descripción del Derecho legislado como también de la descripción y pronóstico de la praxis judicial, es decir, tanto el Derecho legislado como el judicial y, la tercera dimensión *normativa*, que se trata de la orientación y crítica de la praxis jurídica, sobre todo de la praxis de la jurisprudencia judicial; por último, es una *teoría jurídica general* de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental puesto que se consideran los problemas que se plantean en todos los derechos fundamentales o en todos los derechos fundamentales de un determinado tipo, pero que no es ajena a los problemas de derechos fundamentales singulares.<sup>52</sup>

Si vemos la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy como teoría estructural debemos de comprender que se debe a que parte de una teoría integrativa, en su origen una teoría primariamente analítica, debido a que investiga estructuras tales como la de los conceptos fundamentales, de la influencia de los derechos fundamentales en el sistema jurídico y de la fundamentación de los derechos fundamentales. Una teoría estructural según Alexy tiene que constituir no sólo la primera pieza de una teoría integrativa de los derechos fundamentales, sino también la base y el marco para todo lo demás, por lo cual debe tener una claridad analítico-conceptual ya que es una condición elemental de la racionalidad de toda ciencia.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> Alexy Robert, *Teoría de los derechos fundamentales, op. cit.*, p. 28.

<sup>52</sup> *Ibidem*, pp. 28 a 34.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 39.

Al establecer el marco por medio del cual se va a erigir esta teoría, Robert Alexy termina por establecer que la teoría estructural que él persigue continúa con la tradición analítica de la jurisprudencia de conceptos. En cuanto al concepto de norma de derecho fundamental hace una clara distinción entre norma y enunciado normativo, siguiendo el concepto semántico de esta, mencionando que norma es, pues, el significado de un enunciado normativo.<sup>54</sup> Cuando el autor toca el tema de la teoría de la validez, lo relaciona con el concepto semántico de norma diciendo que la estructura formal del núcleo de las diferentes teorías de la validez puede ser presentada simplificada por una fórmula, si una norma  $N$  satisface los criterios  $C_1, \dots, C_n$  entonces  $N$  es válida, los criterios definirán los tipos de teorías de la validez, debido a que se pueden introducir hechos sociales como la obediencia habitual, derivado del sentimiento de obligatoriedad por la aplicación de una sanción en caso de desobediencia, que en su conjunto formarán una teoría sociológica de la validez, sin embargo, hablando de la imposición por parte de una autoridad autorizada por una norma de grado superior hablaremos de una teoría jurídica de la validez y por último, si se introducen criterios morales por ejemplo “una ley natural”, se tendrá una teoría ética de la validez, por lo tanto el concepto semántico de norma no presupone ninguna de estas teorías ni tampoco las excluye, simplemente sirven para dar fundamento a la validez de una norma de acuerdo con los criterios que se utilicen de ahí la importancia del concepto semántico de norma.<sup>55</sup>

Tenemos entonces que esta conexión entre Derecho y moral aunque débil, cambia la perspectiva que tenemos del Derecho, asimismo cuestiones como la validez de las normas, se ven afectadas cuando criterios morales intervienen en esta, desde luego esto no tendría que pasar puesto que muchas veces tenemos que normas jurídicas pueden ser moralmente incorrectas pero ello no quiere decir que no sean válidas.

---

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>55</sup> *Ibidem*, pp. 57 a 59.



Robert Alexy nos muestra un estudio muy profundo sobre el concepto de norma, lo cual genera que sea amplio y en la concepción de este autor, los principios y las reglas son tipos de normas a diferencia de lo que habíamos planteado hasta el momento, hace una distinción entre principio y regla, que en la mayoría de sus argumentos coinciden con lo que hemos estudiado, a pesar de ello, en su teoría, tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser,<sup>56</sup> por lo tanto la distinción entre principios y reglas es una distinción entre dos tipos de normas. El concepto de principio de Robert Alexy se parece mucho al de Ronald Dworkin, pero tiene una diferencia esencial, que desde nuestro punto de vista marca una nueva forma de ver a los principios, puesto que para Alexy los principios son *mandatos de optimización* ya que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas, a diferencia de las reglas que pueden ser cumplidas o no, lo que lleva a concluir que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Esta forma de ver a los principios implica que tengan mucha importancia en el Derecho, si bien es cierto, este autor los toma como un tipo de normas, no deja de resaltar lo sensibles que son estos, por ejemplo, cuando hay conflictos entre reglas se pueden solucionar incorporando una excepción o bien declarando inválida una de las reglas, mientras que en la colisión de principios ocurre algo totalmente diferente ya que en tanto un principio puede permitir algo, otro principio puede prohibirlo, lo cual generara una colisión y se soluciona de acuerdo a las circunstancias, es decir, uno de los principios precede al otro en ciertos casos, pero ello no quiere decir que el principio que “cede” deje de tener importancia, o se agote, simplemente que uno de estos principios tuvo más peso en el caso concreto, dimensión que las reglas no tienen.

Robert Alexy resume toda esta idea con la llamada “ley de colisión” que menciona las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia

---

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 83.

jurídica del principio precedente y dicha ley es uno de los fundamentos de esta teoría de los principios. Respecto al carácter *prima facie* de las reglas y de los principios el autor menciona que los principios no contienen *mandatos definitivos* son sólo *prima facie* y concuerda con las ideas de Ronald Dworkin respecto de la aplicación de las reglas “todo-o-nada”, mientras que los principios sólo contienen una razón que indica una dirección pero que no tiene como consecuencia necesariamente una determinada decisión.<sup>57</sup> En Este orden de ideas, el autor nos ofrece una conclusión sobre los principios mencionando que:

*“...los principios no necesitan ser establecidos explícitamente sino que también pueden ser derivados de una tradición de normaciones detalladas y de decisiones judiciales que, por lo general, son expresión de concepciones difundidas acerca de cómo debe ser el derecho.”*<sup>58</sup>

Como podemos observar los principios son estudiados de manera muy diferente de acuerdo a la teoría que se esté analizando, esto se debe a que cada autor tiene conceptos diferentes sobre lo que se entiende como Derecho, así como de los conceptos básicos que nos permiten conocerlo, de esta manera, el concepto de principio de acuerdo con la teoría de Alexy, tiene tres objeciones, la primera referente a la solución de colisiones de principios la cual se dará declarando la invalidez de uno de los principios en conflicto, la segunda objeción es la existencia de principios absolutos que no pueden ser colocados en una relación de preferencia con otros principios y la última referente al concepto demasiado amplio de principio provocando que la ponderación sea inútil. La primera objeción ya se había mencionado anteriormente puesto que a pesar de que se mencione que un principio es inválido, no afectaría la teoría de la colisión debido a que solo revelaría uno de sus presupuestos, mientras que para la segunda objeción no se tendría que tomar a los principios de una manera absoluta, sino la precedencia que uno tiene respecto del otro bajo ciertas circunstancias, aunque haya

---

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 104.

principios que tengan a simple vista mucho mayor peso que otros, para la tercera objeción los principios según Alexy pueden referirse tanto a derechos individuales como a bienes colectivos lo que provocara que un principio ordene la creación o mantenimiento de situaciones que satisfacen, en una medida lo más alta posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, criterios que van más allá de la validez o satisfacción de derechos individuales.<sup>59</sup>

En un modelo puro de principios encontraremos que las reglas dependen totalmente de los principios, por lo tanto surgen muchas críticas ya que parecería que no se toma en serio la Constitución escrita lo que provocaría que se violara este documento, hay que destacar que en este modelo puro de principios para la solución de problemas jurídicos, no se partiría del texto Constitucional sino de los mismos principios, dejando fuera a la Constitución.

Por otro lado, en el modelo puro de reglas se partirá del texto Constitucional, sin embargo, se necesita que las reglas sean complementadas puesto que surgen muchos problemas en cuanto a la interpretación de estas, lo que provocaría que ya no se tuviera una certeza jurídica, dando como resultado que más allá de buscar un modelo puro de reglas o de principios se tenga que buscar un modelo que permita una combinación de ambos.<sup>60</sup> El nivel de los principios que nos explica Robert Alexy no es más que el peso que los principios tendrán en cierto casos, sin duda alguna cuando nos referimos a un principio contenido en una norma Constitucional tendrá mucho mayor peso que uno contenido en una regla inferior jerárquicamente, esto no quiere decir que los principios tengan una diferencia de grado, sino que tienen una relación con la jerarquía de las normas presentada en algún sistema jurídico, es decir, todos los principios tienen el mismo peso, hasta que se aplican a un caso en concreto, donde unos tendrán más peso que otros, a diferencia del nivel de las reglas, que es evidente pues las reglas son ordenadas

---

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 130.

jerárquicamente, por lo tanto se sabe de entrada cuál está por encima de la otra.

Otro punto importante en la teoría de Robert Alexy es la relación entre principio y valor, que se identifica primero en la colisión y ponderación de valores que también se puede dar, y segundo, referente al cumplimiento gradual de los principios y como consecuencia el cumplimiento gradual de los valores, a pesar de ello, hay una marcada diferencia entre estos, según el autor en el modelo de los valores es *prima facie lo mejor es*, y en el modelo de los principios, *prima facie debido*, es decir, lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido, concluyendo en que los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico.<sup>61</sup>

Hemos mencionado un tema fundamental en la presente teoría, nos referimos a la *ponderación* que resulta esencial en la aplicación de un principio, puesto que estos no se aplican por si solos, lo que deriva en la subjetividad de quien la realiza, este es un argumento en contra de la ponderación además de que se pone en duda si es un método que permita un control racional. Si vemos a la ponderación como una simple formulación de un enunciado siguiendo la ley de colisión, tendríamos que efectivamente sería un control irracional, no obstante, la ponderación va acompañada del modelo de decisión o del modelo de fundamentación, es decir, no solo depende de un simple enunciado, pero entre estos modelos encontramos que pueden ser contradictorios, a pesar de que en ambos casos el resultado de la ponderación es un enunciado de preferencia condicionada, en el caso del modelo de decisión el establecimiento del enunciado de preferencia es el resultado de un proceso psíquico racionalmente incontrolable, mientras que en el modelo de fundamentación se distingue el proceso psíquico y que da como resultado el enunciado de preferencia y su fundamentación lo que

---

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 147.

provoca que *una ponderación es racional si el enunciado de preferencia al que conduce puede ser fundamentado racionalmente*.<sup>62</sup>

Cuando se quiere fundamentar un enunciado condicionado de preferencia que no se refiere específicamente a la ponderación, se pueden tomar o hacer referencia a la voluntad del legislador Constitucional, a las consecuencias negativas de una determinación alternativa de preferencia, a los consensos dogmáticos y a decisiones anteriores, debido a que el solo basarse en el texto literal llevaría a la interpretación estrecha de un concepto, lo que conduce a la protección débil de un derecho fundamental. El cimiento referido específicamente a la ponderación se basa en la *“ley de la ponderación”* que se expresa de la siguiente manera: *Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*.<sup>63</sup>

Precisamente cuando se trata de una ponderación de principios esta ley no hace otra cosa que mencionarnos que el peso de un principio no es determinable en sí mismo o absolutamente, sino que se habla de un peso relativo, por lo tanto la ley de ponderación apunta a la importancia de la satisfacción del principio opuesto, revela lo importante en las ponderaciones, el grado o la intensidad de la no satisfacción o afectación de un principio, por un lado, y el grado de importancia de la satisfacción del otro principio.

Este modelo de fundamentación de la ponderación es muy criticado puesto que sus detractores mencionan que el modelo se trata de un procedimiento en el cual un bien es obtenido con “excesivo apresuramiento” a costa de otro, lo que es incorrecto ya que según el autor es todo menos un procedimiento abstracto general, no es, por lo tanto una *“fórmula vacía”*, a pesar de que la ley de la ponderación en tanto tal no formula ninguna pauta con cuya ayuda pudieran ser decididos definitivamente los casos, si ofrece un criterio al vincular la ley de la ponderación con la teoría de la

---

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 161.

argumentación jurídica racional, es decir, la ley de la ponderación dice qué es lo que tiene que ser fundamentado racionalmente.

Robert Alexy es muy claro en cuanto a la objeción que apunta a la seguridad jurídica, puesto que el modelo que él ofrece podría traer como consecuencia una disminución en el cumplimiento de este fin, a lo que el autor responde mencionando que el modelo de reglas/principios conoce no sólo el nivel de los principios sino también el nivel de las reglas, por lo tanto el basarse solo en el nivel de las reglas como una interpretación del texto o de la voluntad del legislador Constitucional si sería un error, pero la clave es fijarse esencialmente en la fuerza *jurisprudencial* de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal.<sup>64</sup> La fuerza que tienen los principios en esta teoría es muy importante debido a que no solo hace el estudio de las reglas sino que se dedica a la solución de conflictos entre principios, la llamada colisión de principios, aunque desde nuestro punto de vista esta teoría sigue aludiendo a la teoría de la discrecionalidad judicial,<sup>65</sup> si bien es cierto, en una manera muy específica, ya que a partir de los resultados que nos ofrece la ponderación, el juez tendrá que decidir cuál es la que tiene mayor peso, cosa que no nos parece descabellada, simplemente que en la mayoría de los casos los principios no son tomados en cuenta a la hora de decidir o no se les da la importancia debida.

No es una idea absurda o irreverente, afirmar que la teoría de Robert Alexy es limitada, al menos en el estudio de los principios, puesto que en primer lugar, este autor afirma que estos estándares son una subdivisión de las normas, ubicándolos a la par de las reglas, en otras palabras, los principios son normas. Estas ideas refuerzan su teoría de las normas, pero debilita a los principios, ya que estos no pueden ser mandatos de optimización, ni mucho menos tener jerarquía. Las ideas de Alexy son muy valoradas en la actualidad, a tal grado que en muchos ensayos sobre principios se toman

---

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 172.

<sup>65</sup> Alexy, Robert, *Derechos Sociales y Ponderación*, México, Fontamara, 2010, p. 228.

sus argumentos para construir una aplicación de estos estándares en la práctica jurídica, reflejados en lo que ya hemos mencionado, la ponderación de principios, que en nuestro país recibe el nombre de “ejercicio de ponderación”, que no es más que asignarle “peso” a cada principio en un caso concreto, sin embargo, se parte de la idea de una “colisión de derechos” y posteriormente se entra en el estudio de la mencionada colisión de principios, al respecto podemos afirmar que no hay una “colisión” como tal, al menos de principios, puesto que estos no tienen grado, por ende, no están en una relación de jerarquía, mejor dicho, los principios coexisten y ninguno tiene más peso o importancia que otro.

Nosotros denominamos a este fenómeno, como “armonización de principios” o “ejercicio de armonización”, donde aparentemente dos o más principios entran en conflicto, a pesar de ello, sólo se tiene que identificar el peso de cada principio en el caso concreto. En este momento parecería ser que “ponderación” y “armonización” son expresiones equivalentes, que sirven para lo mismo, cierto es que ambas buscan darle el peso adecuado a cada principio, pero mientras que en la ponderación se aplica sólo el principio que tiene más peso, o mejor dicho, aquel que resulta determinante y concluyente en el caso concreto, en la armonización se busca aplicar dos o más principios, cada uno en su justa medida, de modo que, en la ponderación se le da una especie de “grado” a los principios, mientras que en la armonización se busca una aplicación efectiva de todo aquel principio que pueda servir para obtener la respuesta correcta, siguiendo la idea de que los principios pueden orientar una decisión en un sentido o en otro, pero sin ser determinantes. Con esto no queremos decir que la ponderación sea inoperante, puesto que también busca encontrar un equilibrio en un conflicto de intereses y no sólo interpretar en un solo sentido, simplemente que la ponderación identifica a los principios de una manera limitada, no es una teoría que muestre lo esencial de estos.

#### D) Teoría de Ronald Dworkin (1931- 2013)

Por último, tenemos una teoría que desde nuestro punto de vista, es la más importante para la presente investigación debido a que resalta la necesidad de la aplicación de principios y aún más, es la teoría que expresa lo que es un principio así como los grandes riesgos que se tienen si se sigue aplicando un sistema basado solo en los argumentos del iuspositivismo, dado que en la actualidad no se pueden solucionar todos los problemas con la sola aplicación del texto de la norma jurídica, ni con el criterio de una sola persona, es por ello, que debemos de reconocer que los principios son muy importantes en el Derecho pero no vienen a ser el “hilo negro” ni mucho menos, sin embargo, son esenciales desde nuestra opinión en la solución de casos jurídicos.

Ronald Dworkin es un autor que muestra una claridad en toda su teoría ya que expone que no le son ajenas ninguna de las ideas de otras corrientes del pensamiento jurídico, algunos autores han catalogado a Dworkin como un post-positivista, neo iusnaturalista o un neo constitucionalista, cuestión que no discutiremos, pero dejaremos en claro que el iusnaturalismo no pasa desapercibido para este autor, aunque no podríamos afirmar que sea partidario de esta corriente puesto que no asume la idea de la existencia de un Derecho natural que está constituido por un conjunto de principios unitarios, universales e inmutables, sin embargo, el esfuerzo por restaurar el lazo entre el razonamiento moral y el razonamiento jurídico es muy notable.

Ya hemos mencionado el concepto de principio que detenta Dworkin por lo tanto, solo hay que recordar que para este autor los principios son estándares que no obedecen a un fin en particular sino que son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna dimensión de la moralidad. A primera vista podemos notar que es un autor que no está de acuerdo en muchas de las ideas de los juristas formados en el marco positivista, incluso cuando se refiere a los nominalistas que presentan su análisis a través de un



modelo que demuestra cómo las Instituciones Jurídicas realmente operan, menciona que al parecer estos creen saber cómo se usan conceptos por lo demás, ya que tienen la idea de que cuando se habla del “el Derecho” nos referimos a una serie de normas intemporales almacenadas en algún depósito en espera de que los jueces las descubran y que cuando hablamos de obligación jurídica pensamos en las cadenas invisibles con que de alguna manera nos envuelven esas normas misteriosas.<sup>66</sup>

Al ser muy crítico con el positivismo expone una serie de enunciados que a su vista representan la razón de ser de esta corriente, empieza por decir que para los positivistas en primer lugar el Derecho de una comunidad es un conjunto de normas especiales usadas directa o indirectamente por la comunidad con el propósito de determinar qué comportamiento será castigado o sometido a coerción por los poderes públicos y que esas normas pueden ser identificadas y distinguidas mediante criterios específicos y por pruebas (*tests*) que no tienen que ver con su contenido sino con su *pedigree* u origen, es decir, distinguir a las normas jurídicas válidas de las que no lo son. En segundo lugar ese conjunto de normas jurídicas válidas agota el concepto de Derecho, por lo tanto cuando una de estas normas no cubra claramente el caso de alguien, porque no es apropiada para usarse o porque es vaga, entonces no se puede decidir aplicando la ley, lo que trae consigo que deba intervenir algún funcionario como el juez, que tenga que resolver el caso, lo que ocasiona que este tenga que buscar otro tipo de estándar que lo ayude a la preparación de una norma nueva o en la ampliación de una existente. En tercer lugar, cuando se dice que una obligación jurídica está contenida en una norma jurídica válida, porque le obliga a hacer algo o que le prohíbe hacerlo, provoca que cuando no esté presente tal norma jurídica válida no haya obligación jurídica, por dichas razones cuando el juez tenga que decidir, no está imponiendo un derecho jurídico en el caso específico.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> Dworkin, Roland, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 63.

<sup>67</sup> *Ibidem*, pp. 65 y 66.

Con estos tres puntos de vista, Dworkin expone el esqueleto del positivismo, y lo hace para un fin específicamente, demostrar que el Derecho en primer lugar, no es un sistema de reglas y en segundo lugar, que los principios son esenciales para la solución de lo que él denomina “*casos difíciles*”. En este punto hay que mencionar que este autor se propone llevar a cabo un ataque general en contra del positivismo, pero al ser tan variado, necesita un punto de referencia y es cuando utiliza la versión de H.L.A. Hart para dirigir sus críticas, por lo cual empieza a dar su definición de principio y de directriz política, además de mencionar que la distinción entre principios jurídicos y normas jurídicas es lógica, todas estas diferencias ya las hemos estudiado, solo nos resta decir que Dworkin resalta la dimensión de peso o importancia que tienen los principios, y de la cuál carecen las reglas. Aunque el autor norteamericano acepta que en algunos casos los principios pueden desempeñar un papel muy semejante al de las normas jurídicas, dejando su diferencia exclusivamente en una cuestión de forma, da una serie de características que hacen evidente la diferencia entre estos.

Encontramos otro punto esencial de esta teoría cuando Dworkin nos aclara los dos puntos de vista que se pueden tomar para el estudio de los principios, de los cuales ya hemos enfatizado demasiado, simplemente recordaremos que en el primer enfoque se refiere a los principios que son tratados como normas jurídicas en el sentido que son vinculantes y el segundo enfoque dedicado a los principios extra-jurídicos que el juez es libre de seguir si lo desea. La discreción es un tema que nuestro autor critica demasiado, puesto que el dejar una decisión al criterio del juez que más allá de lo experimentado que este sea, tiene que decirnos el Derecho y no lo que él crea que dice el Derecho, es por ello, que la preocupación de Ronald Dworkin es plasmada cuando estudia este tema, mencionando que los positivistas tomaron el concepto de discreción del lenguaje común y que para entenderlo debemos devolverlo momentáneamente a su contexto originario; el autor resalta que el uso de la discreción solo tiene significación en algunas situaciones especiales, por lo tanto el concepto de discreción sólo es adecuado en un único tipo de contexto; *cuando alguien está en*

*general encargado de tomar decisiones sujetas a las normas establecidas por una autoridad determinada* como la discreción de un sargento que está sometido a las órdenes de sus superiores, al respecto Dworkin se refiere a que la discreción como en el agujero en una rosquilla, no existe, por consiguiente es un concepto relativo, ya que nos debemos de preguntar según que normas hay discreción o según qué autoridad, por lo tanto el funcionario puede tener discreción desde un punto de vista pero no desde otro.<sup>68</sup>

En ese orden de ideas, el significado exacto de discreción se ve afectado por las características del contexto, por lo cual el autor nos menciona que a veces se habla de discreción en un sentido débil simplemente para decir que por alguna razón, las normas que debe aplicar un funcionario no se pueden aplicar mecánicamente, sino que exigen discernimiento, se usa este sentido débil cuando el contexto todavía no lo aclara, en el ejemplo de un sargento al cual se le pide que forme una patrulla con sus cinco hombres más experimentados, se podría decir que las órdenes que recibió, le dejaban un amplio margen de discreción, ya que desconoce el contexto, solo sabía que el teniente le había pedido que formara una patrulla con esas características, pero era difícil saber cuáles lo eran los más experimentados.

Otra forma débil del uso del término discreción, se plasma cuando algún funcionario tiene la autoridad final para tomar una decisión que no puede ser anulada por otro funcionario es decir, “...*el funcionario forma parte de una jerarquía de funcionarios estructurada de tal manera que algunos tienen autoridad superior, pero en la cual las pautas de autoridad son diferentes clases de decisiones.*”<sup>69</sup>

Una vez que tenemos claro los dos sentidos débiles del término discreción, Dworkin menciona que el *sentido fuerte* de este término es el que tiene relevancia en el estudio de los principios y se refiere a que en un problema determinado el funcionario no está vinculado por estándares impuestos por

---

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>69</sup> *Idem*.

la autoridad en cuestión, de esta manera en el ejemplo del sargento, se podría decir que si le hubieran dicho que eligiera a cinco de sus hombres que el prefiera, tendría discreción en este sentido, pues no lo están condicionando para que elija a sus cinco hombres más experimentados, de esta manera si se usa el sentido fuerte de la palabra discreción no quiere decir que la libertad que se tiene sea ilimitada ya que no estará libre de crítica, simplemente quiere decir que su decisión no está controlada por una norma prevista por la autoridad particular, de esto se deriva que esta discreción de tercer sentido puede ser criticada, pero no por desobediencia, se puede decir que cometió un error, pero no que impidiera a algún participante formar parte de la decisión.<sup>70</sup>

Tenemos en consecuencia que cuando los positivistas mencionan que los jueces deben de decidir por medio de la discreción se debería de aclarar en qué sentido se habla, regularmente la discreción a la que ellos se refieren es en el primer sentido débil puesto que en ocasiones los jueces deben ejercer su juicio en la aplicación de normas jurídicas dada la textura abierta que menciona Hart, y precisamente es en esta teoría como ya la hemos analizado, cuando el término discreción se utiliza en el sentido fuerte que es el que afecta directamente en la aplicación de los principios jurídicos.

Dworkin nos da varios ejemplos para la aplicación de principios de segundo enfoque, como el famoso caso de *Riggs vs. Palmer*, donde en 1889 un tribunal de Nueva York tuvo que decidir si un heredero nombrado en el testamento de su abuelo podía heredar bajo ese testamento a pesar de que este había asesinado a su abuelo para heredarlo; de esta manera de acuerdo a lo que la ley decía en aquel momento, el nieto tenía que heredar sin ningún problema, pero el tribunal argumento que hay máximas generales y fundamentales que controlaban la aplicación y efectos de dichas leyes en ese sistema jurídico, por lo tanto aplicaron el principio de que “nadie puede aprovecharse de sus actos ilícitos”, lo que derivó en que el asesino no recibiera nada. Este asunto es denominado como un “caso difícil” debido a

---

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 86.

que la ley no ofrece una respuesta clara y la interpretación que se pudiera dar derivaría en la aplicación de la discreción del juez que como hemos visto, tiende a “crear Derecho”.

Debemos de comprender que la aplicación de estos estándares provocaría que se especulara en una cierta inseguridad jurídica, por lo tanto se presumiría que tendríamos que saber la totalidad de estos estándares, cosa que Ronald Dworkin nos aclara diciendo que se opone a la idea de ver al Derecho como un conjunto fijo de estándares de la clase que sean, se refiere a las consideraciones que un abogado observa para decidir sobre un determinado problema de derechos y deberes jurídicos, incluiría proposiciones que tuvieran forma y la fuerza de principios, lo que originaría que tanto abogados como jueces en la justificación de sus conclusiones usan frecuentemente proposiciones que han de ser entendidas de esa manera.<sup>71</sup>

Dentro de este contexto tenemos que Dworkin habla de casos difíciles cuando en un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución y donde el juez de acuerdo con esa teoría, tiene discreción para decidir el caso en uno u otro sentido, de esta manera Dworkin es claro al afirmar que él está de acuerdo con la idea de que una de las partes tiene derecho a ganar, pero hace la aclaración de que en su teoría no se afirma la existencia de ningún procedimiento mecánico para demostrar cuáles son los derechos de las partes en los casos difíciles, sino que se refiere a que en un momento dado los abogados y jueces razonables están en desacuerdo sobre estos derechos. Y es precisamente cuando un juez se enfrenta a un caso difícil donde debe de resolver de acuerdo a argumentos de principio y no argumentos políticos, es decir, que el juez no legisle puesto que debe resolver aplicando algún principio y no una directriz política, porque si aplica esta última si estaría legislando, cuestión que puede ser debatible. En cuanto al uso de la jurisprudencia en un caso difícil Dworkin menciona que la

---

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 140.

supuesta tensión que hay entre creación judicial e historia institucional se disuelve, debido a que los jueces deben hacer juicios nuevos sobre los derechos políticos, y no oponerse a las decisiones políticas del pasado.<sup>72</sup>

Lo anterior pone en evidencia que en algunas ocasiones los jueces deben formular juicios de moralidad política con el fin de decidir cuáles son los derechos jurídicos de los litigantes; es por ello, que Dworkin nos señala que los argumentos de principio se proponen establecer un derecho individual mientras que los argumentos políticos se proponen establecer un objetivo colectivo, es decir, que los principios son proposiciones que describen derechos y las políticas son proposiciones que describen objetivos.

Hasta aquí, tenemos una teoría que implicaría muchísimo esfuerzo para la solución de los casos difíciles, y encontramos una pieza clave que es el juez, quien nos dará esa respuesta correcta que necesitamos, pero cabe preguntarse si: ¿Existe un juez con la suficiente sabiduría para resolver un caso difícil?, desde nuestro punto de vista un juez representa un eslabón fundamental en la impartición de justicia, realmente es el que nos va a aclarar el panorama en las situaciones más oscuras, es aquí donde encontramos una idea esencial de esta teoría, pues Ronald Dworkin nos propone al llamado “Juez Hércules”, que es un abogado dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas, es un juez en alguna jurisdicción importante, que acepta las principales normas constitutivas y regulativas no controvertidas del Derecho en su jurisdicción, es decir, acepta que las leyes tienen el poder general de ajustarse a las decisiones anteriores de su Tribunal o de Tribunales superiores cuyas bases lógicas abarquen el caso que se tenga entre manos.<sup>73</sup>

Este juez Hércules debe construir una teoría constitucional para saber cuál es el esquema de los principios fijados en una Constitución, y aún más, organizar esta teoría como un conjunto de principios y de directrices políticas que justifique el esquema de gobierno, de la misma manera debe

---

<sup>72</sup> Dworkin, Roland, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 154.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 177.

preguntarse: ¿Por qué una ley tiene el poder de alterar los derechos?, encontrando dentro de su teoría que el Parlamento elegido democráticamente es el que toma las decisiones colectivas referentes a qué comportamientos serán considerados como delictivos, pero a su vez el legislador tendrá ciertas responsabilidades pues también debe de procurar los objetivos colectivos que definen el bienestar público. Cuando se le presente un caso difícil a Hércules, es claro que muchas de las veces se recurrirá a los precedentes, es decir, a las decisiones anteriores que el Tribunal ha dictado, por lo tanto cabe preguntarse si esos precedentes pueden ser tomados en cuenta para la formulación de un caso nuevo, determinar cuál es la fuerza que tiene el precedente es un gran reto ya que debemos tomar en cuenta que ese precedente se originó debido a que en su momento no hubo una norma jurídica clara para resolver el caso concreto, lo que se conoce como fuerza de promulgación del precedente, a pesar de ello, esta característica del precedente no es definitiva, de igual manera el juez podría cuestionar la fuerza de la interpretación de la norma o del principio contenido en un precedente lo que obligaría a Hércules formular una teoría general del precedente, donde el precedente tiene fuerza gravitacional, es decir, que afecta de alguna manera a las decisiones posteriores, o permiten la formulación de nuevas reglas aunque controvertidas, asimismo podemos encontrar una clara distinción entre el legislador y el juez, pues el primero al votar la creación de una ley, está reflejando su sentir, lo que realmente cree que hace falta por legislar, mientras que el juez en la mayoría de los casos trata de ser original en su decisión pero a partir de las decisiones que han tenido otros jueces sobre casos similares.

Ronald Dworkin menciona que la fuerza gravitacional del precedente no puede ser captada por ninguna teoría que suponga que el precedente tiene fuerza de ley como la legislación, sino que esta fuerza se puede explicar apelando, no a la prudencia de imponer leyes, sino a la equidad de tratar de manera semejante a los casos semejantes, lo que va a reflejar que en un futuro se puedan solucionar otros casos de manera similar, pero ello no

quiere decir que la fuerza gravitacional deba ser ilimitada, al contrario, se debe limitar a los argumentos de principio que justificaron dicha decisión. Si una decisión está basada en argumentos políticos no tendrá fuerza gravitacional, solo se limitará a su fuerza de ley, así que para Hércules, es un gran reto descubrir los principios que no solamente estén acorde a un precedente en particular, sino que sean compatibles con todas las otras decisiones judiciales que estén en su jurisdicción, es decir, que las decisiones deben ser coherentes así como los principios citados.

Como podemos observar, el Juez Hércules es en sí mismo un gran reto, debido a que es el encargado de realizar todo este estudio que hemos mencionado, al respecto el autor destaca lo siguiente:

*“Ya verá ahora el lector por qué he llamado Hércules a nuestro juez. Hércules debe construir un esquema de principios abstractos y concretos que ofrezca una justificación coherente para todos los precedentes de derecho consuetudinario y, en cuanto también han de estas (sic) justificadas por principios, para las estipulaciones constitucionales y legislativas.”<sup>74</sup>*

Para este propósito, Dworkin propone un ordenamiento vertical y otro horizontal, donde el ordenamiento vertical depende de la distinción de estratos de autoridad, es decir, donde se toman decisiones que controlan otras decisiones tomadas en niveles inferiores, y el ordenamiento horizontal se refiere a los principios que son base de una decisión, deben de ser congruentes con los demás ofrecidos en otras decisiones del mismo nivel.

Este modelo parece ser muy simple y uno pensaría que con algo tan elemental se podrían resolver todos los casos difíciles, pero hay que aceptar que con este modelo de principios no daríamos respuesta a todos los casos, debido a que en primer lugar, el encontrar una totalidad de principios coherentes con los precedentes existentes, resultaría sumamente complejo, puesto que los jueces anteriores a nuestro Hércules, no tenían la habilidad e imaginación de este, por lo tanto aquellas decisiones tomadas carecerían de

---

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 190.



muchas cosas que Hércules no hubiera dejado pasar, sin embargo, nuestro juez podría tratar de matizar este problema, tal vez tratar a aquellas decisiones como errores institucionales, ya que a pesar de que una decisión haya sido tomada bajo un argumento de principio, Hércules tratara de mostrar que ese principio que en aquél momento sirvió de base, en la actualidad está socavado.

Por otra parte, Ronald Dworkin hace suya la teoría de la justicia de John Rawls, que describe de manera general como un grupo de hombres y mujeres se reúnen para establecer un contrato social, donde estos son racionales y actúan únicamente en su propio interés, escogerán sus dos principios de justicia que estipulan, aproximadamente, que cada persona debe tener la mayor libertad política compatible con una libertad semejante para todos, y que las desigualdades en el poder, la riqueza, los ingresos y otros recursos no deben existir a no ser en la medida en que actúen en beneficio absoluto de los miembros de la sociedad que peor están.<sup>75</sup>

El tomarnos nuestros derechos en serio, implica que a pesar de que nuestra Constitución refleje problemas jurídicos y morales, que son resueltos a través de la elaboración de leyes, donde la desobediencia civil se puede manifestar pero solo sería completamente efectiva si la Constitución no refleja en la mayoría de las leyes soluciones a problemas morales, pero aquella desobediencia civil no quiere decir que dejemos de observar las leyes que a nuestro criterio son injustas, puesto que fueron votadas por el grupo de funcionarios que se eligieron democráticamente, a pesar de ello, la desobediencia civil siempre será una opción, si está bien fundamentada ya que la interpretación de la ley que nos ofrecen los Tribunales no siempre es la correcta,<sup>76</sup> no obstante, aun cuando nuestra Carta Magna sea interpretada de la mejor manera, no se podría afirmar que reconoce todos los derechos morales de los ciudadanos.

---

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 234.

<sup>76</sup> Dworkin, Roland, *Una cuestión de principios*, trad. de Victoria Boschioli, Argentina, Siglo veintiuno editores, 2012, p. 155.

La teoría que nos ofrece Ronald Dworkin parece tener argumentos muy diferentes a las teorías positivistas, razón por la cual ha sido duramente criticada; la forma de estudiar a los principios es lo que nos interesa puesto que los trata como una parte esencial de lo que denominamos “Derecho”, debido a que algunas veces este se reduce a lo que los jueces dicen que es, o la ley se reduce a la interpretación que ellos le dan. Dworkin en su libro “El imperio de la justicia”, nos da una concepción del Derecho más concreta (algunos juristas se refieren a estas ideas como el “segundo Dworkin” es decir, un autor con ideas diferentes a las plasmadas en sus obras anteriores), debido a que lo estudia como una integridad, y es aquí donde menciona el *principio adjudicativo de integridad* que instruye a los jueces a que identifiquen los deberes y derechos legales, hasta donde sea posible, sobre la suposición de que todos fueron creados por un mismo autor que expresa una correcta concepción de justicia y equidad.<sup>77</sup>

Con lo anterior en mente, esta teoría realmente nos deja con mucho que pensar, muchos retos por delante, tratar de resolver los casos difíciles de la mejor manera posible, encontrando la tan ansiada respuesta correcta, ayudados por el juez Hércules, desde luego, que nuestro estudio ha sido de manera general, ya que hay muchos temas que este autor estudia, lo que le dan una mayor complejidad a su teoría, a pesar de ello, consideramos que hemos dejado clara la importancia que tienen los principios en esta teoría y en el Derecho.

---

<sup>77</sup> Dworkin, Roland, *El imperio de la justicia*, 3ra reimpresión, trad. de Claudia Ferrari, España, Gedisa, 2008, p. 164.

## II. Argumentos y contra-argumentos Positivistas respecto de la aplicación de Principios

Una vez que revisamos de manera general varias teorías que estudian a los principios desde diferentes enfoques, podemos afirmar que los principios son esenciales en el Derecho, a pesar de que existan diferentes corrientes del pensamiento jurídico que prediquen lo contrario, bastara con mencionar que el gran jurista H. L. A. Hart acepta que un defecto de su libro “El concepto de derecho” fue haber tocado de pasada a los principios y no haber profundizado en el estudio de estos;<sup>78</sup> a pesar de que él tenga argumentos diferentes al respecto, por ejemplo, que la distinción entre principios es de grado, a diferencia de su principal crítico Ronald Dworkin, que afirma que estos tienen la dimensión de peso, lo que nos deja claro que el estudio de los principios es muy importante aun cuando se tenga una corriente del pensamiento jurídico diferente.

En este momento debemos enfatizar nuevamente en una cuestión que parece generar muchas críticas, nos referimos a la relación que tienen los principios y las reglas, ya que cuando se estudian, la mayoría de las veces parecería que se encuentran en constante roce, lo que es erróneo, puesto que tanto los principios como las reglas se pueden complementar de una manera eficaz, sabemos que la importancia de las reglas no es cuestionable, pero si podemos realizar una crítica cuando estas no ofrecen la solución a ciertos problemas, es aquí cuando la aplicación de principios resulta evidente puesto que orientan el caso hacia una dirección, e incluso en casos concretos los principios pueden funcionar como reglas; en cuanto a lo “justas” que pueden ser las reglas no podemos cuestionar su validez si carece de este aspecto, asunto que los principios no pueden dejar pasar, es

---

<sup>78</sup> Hart, H.L.A., *Post Scríptum al concepto del derecho*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2000, p. 38.

por ello, que en la elaboración de una regla el aspecto moral es muy importante, de hecho podemos analizar una gran parte de reglas y darnos cuenta que ellas no son más que el reflejo de algún principio.

Ronald Dworkin nos da tres argumentos que un positivista suele usar cuando se le cuestiona sobre la importancia que tienen los principios en el Derecho, el primero de ellos se refiere a que un positivista podría argumentar que los principios no pueden ser obligatorios, cosa que nos parece un error, ya que como hemos visto algunos principios son vinculantes, es decir, nos referimos al estudio del primer enfoque de los principios, pero ¿qué pasa con los principios que aparentemente no obligan a los jueces a aplicarlos?, en un caso difícil cuando el juez ejerce su discreción en el sentido fuerte, utiliza a los principios de segundo enfoque, debido a que los tribunales siguen principios que característicamente aplican.

Un segundo argumento positivista cuestiona a los principios que son obligatorios para el juez, resaltando que a pesar de ser vinculantes no pueden determinar un resultado particular, es decir, que su aplicación no de solución a un problema, y es aquí donde podemos mencionar que un principio no es una regla, una regla contiene un supuesto y si este no se da, simplemente no se aplica, los principios no funcionan de esa manera, sino que estos inclinan la decisión en una dirección, aunque no de manera concluyente,<sup>79</sup> no se agotan si no son aplicados, ellos permanecen intactos, al respecto de una posible colisión de principios Dworkin señala lo siguiente:

*“Si un juez cree que los principios que está obligado a reconocer apuntan en una dirección y que los principios que apuntan en otra dirección, si acaso existen, no son de igual peso, entonces él debe actuar de acuerdo a los primeros, del mismo modo que él debe seguir lo que cree es un regla obligatoria.”<sup>80</sup>*

---

<sup>79</sup> Dworkin, Roland, *¿Es el derecho un sistema de reglas?*, op. cit., p. 39.

<sup>80</sup> *Idem.*

El tercer argumento menciona que los principios no pueden contar como Derecho porque su autoridad, y más aún su peso, es congénitamente polémico. Ya se había mencionado que la característica del peso de un principio siempre generará polémica, sin embargo, no puede faltar en estos, en contraste podemos ubicar claramente la validez de una norma, siguiendo propiamente una cadena de validez hasta llegar en el caso de la teoría de Hart hasta la regla de reconocimiento, en este orden de ideas, los principios no serían obligatorios, pero hay que aclarar que este punto de vista refleja directamente la teoría positivista que como lo hemos revisado, cuestiona mucho el papel que tienen los principios en el Derecho.

Este es un argumento que muchos defenderán y que otros refutarán, a pesar de ello, podemos de igual manera cuestionar la interpretación de las leyes, las cuales son sujetas a muchos puntos de vista, por lo tanto también genera que estas sean interpretadas y reinterpretadas, y si en algún momento pudiéramos decir que los Tribunales tuvieran discreción para cambiar las reglas establecidas, concluiríamos que estos no tendrían ninguna regla obligatoria, de esta manera, hay estándares que los Tribunales siguen para poder modificar algunas reglas.

Ahora bien, encontramos principios que pueden ser claves para la modificación de una regla, pero es claro que no todos los principios tienen esa importancia cuando se aplican al caso concreto, hay algunos principios que cuentan más que otros y por supuesto, estos principios no dependen del criterio del juez, es decir, no son los principios que él prefiere, por consiguiente, debemos de aceptar en primer lugar la existencia de patrones que pueden propiciar la alteración de alguna regla. Si se toma como punto de partida la idea de que los jueces deciden que principios aplicar para modificar una regla, se sigue que ninguna regla es obligatoria para ellos, por lo tanto, en la mayoría de las veces cuando se refiere a la decisión de un juez, se asocia directamente a la discreción que este tiene, pero hemos de aclarar que se refieren a algún sentido débil del término discreción, lo que nos lleva a redondear la tan mencionada, teoría de la discrecionalidad judicial.

### III. Teoría de la Discrecionalidad Judicial

Ya hemos hecho referencia en bastantes ocasiones a esta teoría, puesto que es uno de los temas que más polémica generan debido a que muchas veces se confunde el término discreción, o simplemente tenemos una idea diferente sobre este, y como es de nuestro interés el estudio de los principios, esta cuestión es clave ya que dependerá del trato que le demos a esta teoría para justificar la aplicación de principios tanto de nuestro primer enfoque como del segundo.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, nos resta decir que la teoría de la discrecionalidad no viene más que a demostrar la existencia de estándares que en un momento dado modifican alguna regla o que le dan una interpretación diferente, pero que estos estándares no dependen del criterio de algún juez, sino que son aquellos que los Tribunales tienen por principio; como lo vimos en la teoría de Ronald Dworkin, hay diferentes usos que se le dan al término discreción, los cuales se reflejan en dos sentidos débiles y uno fuerte, cuando se refiere a la discreción que tiene un juez, la mayoría de las veces se refiere a alguno de los dos sentido débiles de esta expresión, pero en realidad el que nos debe de importar es el sentido fuerte que se refiere a los estándares que a pesar de que ninguna autoridad le obliga a seguir, los observa y que son determinantes para la solución de casos difíciles. Ahora bien, la principal fortaleza de esta teoría es que cuando no hay una regla que resuelva un caso o que su interpretación sea vaga, el juez tendrá que aplicar su discreción para dar solución a aquel asunto, pero cabe preguntarse ¿qué aspectos toma en cuenta el juez para decidir ese caso?, desde nuestro punto de vista, el juez es el que nos debe decir el Derecho, y no lo que cree que dice, consideramos que el juez debe de valerse de principios para encontrar una solución al caso cuando la norma jurídica no es clara, con esto no queremos decir que la experiencia del juez no sirva para nada, al contrario, creemos que esta sabiduría es fundamental para la

solución de casos de Derecho Familiar, además debería de ser tomada en cuenta de manera fundamental por el legislador cuando trate de modificar o dar pie a una nueva norma jurídica, por lo tanto el juez no debe bajo ninguna circunstancia legislar, simplemente interpretar y darle sentido a lo que ya ha sido legislado, precisamente en busca de armonizar todo el sistema.

La discreción (mal entendida) es la ocurrencia de todo aquel que se encuentra cercado bajo sus propios argumentos cuando se le presenta un caso difícil, asimismo, la “textura abierta” de la ley es una gran justificación cuando no se encuentra una respuesta sólida, porque a pesar de que se afirme que esta textura abierta, permite a los Tribunales llevar a cabo una “creación jurídica” mucho más amplia, encuentra una gran problemática cuando se piensa que esa determinación es ilimitada y aunado a que no se toma a los principios en serio, ni siquiera como un imperativo categórico sino como un elemento que pudiera dar claridad a esa decisión opaca, y en tal caso que hubiera discreción encontraría como límite en el Derecho Familiar, el interés superior de la familia y de los menores. Sabemos de antemano que el Derecho no es perfecto, que siempre habrá alguna falla, que tendremos muchas opiniones encontradas, pero eso no es justificación para que el juez decida libremente sin recurrir a patrones de sensatez y equidad.

#### IV. Casos Difíciles

El impartidor de justicia tiene que resolver todos los casos que le son encomendados con humildad, para lo cual debe de argumentar de la mejor manera su decisión, pero: ¿Qué pasa cuando se le presenta un caso que no encuentra solución en la aplicación de una norma jurídica?

Entendemos por caso difícil, aquella situación jurídica que no puede ser solucionada a través de una norma jurídica, debido a que esta no encuadra

en el supuesto del caso concreto o porque su interpretación es muy vaga o controvertida, asimismo cuando requiere de una armonización de principios, es decir, cuando tengamos dos principios que orienten el caso en direcciones diferentes.

Sabemos que hay muchas opiniones en cuanto a lo que entendemos por casos difíciles, algunos podrán añadir más características a estos, pero algo que no podemos negar es que estos casos necesitan un estudio más profundo, ya que no podemos afirmar que solo aplicando principios o reglas encontraremos una solución, eso sería un error, pero si podemos encontrar mayor claridad en el caso tomando en cuenta a los principios, como lo menciona Dworkin, la característica de peso o importancia que tienen los principios siempre va a generar muchas dudas, pero es una particularidad que no puede faltar en estos, cosa que los hace diferentes de las reglas, es por ello que la armonización de principios nos ayuda a la aplicación de principios al caso en concreto, cuando surjan dificultades entre estos estándares, de igual manera, si estamos familiarizados con el modelo de ponderación de Robert Alexy lo podemos utilizar siempre y cuando observemos las particularidades que ya hemos mencionado.

Con esto en mente, nos damos cuenta que los casos difíciles plantean muchísimos elementos que debemos tomar en consideración, cosa que no pasa desapercibida para Dworkin ya que él inventa al Juez Hércules capaz de realizar todo este estudio y orientarnos a la tan ansiada respuesta correcta, no se pretende restarle importancia a las reglas o hacerlas a un lado, sino tratar de resaltar el notable vínculo que tienen los principios y las reglas en el Derecho. A través de las teorías que estudiamos nos dimos cuenta de la importancia tanto de reglas como de principios en la solución de casos difíciles, porque no solo hay que argumentar la decisión en favor de una parte, sino también argumentar el por qué perdió la contraparte.

Encontrar la respuesta correcta en un caso difícil requiere de una argumentación impecable, al respecto tendremos que decir que desde nuestro punto de vista, el mencionar que se tiene una sola respuesta correcta de manera literal es mal entendido, nosotros preferimos decir que



una vez que se hizo todo el estudio del caso, tendremos varias soluciones que a su vez tendrán variantes aunque pequeñas pero no dejan de ser diferentes resultados, y una vez que tenemos estas conclusiones el Juez Hércules tomará la que mejor sea aplicable, y es ahí donde encontraremos la respuesta correcta.

## V. Derecho y Moral

Llegamos a un tema que siempre ha dado de que hablar, puesto que de ello depende que muchas de las ideas planteadas en un sistema jurídico funcionen, es decir, la relación que existe entre Derecho y moral estará vinculada en muchas ocasiones con los argumentos que tengan aquellos funcionarios de dicho sistema. En realidad, ya se han dejado argumentos que nos muestran esta relación, tal solo basta con revisar nuevamente el concepto de principio de Ronald Dworkin, para darnos cuenta que depende mucho de que exista dicho vínculo; los principios están íntimamente relacionados con la moral, pues muestran estándares que son observados en una determinada sociedad, como lo hemos dicho, los principios dependen de las circunstancias en que se estudien o se apliquen, ya que no compartimos la idea de que existan principios unitarios, universales e inmutables, en ese orden de ideas, todo el estudio que hemos hecho sobre los principios, reflejan que estos son muy importantes para el Derecho y sobre todo, son parte de él. De lo anterior se desprende que los principios al ser parte del Derecho, y estos a su vez al estar intrínsecamente unidos a la moral, podemos concluir que entre Derecho y moral efectivamente hay un vínculo.

Ahora bien, si partimos de la idea que existe dicho vínculo, debemos aclarar qué tanta influencia tiene esta conexión en el Derecho, es evidente que en

las teorías de H.L.A. Hart y de John Austin se trata de dar respuesta a esta cuestión de una manera muy peculiar, puesto que Austin se refiere a las normas de la *moral positiva*, las cuales no tienen el carácter imperativo de las que gozan las normas jurídicas, menciona que las primeras solo están relacionadas por analogía con las segundas, por consecuencia, las normas de la moral positiva, no provienen de un superior, por lo tanto no son mandatos; cómo podemos percibir Austin es claro y nos dice que estas normas de la moral positiva no tienen ninguna fuerza que haga que una determinada autoridad las aplique, además debemos resaltar que con este punto la relación entre Derecho y moral se ve sumamente lejana.

La explicación que nos ofrece Hart sobre este punto es mucho más amplia que la de Austin, puesto que parte de la idea de que hay teorías que explican la relación entre Derecho y moral, en primer lugar menciona a la tradición tomista del Derecho natural que a su vez comprende dos tesis, la primera es que hay ciertos principios de verdadera moral o justicia, descubribles por la razón humana sin la ayuda de la revelación, aun cuando tiene origen divino; la segunda es que las normas o leyes humanas que contradicen esos principios no son Derecho válido. Otros consideran a la moral como expresiones de actitudes humanas frente a conductas que pueden variar de sociedad a sociedad o de individuo a individuo, lo que deriva en que se tenga una obligación moral de obedecer al Derecho aunque esta no sea necesariamente universal, idea que nos parece la más adecuada, Hart delimita su explicación hasta este punto ya que no quiere entrar en el campo de la filosofía moral, por consecuencia, estas percepciones se enfocan en la idea de la justicia, ya que es más fácil identificar cuando se refieren a las normas jurídicas con expresiones como “justa” o “injusta”, establece la relación entre justicia y moral pero no propiamente entre Derecho y moral,<sup>81</sup> esto se debe a la concepción que tiene este autor sobre el Derecho, esto genera que explique propiamente la relación que tienen las normas jurídicas y la moral, empezando por distinguir al Derecho positivo del Derecho natural para después concluir con lo que

---

<sup>81</sup> Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, *op. cit.*, p. 193 a 208.

desde nuestro punto de vista es una gran virtud de su teoría debido a que es un positivista que no se encasilla en sus propios argumentos, nos referimos al contenido mínimo de Derecho natural, aunque como su nombre lo indica, es mínimo y se refiere a la relación entre Derecho y moral puesto que tienden a prohibir conductas que afectarían la vida en sociedad, como lo son la violencia que se traduce en privar de la vida a alguien, asimismo como causarle algún daño, además de buscar que haya una igualdad entre los individuos de una sociedad, como fomentar que este colectivo se haga de sus recursos y de sus cosas. Es claro que este contenido mínimo de Derecho natural desde nuestra consideración nos da una serie de elementos donde sin duda alguna establece una conexión entre Derecho y moral.

Debemos de aclarar que en cuanto a la validez de una norma jurídica, el valor moral es una condición necesaria aunque no suficiente para determinar la validez de esta, ya que encontramos muchas veces que lo jurídicamente válido puede ser moralmente incorrecto, a pesar de ello consideramos que la moral debe ser tomada en cuenta por el legislador cuando se proponga elaborar una ley debido a que tendría que ser moralmente correcta, aunque de igual manera esta no sea suficiente para determinar la validez de la ley.

Tenemos entonces, que la moral se relaciona con el Derecho de acuerdo con las ideas que cada uno tenga sobre todo este contexto, ya que existen diferentes puntos de vista en cuanto a este tema, y si algún operador jurídico considera que esta relación existe, al elaborar una ley, buscara que sea moralmente correcta antes de ser votada, no obstante, si tenemos un caso donde la ley es moralmente incorrecta, aunque tengamos muy clara nuestra postura, no tendrá influencia para dejar de observar dicha ley, por lo tanto la relación entre Derecho y moral es necesaria pero depende en gran medida de la importancia que esta tiene para cada uno de nosotros. Hemos mencionado el argumento de la pretensión de corrección de Robert Alexy, que plasma la relación que hay entre Derecho y moral, el autor dice que el argumento de la corrección permite una conexión débil ya que es sólo una conexión calificadora y no clasificadora, definiendo una conexión clasificadora cuando se sostiene que las normas o los sistemas de normas

que no cumplan con criterio moral particular no se consideran como normas jurídicas o sistemas jurídicos, mientras que la conexión calificadora es cuando se sostiene que las normas o los sistemas de normas que no cumplan con un particular criterio moral pueden considerarse como normas jurídicas o sistemas jurídicos, aunque como normas jurídicas jurídicamente defectuosas o sistemas jurídicos jurídicamente defectuosos, de lo anterior se desprende que la pretensión de corrección sólo conduce a una conexión calificadora, resaltando que este vínculo significa que las decisiones jurídicas moralmente erróneas son, de forma necesaria, jurídicamente erróneas.<sup>82</sup>

Este argumento nos sirve para recalcar que no hay verdades absolutas y que es evidente que en muchas teorías, la pretensión de corrección no sería tomada en cuenta, no obstante, en la presente investigación hemos de recalcar que los principios son fundamentales en el Derecho, por esta razón, son también una herramienta para lograr una mejor argumentación jurídica. En la actualidad tenemos un Estado muy complejo lo que requiere de nuevos modelos teóricos que ofrezcan una solución a los paradigmas que van surgiendo, un ejemplo claro son los Derechos Humanos, que sin duda alguna representan un gran reto para todo Estado moderno, por lo cual utilizar modelos que han quedado rebasados por las circunstancias actuales, presentaran muchos problemas, esto no quiere decir que pierdan su valía, sino que lamentablemente su explicación ya no tiene los alcances que se necesitan.

---

<sup>82</sup> Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, op. cit., p. 69.

## VI. Ética y Moral

Es necesario hacer una distinción elemental entre estos dos conceptos, ya que muchas veces pensamos que hablamos de la moral y realmente a lo que nos referimos es a la ética, esto se debe a que son términos que están íntimamente ligados, a tal punto que se tiene que hacer un estudio minucioso tanto de la ética como de la moral, para conocer realmente a lo que se refieren. Estos dos conceptos influyen de una manera importante en el estudio de los principios, mientras una resulta del estudio de la vida humana, la otra trata de formular principios generales que sean compatibles en una comunidad determinada. La palabra ética proviene del griego *ethos* que significa “modo de ser” o “carácter”, mientras que la palabra moral proviene del latín *mor* o *mores*, también entendida como costumbre, al ser comprendida como una conducta adquirida por el hábito, en ese orden de ideas, tenemos que la ética es una rama de la filosofía que busca establecer los criterios del comportamiento moral de los hombres en sociedad, y es un conocimiento que busca sentar la bases de la conducta humana.<sup>83</sup>

Podemos afirmar que la ética estudia a la moral, esto no quiere decir que la ética crea a la moral o que no intervenga como tal en nuestras decisiones, sino que este aspecto recae en la situación moral que tenga cada uno; ya hemos mencionado que la moral dependerá en gran medida del individuo, es decir, será tan importante como cada uno de nosotros queramos que sea importante, por lo tanto la moral es temporal, mientras que la ética busca formular un teoría, más que determinar conductas de hacer o no hacer en la búsqueda de una interacción en sociedad, al respecto el maestro Ochoa Hofmann afirma lo siguiente:

---

<sup>83</sup> Ochoa Hofmann, Alfonso Estuardo, *Ética y derechos humanos*, México, IURE editores, 2006, p.3.

*“La ética y la moral, de una forma u otra, van juntas aunque no son lo mismo. La ética parte de la diversidad de morales que existen tanto en espacio y tiempo, no es identificable con alguna moral en particular y, a la vez no es indiferente a ninguna; además, intenta buscar sus coincidencias y sus distinciones, entender el todo por el todo mismo...”<sup>84</sup>*

Como podemos observar rechaza la idea de ver a la ética como una disciplina meramente normativa, puesto que la ética formula criterios universales, dado que estos deben de ser compatibles con toda la moral. La ética al ser una rama de la filosofía se ubica en el apartado de la filosofía práctica (del hacer, obrar, del deber, formas y valores, axiología), donde además de esta, ubicamos a la estética, a la filosofía de la ciencia económica y la economía, a la filosofía de la ciencia política y la política, a la filosofía de la religión y por último, a la filosofía de la ciencia del Derecho y del Derecho. Tenemos entonces que la ética y la moral están íntimamente relacionadas, lo que nos lleva a mencionar que la moral determina ciertas reglas de conductas necesarias en una comunidad específica, mientras que la ética estudia a la moral en general y la enfoca como fenómeno, podemos concluir que hay tantas morales como comunidades existen, lo cual le permitirá basarse en condiciones sociales, económicas, políticas y culturales específicas.

Ahora bien, la ética solo funciona si el individuo quiere que funcione y la moral en la medida en que queramos que nos acompañe, es por ello que se habla de la ética de los profesionales en cualquier rama del conocimiento, y aún más esencial, la ética de cada individuo; en el estudio del Derecho encontramos muchas referencias a la ética, debido a que es esencial que cada uno de los que estudian Derecho, comprendan que la ética no establece principios y normas en una sociedad, sino busca establecer criterios para la elaboración de principios y normas que sean compatibles con la moral y es esta última la que interactúa directamente con la sociedad, lo que afecta la visión que tenemos del Derecho.

---

<sup>84</sup> *Ibidem*, p.4.

## VII. De la aplicación de un Principio

Hemos dejado para el final esta tema, que más que para analizar, fue diseñado para reflexionar, tomando en cuenta que los principios son muy delicados, especiales y esenciales para el Derecho, como ya lo hemos argumentado con los temas anteriores, a pesar de ello comprendemos que existan diferentes puntos de vista respecto de estos, pero así como afirmamos que hay teorías que no reflejan lo complejo que es el Estado actual, afirmamos que no concebimos la idea del Derecho sin principios, o con principios que solo son tomados en cuenta solo cuando alguien se acuerda que existen.

En primer lugar, estamos atados a la forma de pensar de aquel que resolverá nuestro caso, pedimos que nos diga el Derecho y no lo que él cree que dice el Derecho, en segundo lugar, las normas jurídicas nos muestran el camino para tomar una decisión, pero también debemos de reconocer que estas no son perfectas, que esa textura abierta que trata de ocultar sus debilidades, no hace más que agravar el problema, puesto que la interpretación se vuelve cada vez más cuestionable, en tercer lugar, vivimos en un Estado que tiene problemas que no pueden ser solucionados de una manera excluyente, es decir, solo tomando en cuenta las normas jurídicas, por ejemplo, tenemos a los Tratados Internacionales que en el caso de los Estados Unidos Mexicanos, son muy importantes a tal grado de que se han generado muchos debates en cuanto a la jerarquía que estos tienen respecto de nuestra Carta Magna, logrando dividir a nuestro Tribunal Supremo; los Derechos Humanos reconocidos por estos Tratados introducen un paradigma del cual no podemos huir, sino afrontar y es aquí donde nos preguntamos si: ¿Realmente bastará con tener un modelo basado únicamente en normas jurídicas?, si decidimos introducir nuevos elementos a nuestro sistema jurídico, es necesario cambiar de sistema o realizar muchas modificaciones, una de ellas en enseñar a los nuevos juristas a

pensar de manera diferente, mucho más amplia y reflexiva, que no se asusten cuando en nuestra argumentación jurídica hagamos uso de muchos principios y que las reglas sean realmente puestas a prueba, sabemos que hay muchos juristas que le dan la importancia que se merecen los principios, de esto resulta el paradigma actual en el Derecho, que desde nuestro punto de vista debe de ser estudiado de una manera profunda, nos referimos a la argumentación jurídica que no sólo se refiere a sostener nuestros argumentos en base a normas jurídicas, sino también en principios, que deben de ser utilizados de una manera frecuente, por ejemplo, el modelo argumentativo de Toulmin deja en evidencia la solidez o la inestabilidad de nuestros argumentos, por lo tanto los principios también serán una herramienta importante para fortaleza de nuestro razonamiento jurídico, dejando como reflexión que la prueba del ácido de las normas jurídicas son los principios.



## CAPITULO II

### DEL DERECHO FAMILIAR

La familia es el núcleo más importante de cualquier sociedad, pieza esencial en el buen funcionamiento de una comunidad; en el Estado Moderno representa prácticamente lo más delicado de éste, puesto que vivimos en una sociedad donde se han perdido muchos principios y valores es por ello, que en cuanto a lo que se refiere a la familia, debe ser tratado de una manera especial, darle la importancia que se merecen a cada uno de los problemas que puedan poner en riesgo la estabilidad de ésta. En el ámbito jurídico resulta trascendental encontrar los mecanismos que puedan propiciar el buen funcionamiento de la familia y aún más, la protección que ella debe de tener, por esta razón los principios son fundamentales en tan delicado núcleo, con la familia no se puede estar jugando ni mucho menos experimentar con reformas que parezcan novedosas y que a la larga resulten dañinas, por lo cual el legislador debe conocer tanto el contexto en el que se desenvuelven las familias, como la propia historia de éstas, no basta con pensar que funcionará, sino requiere mucho análisis y estudio.

El Derecho Familiar es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de los miembros de una familia entre sí y de ésta con los de otras familias, con la sociedad y el Estado,<sup>85</sup> al respecto tendremos que mencionar que además del conjunto de normas jurídicas, estarán los principios que hemos estudiado hasta ahora, por lo cual el Derecho Familiar tendrá una regulación más completa. Como podemos observar, esta rama del Derecho es muy compleja y delicada, lo cual genera que tanto jueces como abogados tengan la necesidad de contar con las herramientas suficientes para resolver problemas jurídicos, ya sea como lo hemos visto, cuando la norma jurídica

---

<sup>85</sup> Güitrón Fuentesvilla, Julián, *¿Qué es el Derecho Familiar?*, 2da. ed., México, Promociones Jurídicas y Culturales, S.C., 1987, p. 19.

no sea clara, su interpretación sea vaga o los principios aplicables entren en conflicto, entre otras cuestiones.

## I. ¿Qué es el derecho familiar?

Este tercer género dentro de la división del Derecho, además de ofrecer el conjunto de normas jurídicas y principios reguladores de las relaciones de los miembros de una familia, nos brindará un razonamiento judicial a través de diferentes teorías, es decir, no basta con tener normas jurídicas o principios, puesto que para su aplicación se requiere que aquel razonamiento sea integrado en un teoría, ya que no son aplicables al Derecho Familiar, teorías como la de las Nulidades del Derecho Civil o la del Patrimonio del Derecho Común, etc. Como más adelante lo analizaremos, el Derecho Familiar no está dentro del Derecho Público ni del Privado por ende, no es parte del Derecho Civil, para llegar a este punto debemos previamente conocer los conceptos biológico, sociológico y jurídico de la familia, para después estudiar brevemente la regulación que se tenía sobre ésta, en diferentes etapas históricas.

## 1. Concepto de familia

### A) Biológico

Desde el punto de vista biológico:

*“La familia es una agrupación natural por excelencia, pero además constituye un grupo con bases psicológicas, económicas, religiosas, éticas y políticas.*

*Al hablar del aspecto “natural” de la familia, nos referimos especialmente a los vínculos biológicos, que en su gran medida determinaron su formación en los tiempos primitivos y que indudablemente influyen aún en el acercamiento de la pareja que da principio a toda la organización.”<sup>86</sup>*

La primera forma de solidaridad humana fue el clan, como herramienta para sobrevivir en un medio hostil, debido a que la cooperación entre estos grupos primitivos resultaba esencial para los objetivos comunes; el fruto de esta contribución provocó que se mezclaran sentimientos, los cuales se fortalecieron a tal grado que surge ese sentimiento familiar de protección hacia los descendientes de un grupo y de estos hacia sus progenitores, no necesariamente por el vínculo biológico que los unía sino por ese sentimiento de defensa hacia los suyos.

De lo anterior resulta que los lazos entre los miembros de estos grupos, se hicieron muy fuertes, provocando que esta agrupación natural adquiriera una forma mucho más compleja, la interacción que se tenía en un principio con otros grupos sería más delicada, es decir, las relaciones con otras sociedades tendrían que ser trazadas de una mejor manera.

---

<sup>86</sup> Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial Bibliográfica Argentina, Director: Bernardo Lerner, Argentina, Tomo XI, p. 1001.

## B) Sociológico

Desde el punto de vista sociológico:

*“... la familia es el grupo social primario en donde hombres y mujeres encontramos los satisfactores básicos a sus necesidades. Es esencialmente un grupo dinámico cuyas relaciones al interior y al exterior delimitan características culturales---en las que van incluidas los diferentes tipos de normatividad---de la comunidad en que se desarrollan y al mismo tiempo introyecta en los hombres y mujeres que la integran los valores, también culturales, que se perfilan en esa comunidad. De tal manera que es válido afirmar que la familia está hecha por la cultura imperante en la sociedad, pero ella, al mismo tiempo, hace y rehace la cultura.”<sup>87</sup>*

Este concepto nos deja observar la evolución de la familia, pues ahora no solo involucra los lazos naturales sino la interacción de ésta en una sociedad determinada, donde mantiene rasgos distintivos que la hacen única de acuerdo al contexto social en el que se encuentre. La familia en sociedad representa la médula de cualquier organización, es decir, los cimientos de los cuales se desprende la descomunal estructura compleja que denominamos Estado, afirmando categóricamente que si una familia se encuentra en las condiciones perfectas para su desarrollo, aquel Estado gozará de una plena estabilidad. Ahora bien, el desarrollo de la familia requiere del establecimiento de reglas, que puedan propiciar el buen entendimiento entre estas, es aquí donde aparece el Derecho, que nos ayudara a regular estas cuestiones.

---

<sup>87</sup> Pérez Duarte, Alicia, *Derecho de Familia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 8 y 9.

### C) Jurídico

El concepto jurídico de familia, inmediatamente es relacionado con el de Derecho Familiar ya que como hemos expuesto, esta rama del Derecho es la encargada de regular todo lo relacionado con la familia, es por ello que en primer lugar la familia es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico del concubinato; por el parentesco de consanguinidad, adopción o afinidad, que habiten bajo el mismo techo.<sup>88</sup> Ahora bien, tomamos la definición de Derecho Familiar del Dr. Julián Güitrón Fuentevilla que menciona lo siguiente:

*“Es el conjunto de normas jurídicas que regulan la vida entre los miembros de una familia, sus relaciones internas, así como las externas, respecto de la sociedad, otras familias y el propio Estado. Esta definición sirve para determinar el concepto de familia, la regulación de los esponsales, del matrimonio, de las formalidades para contraerlo, sus requisitos, los impedimentos en ese sentido; los deberes y derechos de los cónyuges, así como los regímenes matrimoniales que incluyen la sociedad conyugal, la separación de bienes y el mixto; también para regular el nombre de la mujer casada y un capítulo especial denominado teoría de las nulidades del matrimonio...”<sup>89</sup>*

Al respecto tenemos que mencionar que esta definición es muy completa, debido a que no se limita a dar una explicación concreta sino que menciona

---

<sup>88</sup> Güitrón Fuentevilla, Julián, *Legislación Familiar del Estado de Hidalgo*, Gobierno del Estado de Hidalgo, Pachuca de Soto, Hidalgo, México, 1983, pp. 24 y 25.

<sup>89</sup> Güitrón Fuentevilla, Julián, *et. al. Compendio de Términos de Derecho Civil*, coord. por Jorge Mario Magallón Ibarra, México, Porrúa-UNAM-IIJ, 2004, pp. 169 y 170.

todo lo relacionado con esta rama del Derecho, también incluye cuestiones como el divorcio, alimentos, estado familiar, nombre de la mujer soltera, viuda y divorciada, concubinato, las diferentes clases de parentesco, la filiación, los hijos, la adopción, la patria potestad, la tutela, la emancipación y la mayoría de edad. Todo este concepto sobre el Derecho Familiar es digno de un estudio mucho más amplio ya que menciona que la vida entre los miembros de una familia, no puede dejarse al arbitrio de quienes la integran, dado que la esencia del derecho familiar es cumplir por mandato de la ley familiar y no por voluntad personal, lo que nos hace reflexionar que lo más trascendente no es el Estado, ni el individuo, ni la sociedad; es la familia.

## II. Enfoque histórico del Derecho Familiar

Una vez que se han mencionado tres distintos conceptos sobre la familia, cabe destacar que el aspecto jurídico es el que tendrá más relevancia en este enfoque histórico, puesto que la regulación de las relaciones familiares siempre ha sido muy importante en la organización de una comunidad, ya que desde civilizaciones antiguas se tenía clara esta idea, así como su estructura y trascendencia en dicha sociedad.

Podemos encontrar el origen y evolución de la familia en diferentes estados, como el etnógrafo norteamericano, Henry Lewis Morgan clasificó en tres etapas las cuales son el salvajismo, barbarie y civilización,<sup>90</sup> donde encontramos periodos en los que el humano aún permanecía en los bosques tropicales o subtropicales y se alimentaba de productos enteramente formados, mientras que las producciones artificiales estaban destinadas a

---

<sup>90</sup> Güitrón Fuentesvilla, Julián, *Derecho Familiar*, 2da ed., México, UNACH, 1988, p. 39.

facilitar la apropiación de los primeros (estado salvaje), lo que más adelante se traduce en el período de la ganadería y de la agricultura, lo que permitía al ser humano asentarse en lugares donde pudiera desempeñar estas actividades (barbarie), posteriormente el hombre aprende a elaborar productos artificiales, encontrando su materia prima en la naturaleza, por medio de la industria y el arte (civilización).<sup>91</sup>

En cuanto a las formas de familia nueva, el mismo etnógrafo norteamericano menciona a la familia Consanguínea, Punalúa, Sindiásmica y Monogámica, que tienen características muy peculiares que marcaron el camino hacia una regulación de la familia con ciertas limitaciones o libertades según la civilización en que vivían. Debemos de puntualizar una cuestión que nos parece fundamental, Federico Engels menciona el nacimiento de la “gens” en los pueblos de América (Iroqueses), mencionando que estos grupos familiares tenían una particularidad, pues designaban a un grupo de personas en parentesco con el nombre de un animal. Esta gens, sería el equivalente tanto en Roma (gens) como en Grecia (genca), aunque Engels afirme que esta organización se dio en primer lugar en América, es cuestionable pues la cultura Grecorromana es más antigua. Dicho lo anterior, podemos rescatar que la palabra latina “gens”, así como la palabra griega del mismo significado “genos”, derivan de la raíz aria común “gan” que significa engendrar.<sup>92</sup>

Por todo lo anterior, es importante conocer los aspectos generales de la regulación que tenía la familia en distintas etapas de la Historia. Debemos realizar este recorrido por las civilizaciones más significativas de la Historia de la Humanidad puesto que es fundamental entender la evolución de la familia, sobre todo observar las notables diferencias en la organización de esta, debido a que en la mayoría de los casos la familia se desenvolvía de acuerdo a las costumbres de la comunidad, lo que daba origen a distintas regulaciones que más allá de resultarnos sorprendentes, nos sirven para

---

<sup>91</sup> Engels, Federico, *El Origen de la Familia, de la Propiedad Privada y del Estado*, 12va ed., España, ed. Fundamentos, 1987, p. 40.

<sup>92</sup> *Ibidem*, pp. 107 y 108.

darnos cuenta de lo esencial que resulta ser la familia en cualquier sociedad. Es por ello, que tomamos en cuenta a ciertas civilizaciones como ejes fundamentales de la evolución de la familia, esto no significa que sean las únicas culturas de las cuales se tenga registro, sin embargo, son las que generan contrastes significativos en el análisis de la familia, de manera que las estudiaremos únicamente en este campo, ya que es la esencia del Derecho Familiar, no necesariamente bajo un cierto periodo histórico de su evolución aunque si es necesario se profundizara en ello, en ese orden de ideas se analizarán manera general resaltando los aspectos que marcaban la organización de su familia.

## 1. Egipto

En esta civilización debemos de ser muy claros al señalar a qué clase de familia nos referimos ya que la familia real ejercía la poligamia mientras que las clases inferiores se conformaban con una sola esposa. La familia real trataba de conservar la sangre pura, por lo cual los matrimonios entre hermanos eran avalados por esta cuestión, así mismo esta familia tenía una gran firmeza moral; los divorcios eran poco frecuentes ya que el adulterio femenino era sancionado duramente ya que si el marido lograba demostrarlo, la mujer se quedaba sin derecho a bienes tras la separación, caso contrario del adulterio masculino, el cual no tenía ninguna sanción, provocando que en este aspecto se tuviera una gran injusticia.

El papel de la mujer en los comienzos de la sociedad egipcia se caracterizó por tener una gran independencia debido a que las mujeres se podían dedicar al comercio libremente o gozaban del derecho de tener bienes a título personal, toda esta independencia femenina era resultado del régimen matriarcal que se tenía sin embargo, esto cambió con el paso del tiempo ya



que la influencia extranjera provocó que se modificara de régimen, ahora al patriarcal, lo que generó que el matrimonio se celebrara por contrato nupcial.

Los matrimonios egipcios se celebraban a una edad muy temprana, casi perteneciente a la infancia, por lo cual en esta cultura los infantes eran muy protegidos, ocasionando que el infanticidio se considerara como un delito grave, aunque no era muy común por la firmeza moral de la sociedad.<sup>93</sup>

Como podemos observar, la familia egipcia era muy peculiar, la importancia de la mujer en el inicio es de resaltar, ya que se está acostumbrado a ver que la mujer no desempeña un papel esencial en la sociedad, a pesar del cambio de régimen que mencionamos, la mujer siempre fue pieza fundamental. El Derecho Familiar se hizo presente en la regulación de los matrimonios, con sus características especiales, encontrando que desde esta civilización, resultaba fundamental el control de este tipo de relaciones.

## 2. Babilonia

Como hemos mencionado, el desarrollo de la familia en la mayoría de los casos depende de las circunstancias específicas de la sociedad que se analice, en el caso de Babilonia encontramos una organización familiar con costumbres que nos pudieran parecer extrañas e inmorales, pues en esta sociedad ninguna mujer debía llegar virgen al matrimonio según Heródoto, debían tener al menos una vez relaciones sexuales en el templo de Venus. El matrimonio era monógamo y la fidelidad era pieza clave en el éxito de este, a pesar de ello en Babilonia eran bien vistas las uniones libres. Los padres ejercían de una manera ilimitada la patria potestad, ya que los matrimonios eran arreglados por estos sin ninguna limitación, llegando a extremos de

---

<sup>93</sup> Enciclopedia Jurídica Omeba, *op. cit.*, pp. 981 y 982.

vender a su mujer o hijos. Tenemos en esta civilización uno de los conjuntos de leyes más antiguos de los cuales conocemos, nos referimos al Código de Hammurabi pieza fundamental en la regulación de la familia de Babilonia, esta codificación contaba con sanciones muy agresivas por ejemplo, en el adulterio las cuales fueron disminuyendo conforme el paso del tiempo. En cuanto al divorcio tenía diferentes causales entre ellas destacan, la esterilidad, adulterio, incompatibilidad de humor o la negligencia demostrada en la administración del hogar.<sup>94</sup>

La familia de Babilonia es un claro ejemplo de que la regulación de las relaciones familiares es esencial en el desarrollo de esta, si bien es cierto que hablamos de una civilización antigua, nos sirve para darnos cuenta de que algunas veces las disposiciones que tenemos deben ser analizadas cuidadosamente para evitar desestabilizar a la familia.

### 3. India

La familia de la India, es muy amplia y rica en tradiciones y costumbres, ya que fue una civilización que a lo largo de su evolución sufrió diferentes modificaciones en la organización familiar, tal es el caso de la India Védica, es decir, el periodo donde se compusieron los textos sagrados, donde la religión es fundamental para la familia y sobre todo la unidad de esta. La maestra Yvonne Castellan menciona al respecto lo siguiente:

*“El modelo religioso hindú es la familia agrupada. En esta estructura, las familias conyugales, monogámicas, patrilineales de los hijos varones, viven en torno de la pareja parental, cuando menos al comienzo de su vida. Como*

---

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 983.

*en la zadruga servia, estas familias están asociadas en condición de igualdad; el eje fuerte es el eje fraternal.*<sup>95</sup>

La poligamia era aceptada pero solo pocos podían ejercerla debido a que era un lujo, considerada como lícita y meritoria, el hombre era el amo y propietario absoluto de sus mujeres e hijos, a tal punto, que en algunos casos podía hasta vender o descostar a sus hijos. Como hemos mencionado la India goza de una rica historia, por lo tanto las costumbres iban cambiando por el transcurso del tiempo, por ejemplo, el papel que desempeñaba la mujer en la familia India, en un inicio era muy respetada, a tal grado que su marido se dejaba guiar por sus opiniones, a raíz de un cambio de religión, específicamente en la época de los brahmanes las mujeres fueron vistas únicamente como máquinas para tener hijos, por lo tanto estos adquieren mucha envergadura, como consecuencia el aborto y el infanticidio estuvieron muy penados, considerándolos como crímenes imperdonables.

Con la aparición del Código de Manú, se adquieren otros conceptos y costumbres, por ejemplo, el hombre era considerado como “completo” solo si se había casado y tenido hijos. Dada la importancia que tenían los descendientes, el matrimonio fue considerado como sacramento, es decir se encendía el fuego nupcial y el marido se tenía que hacer sacerdote de algún culto, de esta manera el Código de Manú regulaba ocho clases de matrimonio, a pesar de esta regulación tan amplia, solo cuatro de estos matrimonios eran válidos ya que era elemento esencial que el padre entregara a su hija.<sup>96</sup>

Cuestiones como la inmolación de mujeres en un principio fue muy fuerte, pero conforme la civilización fue avanzando se disminuyó esta costumbre, aun así la mujer se encontraba muy limitada en sus acciones. El constante cambio en las disposiciones familiares provocaba que el desarrollo de ésta

---

<sup>95</sup> Castellan, Yvonne, *La familia*, 2da reimpression, trad. de Hugo Martínez Moctezuma, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 25.

<sup>96</sup> Enciclopedia Jurídica Omeba, *op. cit.*, pp. 985 y 986.

fuera muy lento, no obstante debemos de destacar que la familia de la India es una de las más complejas organizaciones, que depende en gran medida del periodo en el que se quiera analizar.

#### 4. China

La gran tradición china consideraba a la familia como modelo de su sociedad, bajo el régimen patriarcal se estructuró esta, no se limitaba a la relación entre ascendientes y descendientes, sino que se convivía también con los tíos del esposo, mientras que los grandes jefes de la familia eran los mayores de edad, por lo tanto la esposa debía gran respeto a su suegra sobre todo en las labores domésticas, el gran poder de los padres se plasmaba en la elección de la mujer para sus hijos. El modelo clásico de esta familia resaltaba el eje padre-hijo, donde el *amor filial* era la virtud suprema, el hijo era la mejor seguridad del padre para el futuro, incluso a la muerte de éste, debido a que las ceremonias religiosas que de este acontecimiento derivaban, dependía la supervivencia feliz.

En ese orden de ideas, el papel de la mujer fue muy débil, sólo existía para tener hijos, podía ser repudiada por el marido a causa de sus propios padres, pero la mujer podía desatender a su marido en nombre de sus suegros. Casi todas las actividades las realizaban los hijos, a pesar de ello el padre ancestral conservaba hasta su muerte todos los derechos y todas las llaves económicas y de decisión.<sup>97</sup> La familia tradicional China resulta ser muy importante en su sociedad, está debidamente jerarquizada y la lealtad de los miembros está por encima del propio Estado, provocando que el papel de los jefes de la familia sea esencial en el futuro de ésta, la gran

---

<sup>97</sup> Castellan, Yvonne, *op. cit.*, pp. 30 y 31.

riqueza de la cultura China nos hace ver que la familia era lo más importante en su sociedad, aunque las clases sociales determinaran la estabilidad de la familia.

## 5. Grecia

Esta civilización se organizaba por *gens*, *fratrias* y *tribus*, donde la *gens* griega, era la unidad social y por ende la más importante ya que podrían faltar las otras dos piezas, pero jamás la *gens*. La familia materna cedió ante la paterna, puesto que la fortuna de la mujer pasaba a su marido por medio del matrimonio, por lo cual se fomentó la celebración del matrimonio entre miembros de una *gens* determinada, cuando la mujer era huérfana o heredera, precisamente para conservar dicha propiedad. El matrimonio se prohibía entre miembros de una *gens* determinada salvo en los casos enunciados, puesto que la mujer, por su matrimonio, renunciaba a los ritos religiosos de su *gens* y pasaba a los de su marido, de lo anterior resulta que, el matrimonio fuera de la *gens* era la regla.<sup>98</sup>

La división orgánica de la sociedad griega (*gens-fratria-tribu*) provocó que la familia nunca se concibiera como una unidad orgánica, puesto que el marido y la mujer al pertenecer a diferentes *gens*, ocasionaban que la familia se dividiera en dos. Con el paso del tiempo el sistema de consanguinidad se fue perdiendo ya que en un principio se podía identificar fácilmente este sistema, dado que se tenía conocimiento de los grados de parentesco de todos los miembros de la *gens* entre sí, después con la familia monogámica este sistema se perdió y la familia individual quedó en el olvido. Lo anterior afectó a la *fratria* entendida como una *gens* madre dividida en varias *gentes* hijas,

---

<sup>98</sup> Engels, Federico, *op cit.*, pp. 125 a 127.

ya que de igual manera se perdía ese origen familiar, mientras que la reunión de varias *fratrias* emparentadas formaban una *tribu*, la cual era la expresión máxima de la civilización griega, debido a que a partir de ésta se podía organizar de una manera eficiente a la sociedad por completo, contando así con un Consejo (*boule*), el cual como autoridad permanente e integrado por los jefes de las *gens*, decidía como última instancia los asuntos importantes, más adelante este Consejo se convertiría en el Senado. La asamblea del pueblo (Agora), era la que ejercía presión sobre el Consejo esperando lograr influir en la determinación de los asuntos importantes, mientras que el jefe militar (*basileus*), además de sus atribuciones militares, tenía religiosas y judiciales, ya que era un representante supremo de la tribu o de la federación de tribus, una especie de monarca, que probablemente era elegido por el pueblo o ratificado por el Consejo y la asamblea. Así es como se constituía la sociedad griega y sobre todo la familia, evidentemente con el paso del tiempo al sólo tener como base el derecho privado, sumado al constante desarrollo de la civilización se tuvo que crear una Institución mucho más compleja, por lo cual se inventó el Estado.<sup>99</sup>

La familia en la Grecia antigua es un ejemplo de una organización estricta y compleja, que fue modificándose debido a las circunstancias específicas que rodeaban a esta gran civilización, lo que nos hace reflexionar sobre la tolerancia que debemos de tener sobre las costumbres familiares de cada país, a pesar de que su regulación no sea la más óptima, siempre es necesario estudiar las circunstancias que originaron tales disposiciones.

---

<sup>99</sup> *Ibidem*, pp. 134 y 135.

## 6. Roma

Esta familia es sin duda alguna la más importante para nuestro país, debido a que contamos con muchas disposiciones que pertenecieron a este gran imperio, incluso algunas de estas, son conservadas actualmente en nuestra legislación, de manera que nuestro sistema jurídico en gran parte está basado en esta cultura. En Roma, la familia era la institución Fundamental más importante, pues de ella dependía el éxito de esta comunidad, estaba integrada por el padre, la madre, los hijos varones solteros y casados, las respectivas esposas de estos últimos, los esclavos y los clientes. En el inicio del periodo de la República, el *Pater Familiae* era el único que tenía derechos, pues podía contratar, comprar, poseer y vender, además de tener el derecho a la vida y muerte de su mujer, hijos o simplemente venderlos como esclavos. Las hijas aun estando casadas seguían perteneciendo al padre salvo algunos casos, mientras que los hombres debían de conseguir la voluntad de su padre para casarse.

El papel de la mujer en este periodo fue limitada para los asuntos importantes ya que no podía ser testigo, ni actuar ante los tribunales, no tenía derechos sobre los bienes del marido, no era considerada como ser libre ya que pasaba a la tutela de otro varón, a pesar de ello gozaba de gran dignidad, de cierta libertad, amaba a sus hijos y era respetada por estos. Respecto de los hijos, el aumento en la población de Roma era vista con buenos ojos, a tal grado de que las familias que no fueran numerosas eran señaladas. Caso parecido al de Grecia, si el niño nacía deforme, el padre podía exponerlo hasta que moría, pero sólo tenía hasta 8 días para ello, si pasaba este tiempo el niño se incorporaba al *clan* mediante una ceremonia especial que se celebraba en el *Iar* doméstico, es aquí donde se le daba el nombre individual, el *nomen* y el *cognomen* para el caso de los varones mientras que a las mujeres solo se les denominaba con el nombre del clan. En cuanto a las uniones de mujeres y hombres, los esponsales eran el

primer vínculo que tenía valor legal, gozaba de tal solemnidad que las estipulaciones se hacían constar por escrito. El matrimonio se podía contraer de dos formas, *cum manu*, donde el padre entregaba a su hija por completo, pues formaría parte de un nuevo clan y la otra forma era *sin manu* donde el padre conservaba el poder sobre su hija aun estando casada. Respecto de esta última forma, se podía hacer por *usus* (por llevar una vida en común al menos durante un año), por *coemptio* (por compra) y por *confarreatio* (por haber comido juntos una torta, es decir exigía una ceremonia religiosa).<sup>100</sup>

Como podemos observar los lazos familiares en Roma eran muy importantes, siempre se buscaba la unión familiar más allá de la importancia de cada uno de sus miembros, pero con el paso del tiempo la familia fue perdiendo importancia, por ejemplo los beneficios que se le dieron a la mujer como la administración de sus bienes, conservación de su dote y capacidad para pedir el divorcio, provocaron que hubiera un aumento en los divorcios. Estos derechos otorgados a la mujer sumados a la pérdida de la moral de la Roma que hemos descrito, provocó que los matrimonios ya no contaran con el respeto que se merecían a tal grado que se realizaban únicamente por conveniencia de las partes. A raíz de esto se publicaron diferentes leyes para el restablecimiento de la moral y el afianzamiento del matrimonio, fidelidad y parentesco. Por ejemplo, la ley denominada *lex Julia de pudicitia et de coercendis adulteris*, que castigaba de una manera severa el adulterio. Tan importante era el restablecimiento de la familia en Roma que el celibato era motivo para no heredar, además se tenía como obligación el matrimonio para todos los varones menores de sesenta años y para todas las mujeres de menos de cincuenta. No obstante, estas medidas resultaron insuficientes pues los habitantes se las ingeniaban para burlar estas disposiciones, originando que la familia en Roma fuera decayendo sin poderse recuperar. La presencia de este tipo de regulación tan severa, influyó de igual manera en la decadencia de la familia en Roma, debido a esto siempre es indispensable saber las posibles consecuencias de dichas modificaciones.

---

<sup>100</sup> Enciclopedia Jurídica Omeba, *op. cit.*, pp. 989 y 990.



Es necesario mencionar que en esta civilización es donde encontramos la expresión Derecho (*ius*) por primera vez, es común encontrar en diferentes obras jurídicas, el uso de la expresión “derecho romano”, que pareciera aludir a la Roma de los pontífices, de los cónsules, de los césares, cuestión que es errónea pues al mencionar esta expresión nos referimos al estado final de la recepción de todas estas disposiciones y máximas romanas, específicamente hacemos alusión al *Corpus iuris civilis*, por lo tanto el “derecho romano” que estudiamos actualmente no nace en Roma sino en una ciudad donde ya no se hablaba latín y era fundamentalmente cristiana denominada Constantinopla.<sup>101</sup>

## 7. Israel

En los inicios de esta civilización, la familia estaba organizada de manera similar a otros pueblos orientales de la época, evidentemente resaltaban características específicas por ejemplo, el matrimonio se consideraba como un vínculo indisoluble, según la Biblia, como la primera manifestación escrita de Derecho Hebreo, mencionaba que el divorcio era la excepción a la regla, siendo el adulterio una de las causas de este. El honor masculino era muy importante en el pueblo Israelí, lo que ocasionaba que la mujer adúltera pagara su acción con su vida a través de la lapidación, mientras que el esposo adúltero pagaba con dinero su castigo, encontrando una gran desigualdad en este aspecto. Según el Deuteronomio (libro Bíblico del Antiguo Testamento) permitía el repudio si el marido encontraba cosa torpe en ella, por lo que debía abandonar la casa, aunque podía volver a casarse.

---

<sup>101</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, *Los publicistas Medievales y la formación de la tradición Política de Occidente*, México, UNAM, 2005, p. 86.

La familia patriarcal hebrea constituía un vasto organismo económico y político, donde se incluía no sólo al marido y a la mujer, sino también a los hijos solteros y los casados con su descendencia. En lo que respecta al padre, gozaba de autoridad ilimitada debido a que tenía el dominio de los bienes y la completa obediencia de sus hijos. En cuanto a la mujer, la maternidad era muypreciada y exigida en el pueblo israelí, tanto que el celibato era considerado como un pecado y como un crimen, por todo esto la esterilidad de la mujer fue motivo de divorcio y de repudio, así como el aborto y el infanticidio que fueron condenados porque disminuían la natalidad de la población.<sup>102</sup> Es fácil de observar que la religión en esta familia gozaba de un carácter esencial, ya que al ser dictada por seres superiores debía ser obedecida sin protestar.

## 8. Germanos

Esta familia gozaba de bases sólidas donde el padre obraba como amo absoluto, tanto de sus hijos como de su esposa. La monogamia se practicaba por lo general. La mujer era un fiel acompañante de su marido, incluso en la guerra, donde luchaba a su lado, lo cual le generaba grandes habilidades. Los germanos no tenían leyes escritas y se regían por costumbres atávicas, por lo tanto el Derecho Familiar se identificaba en estas prácticas reiteradas de las cuales dependía la organización de la familia. La solidaridad familiar consistía en que si ocurría alguna ofensa hacia alguno de los miembros de esta, se consideraba como si se le hubiera dicho a toda la familia, el culpable podía reparar el daño con el pago de una suma de dinero (*wehrgell*). Si algún miembro de la familia era acusado de un delito, la familia lo defendía en juicio (*conjuradores*), quienes reforzaban el

---

<sup>102</sup> Enciclopedia Jurídica Omeba, *op. cit.*, pp. 983 y 984.

dicho del reo, lo anterior podría ser el origen de la institución de los jurados.<sup>103</sup> Este lazo tan grande que unía a la familia, se debía a la organización de esta, pues se le denominaba como *Sippe*, al círculo total de los parientes de sangre de una determinada persona, los *magen*, lo que originaba que este parentesco *magen*, *proximi*, *holdum* y *affinis*, tanto masculinos como femeninos, formaba la *magschaft*.<sup>104</sup> Esta familia conforme fue avanzando se impregno de muchas culturas que a la par se estaban desarrollando, debido a esto su organización fue modificándose, adquiriendo figuras jurídicas ajenas, no obstante en sus orígenes la familia germana gozó de gran estabilidad.

## 9. Cristianismo

Encontrar un punto donde realmente se pueda identificar la máxima representación de una familia eminentemente cristiana es muy difícil, debido a que intervienen una gran cantidad de elementos para que el cristianismo tuviera una aceptación en el mundo, como hemos visto el desarrollo de las familias siempre estuvo ligada a la religión que se tenía en la comunidad, de ello dependía su éxito.

Ahora bien, la recepción del Cristianismo se vivió por ejemplo, en el siglo III en la Roma de Oriente donde los movimientos en la cultura y la política eran abundantes, lo que origino que hubiera una lucha entre apologistas paganos y cristianos, claramente los textos clásicos se inclinaban por los primeros, pues no se reconocía la existencia de un Dios único, por lo cual los padres

---

<sup>103</sup> *Ibidem*, pp. 990 y 991.

<sup>104</sup> Zannoni, Eduardo A, *Derecho de Familia*, tomo II, 2da ed., Argentina, ed. Astrea, 1989, pp. 511 y 512.

de la Iglesia de Alejandría tomaron los elementos paganos afines a la fe cristiana para provocar un puente de conversión, es por ello que los paganos podían acoger el credo cristiano sin abandonar sus textos antiguos. Es cierto que esta recepción del Cristianismo se trasladó hasta la Edad Media, pero es de resaltar el puente que la Iglesia Cristiana provocó para la formulación de su propia fe.<sup>105</sup> Como hemos mencionado antes, cuando aludimos al término “derecho romano” nos referimos a aquel que ha sido compilado a través de los años, ese conjunto de preceptos y de máximas, por lo tanto la recepción que tuvo esta codificación en el cristianismo fue motivo de un largo proceso, pero a raíz de esto la *jurisprudencia* logró convertirse en la doctrina política de Europa,<sup>106</sup> ya que la cabeza de la Iglesia (βασιλεύς) es la encargada de difundir el derecho romano.

En el Cristianismo se dignifica al matrimonio, se le dio el carácter de sacramental, el vínculo era sagrado debido a esto resultaba ser indisoluble. Esta institución enalteció a la mujer, se le consideraba como compañera y amiga, mientras que a los maridos se les ordenaba ser fieles y amar a su mujer como Cristo amó a la Iglesia, sembrando así que el matrimonio requiere de la libre voluntad de los contrayentes. La familia sentaba sus bases en la Iglesia, a pesar del debilitamiento de ésta, por la mezcla de culturas, se puede decir que los pueblos de la civilización occidental seguían la moral cristiana sobre la concepción del matrimonio.<sup>107</sup>

Respecto al repudio de la mujer, se tomaron como referencia las palabras del mismo Jesús dichas a los fariseos mencionando que, quien repudia a su mujer y se casa con otra, comete adulterio y quien se casa con una repudiada por el marido, comete adulterio. Estas palabras escritas en los evangelios de San Lucas y San Mateo fueron puestas en entre dicho debido a que esta misma frase está en un texto de San Mateo pero añade unas palabras, “salvo infidelidad”, es decir cometerían adulterio sí y solo sí no se

---

<sup>105</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, pp. 14 y 15.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>107</sup> Zannoni, Eduardo A, *op. cit.*, Tomo I, pp. 49 y 50.

diera la infidelidad. Esto causó controversia ya que parecía que Cristo sí autorizaba el Divorcio en caso de adulterio, cuestión que fue estudiada por los primeros padres de la Iglesia, indicando que las palabras expresadas por San Mateo habían sido una interpretación equivocada de las palabras de Jesús. Con el transcurso de los Siglos ya en la Iglesia Católica, habría una flexibilización en la indisolubilidad del vínculo matrimonial.<sup>108</sup> Si consideramos que la base de la familia es el matrimonio, en el cristianismo resultaba ser muy sólida, es cierto que con la flexibilización que ocurrió siglos después provocó que esta institución sufriera modificaciones, el recurrir a textos bíblicos, nos hace reflexionar sobre la íntima relación que hay entre Derecho y Religión, que en la actualidad al menos en nuestro país está bien separada, pero no se puede negar que la religión jugó un papel muy importante para la regulación jurídica que tenemos en el presente.

## 10. Edad Media

Para estudiar las condiciones y la estructura en la cual se desenvolvía la familia en este periodo histórico, debemos de precisar que la Edad Media fue el punto donde se encontraron diversas culturas dada su larga duración, ya que comprende del año 476 al 1453 y se puede clasificar en tres etapas, temprana edad media, alta edad media y baja edad media;<sup>109</sup> es decir, la tradición de los pueblos antiguos que hemos estudiado seguían presentes en este momento, siendo la tradición romano-germánica la que más estaba presente, es claro que el Cristianismo fue clave en esta etapa pero de una

---

<sup>108</sup> Borda, Guillermo A, *Tratado de Derecho Civil, Familia I*, 9na ed., Argentina, ed. Emilio Perrot, 1993, pp. 535 y 536.

<sup>109</sup> Pérez de los Reyes, Marco Antonio, *Historia del Derecho Mexicano*, 5ta reimpresión, México, ed. Oxford, 2012, pp. 151 y 152.

manera mucho más íntima ya que como lo hemos advertido tomo una gran decisión al permitir que la literatura clásica no se perdiera y que al mismo tiempo le sirviera para solidificar la fe cristiana.

La familia en la edad media tenía como fin principal, producir todos los elementos necesarios para su desarrollo, que van desde alimentos hasta vestido. Las actividades se pasaban de generación en generación, en estas familias modestas, no eran comunes los problemas por la herencia, puesto que sólo se heredaban las herramientas y utensilios de trabajo. En las clases sociales de mayor jerarquía, como la de los señores feudales, la herencia tenía mucha importancia, es por ello que se hizo valer el derecho de la primogenitura, con esto se evitaron muchos problemas ya que todo lo que pertenecía al señor feudal pasaba íntegramente a manos del hijo mayor, en este sentido el papel de los demás hijos e hijas quedaba en segundo plano. Con el paso del tiempo, la solidez de la familia disminuyó debido a que las operaciones económicas se hicieron mucho más complejas a tal grado que la organización familiar ya no podía soportar lo enredado de las operaciones comerciales, por lo cual todas estas acciones fueron transferidas a los mercaderes, luego a las corporaciones, después a las organizaciones capitalistas y por último al Estado.<sup>110</sup> Los juristas de la edad media tenían como objeto de estudio los mandatos, órdenes o reglas contenidos en las resoluciones judiciales, costumbres, leyes, decretos, dictados por concilios, reyes, papas, emperadores o magistrados, además de reformular los textos justinianos en un verdadero *corpus* de la doctrina jurídica (*corpus iuris*).<sup>111</sup> Debido a la duración de esta etapa podríamos encontrar diferentes formas de organización familiar ya que las culturas antiguas tuvieron gran arraigo en esta etapa, hemos señalado al “derecho romano” que en esta etapa era una disciplina sin fronteras debido a que se enseñaba a jóvenes provenientes de todos los lugares de Europa, lo que nos hace mencionar que la regulación familiar se fue unificando al menos hacia el final de esta etapa.

---

<sup>110</sup> Enciclopedia Jurídica Omeba, *op. cit.*, p. 991.

<sup>111</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, pp. 162 y 163.

## 11. Código Napoleónico de 1804

Para llegar a la codificación que da origen a este apartado, pasaron innumerables acontecimientos históricos desde el término de la baja edad media, tal es el caso de la ilustración que sirvió como puente de transición entre la edad media y el mundo moderno, ya que el avance en la ciencias naturales y humanas, sumado a los cambios en el pensamiento filosófico provocó que en el ámbito jurídico se regularan las relaciones familiares de acuerdo a los cánones que dictaba la iglesia cristiana. Tal movimiento surgió en Italia, pero sus repercusiones tocaron a toda Europa y a los territorios descubiertos recientemente en América. En el caso específico de Francia, al gozar de una cercanía con el país que originó este movimiento, llegaron rápidamente las novedades en todos los campos del conocimiento, como hemos mencionado la presencia del cristianismo fue clave para la familia, no fue sino hasta la Revolución Francesa donde realmente se dieron cambios muy importantes en la regulación de las relaciones familiares. La iglesia reguló de manera exclusiva al matrimonio hasta este periodo, por su parte la Constitución Francesa de 1791 en su artículo séptimo, considera al matrimonio como un contrato civil, ya que establecía que “*la Ley no considera al matrimonio más que como un contrato civil*”, es decir, se le quita al matrimonio su carácter religioso.<sup>112</sup> Posteriormente se expide una ley de divorcio del 20 de noviembre de 1792, donde se tenían tres formas de disolver este vínculo jurídico: 1) la demencia o locura de uno de los esposos, 2) el acuerdo mutuo de ambos y 3) la posibilidad del divorcio por voluntad de uno sólo de los cónyuges (la denominada incompatibilidad de humor, aunque su vigencia fue corta).<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> De la Mata Pizaña, Felipe, *Derecho Familiar*, México, Porrúa, 2004, p. 96.

<sup>113</sup> Chávez Asencio, Manuel F, *La Familia en el Derecho*, 2da. ed., México, Porrúa, 1990, pp. 44 y 45.

Las ideas Revolucionarias influyeron notablemente en la familia, debido a que el principio de libertad fue tomado como base para justificar la disolución del matrimonio, mientras que el principio de igualdad, a distinguir que había una familia natural y una legítima. Tales fueron los planteamientos Revolucionarios que se pensó en la posibilidad de crear un Tribunal de Familia y en un Juez para resolver conflictos entre padres e hijos, a su vez existían otros proyectos que sugerían que la educación de los hijos se confiaba al Estado, al extremo de que estos pertenecían a la República antes que a los padres.<sup>114</sup>

El Código Napoleónico es el resultado de la Revolución Francesa, aunque se le considera como una regulación que no favorecía el desarrollo de la familia debido a la filosofía individualista de Napoleón. Los juristas que integraron la comisión para la redacción de este Código fueron los maestros Jacques de Maleville, Jean-Étienne-Marie Portalis, François Denis Tronchet y Félix Julien Jean Bigot de Prémeneu, que eran seguidores del derecho romano, por lo cual este código tuvo gran influencia romanista, además de tomar conceptos del derecho canónico adecuándolos al modelo jurídico secular.<sup>115</sup> Napoleón participó directamente en las cuestiones familiares como el divorcio, las segundas nupcias y la adopción, puesto que intervenían en su vida. Esta codificación también fue un punto de unificación de varias sistematizaciones como lo fue el Código de Hammurabi, la Ley de las XII Tablas, el Código de Justiniano, el Código Canónico, las Ordenanzas, los proyectos prerrevolucionarios y las disposiciones emanadas de esta.<sup>116</sup>

El Código Napoleónico fue promulgado el 21 de marzo de 1804, comienza con una introducción que estuvo a cargo del maestro Portalis, que se titula "*De la publicación de las leyes en general, de sus efectos y aplicación*", su

---

<sup>114</sup> *Idem.*

<sup>115</sup> Rico Álvarez, Fausto, *De la persona y de la familia en el Código Civil para el Distrito Federal*, México, Porrúa, 2006, pp. 1 y 2.

<sup>116</sup> Serrano Migallón, Fernando, *et al. Código de Napoleón*, México, Porrúa, UNAM, 2005, p. 72.



estructura se basa en tres libros donde el primero se denomina “*De las personas*”, el segundo “*de los bienes y las diferentes modificaciones de la propiedad*” y el último denominado “*De los modos de adquirir el dominio*” y consta de 2,281 artículos.<sup>117</sup>

Las relaciones familiares están reguladas dentro del libro primero (“*De las personas*”), que contiene los derechos de las personas, la regulación de la distinción entre franceses y extranjeros así como su condición en Francia, de las actas del estado civil, del domicilio, de la ausencia, del matrimonio, el divorcio, la separación de cuerpos, el parentesco, la filiación, entre otros. Seculariza el matrimonio, pues ya no sería competencia de la iglesia, transformándolo en un contrato civil, es por ello que se reglamenta la existencia del registro civil, se conserva el divorcio-sanción por adulterio, crueldad o injuria grave, además de mantener el divorcio por mutuo acuerdo. Cabe mencionar que el nombre oficial de este código fue “Código Civil de los Franceses”, en 1807 fue publicado como *Code Napoléon*, posteriormente con el arribo de la monarquía al poder, en 1816 retoma su nombre original y por último el 27 de marzo de 1852 recuperó el nombre de “Código de Napoléon”.<sup>118</sup>

Sin duda alguna, el Código Napoleónico es una gran herencia que nos ha dejado la historia de la humanidad, a pesar de sus adiciones y modificaciones, ha servido como base para la construcción de otros ordenamientos, tal es el caso de nuestro país, que toma este legado como pieza fundamental para la cimentación de su codificación.

---

<sup>117</sup> Código Civil Francés de 1804, “Código de Napoléon” en: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517.image.f1.langFR>

<sup>118</sup> Serrano Migallón, Fernando, *op. cit.*, p. 72.

## 12. México

El desarrollo de la familia en nuestro país se debe de estudiar por etapas, debido a que la intervención Europea en México provocó muchos cambios en la forma de organización y desarrollo de la familia ya que las ideas provenientes de aquel continente eran muy diferentes a las que se tenían en lo que hoy forma parte del territorio mexicano, es por ello que mencionaremos la situación y regulación familiar que se tenía en la época prehispánica y en la época colonial hasta llegar al México Independiente, donde a partir de ese momento dada la gran influencia europea, se da una muy vasta cantidad de codificaciones que construyeron la evolución del Derecho Familiar en México.

### A) Época Prehispánica

Esta etapa es muy importante debido a que podemos observar el desarrollo de la familia en nuestro país, puesto que las primeras civilizaciones que ocuparon el territorio de lo que hoy se conoce como México, basaban sus relaciones de todo tipo en reglas de carácter religioso y consuetudinario, es por ello que en algunas de estas culturas no se tiene mucho conocimiento sobre la regulación propiamente jurídica de la familia, además de que los datos que se tienen suelen estar plagados de lagunas y sombras, específicamente en las primeras civilizaciones.

Existieron diversas culturas que comprenden este periodo, nos centraremos en cuatro de ellas, las cuales nos parecen las más significativas y de las

cuales se tiene mayor conocimiento, nos referimos a la Cultura Olmeca, Maya, Teotihuacana y Azteca o Mexica.

Cuando nos referimos al Derecho prehispánico (cuya duración es del año 12,000 a.C., aproximadamente, al 1517d.C.) habría que aclarar que no es sólo un Derecho prehispánico, sino varios puesto que las culturas ofrecían diversas regulaciones en torno a la familia. Hemos mencionado que, sobre todo en las primeras civilizaciones no se tienen datos contundentes sobre la regulación jurídica de la familia, tal es el caso de la cultura *Olmeca* que es la primera civilización en nuestro país, aunque paralelamente podíamos encontrar a las culturas de Copilco, Cuicuilco, Zacatenco entre otras. Se le denomina a la cultura Olmeca como la cultura madre o reina. El papel de la mujer en la cultura Olmeca fue inferior o poco destacado puesto que la representación femenina en su arte fue escasa, incluso se llegó al extremo de negarle a la mujer su calidad de madre, puesto que el nacimiento de los varones se representaba en un mito donde la tierra era la madre y el jaguar simbolizaba las entrañas de esta. Esta civilización siguió un sistema Teocrático que basaba su economía en el autoconsumo y el comercio por medio del trueque.<sup>119</sup>

Por otra parte, en la cultura Maya, el desarrollo de la familia se basaba en ritos específicos, por ejemplo los ritos de pubertad donde los adolescentes tenían que vivir hasta su matrimonio o hasta los 18 años en casas comunales, el matrimonio (*kaminicté*) era monogámico pero con facilidad de repudio lo que provocaba la inestabilidad de este, al grado que parecía que se permitía la poligamia. El primer matrimonio era concertado por los padres de los contrayentes por medio de un sacerdote llamado *atanzahoob*.<sup>120</sup> En cuanto al papel de la mujer debemos de mencionar que fue muy discreto pues no podía entrar al templo o participar en los ritos,<sup>121</sup> a pesar de esta

---

<sup>119</sup> Pérez de los Reyes, Marco Antonio, *op. cit.*, pp. 41 a 44.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>121</sup> Floris Margadant S, Guillermo, *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*, 14 ed., México, ed. Esfinge, 1997, p. 21.

función mesurada de la mujer, en el caso de pertenecer a la familia de un *Ahau* (gobernante de una ciudad maya), se llegaban a presentar excepciones donde la mujer tenía presencia en el poder, un pequeño rasgo de matriarcado.

Ahora bien, en cuanto a la cultura Teotihuacana, encontramos que es el resultado de la fusión de los antiguos grupos de agricultores y artesanos del Valle de México que sobrevivieron a la erupción del Xitle, con los grupos emigrantes de Olmecas del Golfo de México, este pueblo se dedicaba principalmente a la agricultura, complementando su alimentación con la caza y la pesca. Tenían un gobierno teocrático por lo cual la clase sacerdotal controlaba las prácticas religiosas y ceremoniales, funciones políticas y administrativas, fundaban su poder en las divinidades, es decir, eran los representantes directos de los dioses.<sup>122</sup>

Por último, tenemos a la cultura Azteca o mexicana, que sin duda alguna ofrece mayor información en todos los aspectos, debido a que se conocen muchos datos que son seguros, lo que hace que esta civilización sea una de las más ricas. Hay un punto fundamental para que se tengan muchas referencias sobre esta cultura y es que a la llegada de los conquistadores, los Aztecas eran el pueblo que estaba al mando de nuestro territorio, siendo los códices la fuente principal de la información acerca de este pueblo, fueron elaborados por los *tlacuilos* que estudiaban en el Calmécac, donde se representaban muchas cosas de su vida cotidiana, su estilo de vida, sus costumbres y tradiciones. Durante el transcurso de su peregrinación su organización política se basó en clanes o grupos de familias, que a su vez integraban una tribu, además contaban con el respaldo de un grupo militar. Una vez asentados en Tenochtitlan, el *Tlatoani* era el monarca o jefe de estado, seguido por el *Cihuacóatl* o primer ministro, por la *Tlatocaltzin* o Gran comisión y por los *Tlatoanis* de los pueblos vencidos. En total fueron 11 tlatoanis de Tenochtitlan que pertenecieron a una sola dinastía o familia,

---

<sup>122</sup> Pérez de los Reyes, Marco Antonio, *op. cit.*, pp. 45 y 46.

siempre unidos por el parentesco.<sup>123</sup> En cuanto a los castigos que se tenían, resalta la mentira en la mujer o en los niños, que se castigaba con pequeñas incisiones en los labios y en la lengua, mientras que en los hombres adultos, los arrastraban hasta la muerte, el aborto era castigado con pena de muerte para la mujer y sus cómplices, el adulterio era castigado con la muerte de la adúltera y su cómplice, envolviéndolos en un petate atados y ahogándolos en la laguna.<sup>124</sup> La familia era patrilineal, mientras que el matrimonio era monogámico, pero las clases sociales altas como los nobles podían tener varias esposas, siendo una de ellas la que tenía más presencia, existía una costumbre donde se podía casar la viuda con el hermano del marido fallecido (levirato). El papel de la mujer fue inferior en la vida social y familiar, ya que desde pequeña se le encomendaban tareas domésticas, mientras que el varón fue más protegido; el nombre que se les daba a los niños consistía en el día de su nacimiento, seguido del designado por sus padres, el de la familia de su padre y por último un nombre mágico que solo debía ser conocido por el sacerdote.

El derecho prehispánico es la representación máxima de la regulación de la familia hasta antes de la conquista, es por ello que debemos de valorar todas las costumbres que se tenían y observar cómo se fue transformando esa regulación hasta nuestros días, a raíz de la conquista evidentemente el desarrollo de la familia se vio afectado, pues las ideas europeas permearían en nuestro territorio y poco a poco toda esta herencia prehispánica fue desapareciendo.

---

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 98.

## B) Época Colonial

Es necesario mencionar que a la llegada de los españoles a territorio Americano, se encontraron con la cultura Azteca como civilización dominante, es por ello que para cumplir con sus planes de conquista, lograron formar alianzas con pueblos que estaban sometidos por los mexicas, de tal modo que el Imperio Azteca cae por la rebelión de los pueblos como Cempoala, Cholula y Tlaxcala con ayuda de los Españoles. El periodo hispánico comprende desde la fase inicial de la conquista (año 1517 a 1521) hasta la colonización (año 1521 a 1821), es en el último punto donde centraremos nuestra atención debido a que la regulación familiar ya se encontraba más estable, sin embargo, debemos de mencionar que en un principio la Nueva España servía solo para mandar al país conquistador la materia prima, los bienes, la plata, el oro y otros minerales.

Las costumbres traídas de España colisionaban con las de nuestros indígenas, es por ello que este encuentro de dos mundos originó que aquellas regulaciones jurídicas Aztecas, se integraran a algunos postulados romanos, germánicos, canónicos, así como la reglamentación monárquica, es en este momento donde llega el Derecho a México.<sup>125</sup> Toda esta mezcla de culturas tuvo como resultado la creación de un nuevo Derecho que sería aplicado a la Nueva España, y este Derecho es el indiano. El papa tenía gran poder sobre la Corona Española pues al ser el representante de Dios, podía concederle a esta, los derechos sobre los territorios descubiertos, pero existían opositores a esta idea, por lo cual se resolvieron estos problemas con las capitulaciones, no obstante para la Nueva España no había capitulación adecuada, debido a esto Cortés envió procuradores a su país para solicitar la aprobación del monarca y así legitimar sus acciones, de lo

---

<sup>125</sup> Castañeda Rivas, María Leoba, *El Derecho Civil en México, dos siglos de Historia*, México, Porrúa, 2013, p. 26.

anterior se desprende que las primeras normas del Derecho Hispano que se aplicaron en México fueron las disposiciones dictadas por Hernán Cortés, aunque poco después llegaron disposiciones relativas a la materia tributaria, lo que provocó que todos aquellos preceptos prehispánicos quedarán en el olvido y México se convirtiera en blanco fácil para la imposición de normas singulares. La unificación del derecho español fue clave para la recepción de este en México, favorecida por la legislación castellana dado que la colonia pertenecía al reino de Castilla. La conquista y la evangelización tiraron hacia un mismo punto para justificar la necesidad del sometimiento y la colonización. Por esta razón, las normas arbitrarias que se implementaban en la Nueva España sumadas a las normas indígenas, provocó que se creara un Derecho desconfiado y plagado de trámites burocráticos, es por ello que en un esfuerzo por armonizar la legislación aplicable, surge la Recopilación de Leyes de las Indias. Esta compilación consta de nueve Libros, aunque no tenía un apartado específico para el Derecho Familiar, tenía Títulos dedicados a la Iglesia, los clérigos, los diezmos, la enseñanza y la censura, otro apartado estaba dedicado al Consejo de Indias, las audiencias y el juzgado de asuntos militares, otro título dedicado a las cuestiones morales y penales, entre otros.

El Derecho Indiano aportó sus propias disposiciones en cuanto a los impedimentos para contraer matrimonio, provocando que hubiera mayor flexibilidad para la obtención de dispensas, ya que algunas necesitaban la voluntad del padre, los solteros recibieron presión para contraer matrimonio, se intentaba casarse con miembros de la misma casta, los virreyes y funcionarios de las indias no podían casarse con mujeres que vivieran en el mismo territorio donde ejercían sus funciones, además se trató de regularizar los matrimonios poligámicos de los indígenas, dándoles a escoger una mujer entre las que tenían, mientras que el Consejo de Indias reguló las legitimaciones, tutelas y las fianzas respectivas.<sup>126</sup> Con la pragmática sanción del 23 de marzo de 1776, tanto en España como en nuestro territorio, los menores de 25 años necesitaban para contraer

---

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 38.

matrimonio la autorización de su padre, de la madre si este faltara, de los abuelos o de los parientes más cercanos, o del tutor, aquellos matrimonios que no contaran con licencia no producían efectos civiles, ni aunque tuvieran hijos, debido a esto no tenían derechos familiares.<sup>127</sup> Como resultado tenemos que en la Colonia se aplicaron diversas disposiciones jurídicas derivadas del Derecho Indiano, castellano, canónico, común, además de las costumbres jurídicas prehispánicas.

### C) México Independiente: Códigos Civiles locales de Oaxaca y Zacatecas

Tuvieron que transcurrir trescientos años bajo el dominio español para que nuestro país fuera Independiente (la guerra de independencia tuvo una duración del año 1800 a 1821, mientras que el periodo de México Independiente tuvo una duración que va del año 1821 a 1876),<sup>128</sup> durante este periodo de transición como lo hemos mencionado, nuestros indígenas estuvieron sometidos a las disposiciones jurídicas que los conquistadores mandaran, creando estrategias como la evangelización para la justificación de sus acciones, no obstante en el Derecho ocurrió una mezcla de disposiciones jurídicas tanto indígenas como europeas, lo que originó que cuando nuestro país adquiriera su Independencia no tuviera más remedio que adoptar la mayoría de los preceptos jurídicos provenientes de Europa, de los cuales, en gran parte se basaron las posteriores codificaciones mexicanas. Es innegable que el derecho civil mexicano tiene en sus entrañas la influencia del Código Napoleónico, además de las leyes provenientes de España como el Código de Alcalá, las Siete Partidas y la

---

<sup>127</sup> Chávez Asencio, Manuel F, *op. cit.*, pp. 55 y 56.

<sup>128</sup> Pérez de los Reyes, Marco Antonio, *op. cit.*, pp. 26 y 27.



Recopilación de Leyes de la Indias y de Alemania con sus representantes como Augusto Comte y León Duguit.<sup>129</sup>

La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 no le da la facultad a la federación para brindar una codificación civil general, es por ello que los Estados podrían llevar a cabo esta atribución, la misma Constitución en su artículo 161 fracción II obliga a los gobernadores de cada Estado a publicar su respectiva Constitución, leyes y decretos.

A raíz de lo anterior, el estado de Oaxaca fue el primero en promulgar su código civil entre 1827 y 1829, cabe destacar que el Código Civil de Oaxaca es el primero en Iberoamérica (en el resto del mundo en 1825 Haití y en 1824 Luisiana expidieron los propios), el cual se expidió separadamente en tres Libros, y dicha reglamentación se dividía en un Título preliminar que consta de 13 artículos, el Libro primero denominado *De las personas*, que va del artículo 14 al 389, el segundo llamado *De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad*, que contiene del artículo 390 al 570, y el tercero que se denomina *De los diferentes modos de adquirir la propiedad*, que va del artículo 571 al 1415, cabe mencionar que este Código no tiene ningún artículo transitorio y tiene gran influencia del Código Napoleónico. Por su parte el estado de Zacatecas publicó para su discusión, el proyecto de Código Civil en 1831 que incluía el Libro primero, *con personas y familia*, el segundo *bienes y sucesiones*, el tercero, *obligaciones* y el cuarto, *contratos*<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> Serrano Migallón, Fernando, *et. al. op.cit.*, p. 77.

<sup>130</sup> Castañeda Rivas, María Leoba, *op. cit.*, p. 47.

#### D) Leyes de Reforma de 1855-1863

Durante este periodo, México vivía en una lucha constante entre los llamados liberales y conservadores, Benito Juárez al ser la cabeza del bando liberal, y llevando como estandarte la Constitución de 1857, es nombrado Presidente ante la renuncia de Ignacio Comonfort, evidentemente este acto sólo fue avalado por sus seguidores.

Situado en el Estado de Veracruz, Juárez por primera vez expidió una serie de disposiciones que se conocen como “Leyes de Reforma” que continuaron con la labor hecha por los anteriores gobiernos de los generales Juan Álvarez e Ignacio Comonfort, entre las cuales destacan: La Ley de Nacionalización de los Bienes Eclesiásticos de 12 de julio de 1859, Ley de Matrimonio Civil de 23 de julio de 1859, Ley Orgánica del Registro Civil de 28 de julio de 1859, Ley sobre el Estado Civil de las Personas de 28 de julio de 1859, Ley sobre Libertad de Cultos de 4 de diciembre de 1860, Ley de imprenta de 2 de febrero de 1861, Ley sobre Instrucción Pública de 15 de abril de 1861, entre otros decretos.<sup>131</sup>

EL matrimonio fue competencia exclusiva de la Iglesia hasta la expedición de estas leyes de reforma, puesto que por todos los antecedentes que se tenían, la religión siempre fue pieza clave para esta Institución de Derecho Familiar, a pesar de que se le haya considerado como contrato civil en el Código de Napoleón y que este a su vez haya sido base para la legislación mexicana, sumado a que en el Código Civil de Oaxaca ya permitía regular el matrimonio, de igual forma la Iglesia seguía teniendo competencia sobre el esta Institución. Un tiempo después se expide la Ley Orgánica del Registro Civil, donde el matrimonio es regulado por este organismo, a pesar de ello la Iglesia tenía mucha presencia puesto que los contrayentes debían celebrar primero el sacramento ante el párroco para después poder registrar ante el

---

<sup>131</sup> Pérez de los Reyes, Marco Antonio, *op. cit.*, p. 516.

oficial del Estado Civil el contrato de matrimonio, de no estar registrado, no tendría efectos civiles, además se podía registrar entre cuarenta y ocho horas después de celebrar el sacramento. No fue sino hasta la Ley de Matrimonio Civil, cuando la Iglesia por fin es excluida de toda competencia sobre este acto jurídico, de igual forma se le sigue considerando como contrato al matrimonio, se establecía como edad mínima para contraerlo de 14 años para el hombre y de 12 para la mujer, además de establecer en su artículo 15 que el encargado del Registro Civil, una vez que se haya manifestado el consentimiento, se le tendrá que leer la conocida epístola Melchor Ocampo.

En la ley Orgánica del Registro Civil, se disponía en su artículo primero el establecimiento en toda la República de funcionarios llamados jueces del Estado Civil, cuyo desempeño consistiría en averiguar el estado civil de todos los mexicanos, a la par de esta Ley, la Iglesia en el mismo año se dirigió al clero y a los fieles de toda la República a través de una pastoral donde manifestaba el descontento que le causó la exclusión del sacramento del matrimonio, mencionando que a pesar de que las leyes civiles le dieran la validez a este acto, mientras la Iglesia no lo diera, este sería inválido, como respuesta a este acto de la Iglesia, se expide la Ley sobre libertad de Cultos (Decreto N. 5124) durante el gobierno de Benito Juárez, donde se manifestaba que se respetaría la libertad de culto de cada uno de los mexicanos, quedando como límites de esta libertad, los derechos de tercero y el orden público. No obstante este decreto dejaba en claro que el matrimonio seguiría bajo la regulación de Estado, respetando las ceremonias religiosas que se referían a este acto jurídico, sin embargo la legitimidad de tal acto estaba sometida a las leyes.<sup>132</sup> Por lo tanto, esta serie de disposiciones jurídicas lograron un avance significativo en el Derecho Familiar, debido a que fueron aislando sus Instituciones para una mejor regulación.

---

<sup>132</sup> Chávez Asencio, Manuel F, *op. cit.*, pp. 56 a 63.

### E) Proyecto de Código Civil de Justo Sierra de 1861

En este periodo, México seguía viviendo bajo constantes enfrentamientos entre el gobierno liberal de Benito Juárez y el conservador de Félix Zuloaga, pese a ello en un visita a Veracruz, el entonces Presidente Benito Juárez encarga a don Justo Sierra la elaboración de un proyecto de Código Civil, el cual es entregado al Gobierno de la República en dos fases, durante los años 1858 y 1860. Este proyecto fue aprobado por el estado de Veracruz según el Decreto de 5 de diciembre de 1861, por medio del cual se promulgaba dicho ordenamiento. La revisión del proyecto de Código Civil de Justo Sierra corrió a cargo de los juristas José M. Lacunza, Pedro Escudero, Fernando Ramírez y Luis Méndez, sin embargo dicha revisión fue suspendida debido a la intervención francesa, destacando que esta obra jamás tuvo vigencia.<sup>133</sup>

### F) Código Civil del Imperio Mexicano de 1866

El proyecto de Código Civil de Justo Sierra fue retomado bajo la instauración del segundo Imperio Mexicano a cargo de Maximiliano de Habsburgo quien lo publicó bajo el nombre de Código Civil del Imperio Mexicano. Cabe destacar que los mismos juristas que revisaron el proyecto inicialmente, reanudaron sus labores por orden del emperador Maximiliano, de los cuatro libros que tenía dicho proyecto, fueron promulgados los dos primeros el día 6

---

<sup>133</sup> Soberanes Fernández, José Luis, *Historia del Derecho Mexicano*, 15va ed., México, Porrúa, p. 193.

y 20 de julio de 1866, respectivamente, mientras que el tercero se encontraba en impresión y el cuarto en corrección.<sup>134</sup> En este ordenamiento el Registro Civil regulaba las actas de nacimiento, legitimación o reconocimiento, actas de matrimonio y actas de fallecimiento, para el caso del matrimonio lo concebía como una sociedad legítima, estableciendo una edad para contraerlo de 18 años para el hombre y 15 para la mujer, es curioso observar que durante este periodo la Iglesia vuelve a intervenir en esta Institución de Derecho Familiar, pues eran reconocidos los matrimonios celebrados por la Iglesia, reuniendo ciertas condiciones, sometiendo las formalidades de acuerdo a cada religión. Cuando es restaurada la República el 15 de julio de 1867, surgen varios problemas para la validación de los actos celebrados por la Iglesia, por lo cual son revalidados para efectos legales todos aquellos actos celebrados ya sea bajo las reglas del Imperio o bajo las reglas de cualquier culto.<sup>135</sup>

#### G) Código Civil de Veracruz-Llave de 1868

Todos estos acontecimientos tuvieron repercusión en el Código Civil de Veracruz-Llave que entró en vigor el 5 de mayo de 1869 y que estuvo a cargo del magistrado Fernando de Jesús Corona, pues al parecer retoma el trabajo de Justo Sierra, debido a que tenía los mismos libros (libro primero: *De las personas*, libro segundo: *De los bienes, la propiedad y sus diferentes modificaciones*, libro tercero: *De los diferentes modos de adquirir la propiedad*) y el orden sistemático de aquel proyecto.<sup>136</sup> Cabe destacar que

---

<sup>134</sup> *Idem.*

<sup>135</sup> Chávez Asencio, Manuel F, *op. cit.*, pp. 64 y 65.

<sup>136</sup> Castañeda Rivas, María Leoba, *op. cit.*, p. 50.

este Código Civil es reconocido como el primero en México, pero como hemos mencionado, el Código Civil de Oaxaca es el primero en nuestro país. Este Código consideraba al matrimonio como una conexión natural, reducida a su pureza primitiva, es decir, la unión de un solo hombre y una sola mujer, resulta interesante poder observar que en esta codificación, se aludía al rapto, cuestión que era regulada mencionando que si existía tal acto, no se celebraría matrimonio hasta que la persona raptada diera su consentimiento, el marido era administrador legítimo de todos los bienes, así como el representante de su mujer. En cuanto a los hijos, se les da la libertad para que ellos puedan casarse con quien ellos decidieran, la obligación de dar alimentos era recíproca, eran causas de divorcio el adulterio, el concubito con la mujer que resultare en contra del fin esencial del matrimonio, la crueldad del marido, por enfermedad contagiosa que pusiera en riesgo la vida del otro, y la demencia de uno de ellos que pudiera atentar con la vida del otro.<sup>137</sup>

#### H) Código Civil del Estado de México de 1869

Esta codificación se trató de un proyecto de Código Civil, Penal y de Procedimientos para el Estado de México, tomó como referencia y modelo para su estructura, el Código de Veracruz que rigió en el tiempo del Imperio, así mismo este Código siguió con la idea de que todos los Estados debían expedir su propia codificación, tal como lo planteó el Código de Veracruz-Llave. Consta de 2,281 artículos, firmado por los Licenciados Manuel Alas y

---

<sup>137</sup> Código Civil del Estado de Veracruz Llave de 1868, en: [https://archive.org/ stream/codigocivildele00vera#page/n3/mode/2up](https://archive.org/stream/codigocivildele00vera#page/n3/mode/2up).

Pedro Ruano,<sup>138</sup> presentado el 16 de diciembre de 1869, y decretado por el entonces gobernador del Estado, Mariano Riva Palacio mediante decreto del 21 de junio de 1870, es decir, el Estado de México elaboro una codificación civil especial diversa a la del Distrito Federal de 1870, así como los Estados de Tlaxcala, Oaxaca y Veracruz.<sup>139</sup>

I) Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de  
1870

Bajo la presidencia de Benito Juárez, el Ministerio de Justicia formó una comisión integrada por los C.C. José María Lafragua, Mariano Yáñez, Luis Méndez, Pablo Zayas y Manuel Dublán para la revisión del proyecto de Código Civil, y posteriormente se aprueba el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, cuya vigencia corrió el día 1ro de marzo de 1871. Su estructura se dividía en cuatro Libros, el Libro primero referente a *las personas* que a su vez está dividido en trece Títulos y abarca del artículo 22 al 777, el segundo relativo a *los bienes, a la propiedad y a sus diferentes modificaciones* se encuentra dividido en ocho Títulos y comprende del artículo 778 al 1387, el tercero concerniente a los *contratos en general*

---

<sup>138</sup> Código Civil del Estado de México de 1869, en: <http://www.cmq.edu.mx/index.php/biblioteca/bibvirtualmenu/bibliografia-del-estado-de-mexico/fichas-bibliograficas/article/1545-proyecto-del-codigo-civil-para-el-estado-de-mexico>

<sup>139</sup> Cruz Barney, Oscar, et. al. *Derecho Civil y Romano. Culturas y Sistemas Jurídicos comparados*, coord. por Adame Goddard, Jorge, México, UNAM-IJ, 2006, pp.599 y 600

está dividido en 23 Títulos y abarca del artículo 1388 al 3363 y el cuarto Libro dedicado a las *sucesiones* que consta de cinco Títulos.<sup>140</sup>

Este Código fue adoptado con algunas reformas, por los Estados de Aguascalientes, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nuevo León, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Yucatán y Zacatecas.<sup>141</sup>

Respecto a la familia este código reglamenta el matrimonio, el parentesco, la paternidad, la filiación y la separación de cuerpos como una especie de divorcio. Considera al matrimonio como una sociedad legítima de un solo hombre y de una sola mujer que se unen con el vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida; la reglamentación familiar queda totalmente en manos del gobierno, pues se debían cumplir con todos los requisitos que la ley pedía para la celebración del matrimonio. Eran impedimentos para contraer matrimonio la falta de consentimiento del que conforme a la ley tiene la patria potestad, el error cuando es esencialmente sobre la persona, el parentesco consanguíneo legítimo o natural sin limitación de grado, en la vía recta, ascendente o descendente, la relación de afinidad en la línea recta sin limitación de grados, el atentado contra la vida de uno de los casados para posteriormente casarse con el que quede libre, la fuerza o miedo graves, en caso de raptó, subsisten los impedimentos sobre el raptor y la robada mientras ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente manifieste su voluntad, la locura constante e incurable y el matrimonio celebrado con persona distinta de aquella con quién se pretende contraer. La edad para contraerlo cambia respecto del anterior Código puesto que señala que para el hombre serían 14 años y 12

---

<sup>140</sup> Iglesias, Román y Morineau, Marta, “*La influencia del derecho romano en el derecho civil mexicano: los códigos civiles de 1870, 1884 y 1928*”, Revista de Derecho Privado. No. 7. México, UNAM-IIJ, Enero-Abril 1992, pp. 55 y 56.

<sup>141</sup> Cruz Barney, *op. cit.*, pp. 586 y 587.



para la mujer, a pesar de ello, posteriormente se corrigió, pues ahora serían 16 años para el hombre y 14 para la mujer.<sup>142</sup>

El Dr. Julián Güitrón Fuentevilla realiza un análisis sobre la regulación familiar en este Código, destacando que el legislador de 1870 no siguió un orden técnico pues consagra en el Art. 174 otro impedimento para contraer matrimonio, refiriéndose al tutor que no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado bajo su guarda, a no ser que se obtenga dispensa, así mismo el matrimonio celebrado entre extranjeros, fuera del territorio nacional, tendría efectos civiles en el Distrito y en el Territorio de la Baja California. El mismo autor nos hace una observación cuando toca el tema del parentesco pues el Código expresa que la Afinidad es el parentesco que se contrae por el matrimonio consumado o por cópula ilícita, entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón, lo interesante es saber a lo que se quiso referir el legislador con el término “cópula ilícita”, y es que sin pensarlo se refería al concubinato pues no se trataba de un matrimonio consumado.<sup>143</sup> Este Código no permitía la disolución del vínculo matrimonial, sólo permitía la separación de cuerpos, no obstante el legislador plasmó varias causas de divorcio como el adulterio, la propuesta del marido para prostituir a su mujer, la incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer un delito, entre otras. La representación legítima del marido sobre la mujer seguía presente, ya que la privaba de ejercer ciertos derechos y solo podría hacerlo bajo la autorización de su marido. Los hijos seguían siendo clasificados como hijos legítimos e hijos naturales, sumado a que el papel de la mujer en este código quedaba en segundo plano respecto al hombre, se puede decir que este código fue eminentemente liberalista y tradicionalmente individualista, como lo afirma el Dr. Güitrón Fuentevilla: *“el legislador de 70 no le dio mayor importancia a la familia, pues la preocupación era proteger al individuo y no tomar en cuenta*

---

<sup>142</sup> Güitrón Fuentevilla, Julián, *Derecho Familiar, op. cit.*, pp. 95 y 96.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 97.

*el interés social, el cual en la actualidad es y debe ser el preponderante en cualquier ordenamiento jurídico”.*<sup>144</sup>

J) Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de  
1884

Esta codificación surge en la presidencia de Manuel González quien encargó a una comisión compuesta por los Licenciados Eduardo Ruiz, Pedro Collantes y Miguel S. Macedo, la revisión del Código Civil de 1870, y fue hasta el 21 de marzo de 1884 cuando se promulga el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1884.<sup>145</sup>

Esta codificación no presentó mayores cambios o novedades en la regulación familiar, se puede considerar como una copia del Código del 70, incluso con sus errores sistemáticos. Una cuestión para resaltar es que se añade la libre testamentación que abolió la herencia forzosa pues ahora permitía al testador de disponer de aquellos bienes que anteriormente estaban legalmente asignados a sus herederos. Dicho ordenamiento no reguló el concubinato y la adopción como su similar del 70.<sup>146</sup> Como se puede observar, la promulgación de este Código no tuvo mucho sentido, ya que no ofrecía muchas novedades, para tal caso hubiera bastado con una reforma o modificación al Código del 70, sin embargo se expidió esta codificación, es de resaltarse que este ordenamiento marcaría el final del siglo XIX, como consecuencia no se tendrían más avances durante ese

---

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>145</sup> Castañeda Rivas, María Leoba, *op. cit.*, p. 52.

<sup>146</sup> Chávez Asencio, Manuel F, *op. cit.*, p. 68.

periodo, cuestión que nos hace reflexionar sobre las circunstancias familiares que se vivían en aquel tiempo.

#### K) Ley de Divorcio de 1914

Esta Ley se deriva de los decretos de don Venustiano Carranza, quien los expidió desde Veracruz, el 29 de diciembre de 1914 y otro del 29 de enero de 1915, para introducir el divorcio vincular, el primero de estos decretos modificó la Ley Orgánica de 1874 de las Adiciones y Reformas a la Constitución que reconocía la indisolubilidad del matrimonio y el segundo reformó desde Veracruz el Código Civil del Distrito Federal para establecer que la palabra divorcio debía de entenderse como la ruptura del vínculo y no sólo separación de cuerpos, además deja a los consortes en libertad de contraer matrimonio.<sup>147</sup>

Como hemos visto, el Código de 1870 solo reglamentaba el llamado divorcio necesario con efectos de una sola separación de cuerpos, mientras que el Código de 1884 sólo añade más causales de divorcio. En el *considerando* de esta ley se menciona que el matrimonio tiene como objetos esenciales la procreación de la especie, la educación de los hijos y la mutua ayuda de los contrayentes para soportar las cargas de la vida, entendiendo entonces que la unión sería definitiva, a pesar de ello no siempre se llega a alcanzar estos fines por lo cual la ley debe de atender estos casos, y entender que los cónyuges no pueden permanecer unidos bajo estas circunstancias, debido a esto el divorcio debe de disolver el vínculo matrimonial para poder subsanar

---

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 69.

los errores de uniones que no pueden o no deben subsistir.<sup>148</sup> Con esta ley se reforma la fracción IX del artículo 23 de la ley de Diciembre de 1874, donde en su nueva redacción se menciona que el matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de 3 años de celebrado, o en cualquier tiempo, por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal, una vez disuelto el matrimonio los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima.<sup>149</sup> Esta ley de divorcio fue un avance muy significativo en el desarrollo de la familia, ya que permitía que se formaran nuevos hogares, sin necesidad de recurrir al concubinato o a la proliferación de hijos ilegítimos, puesto que la regulación hasta antes de esta Ley, no permitía que se disolviera el vínculo matrimonial, lo que provocaba que los cónyuges estuvieran unidos para toda su vida sin quererlo, por lo cual el bienestar y la armonía de la familia se veían afectados. Esta ley es un claro ejemplo de que cuando se piensa realmente en el bienestar y desarrollo de la familia, se pueden implementar reformas que lejos de alarmarnos, deberían de tranquilizarnos pues la familia se encontrara muy bien protegida jurídicamente.

---

<sup>148</sup> Considerando de la Ley de Divorcio de 1914 en:

<http://www.sitios.scjn.gob.mx/constitucion19172017/sites/default/files/venusti-anocarranza/archivos/1-Leydel29-dic-1914.pdf>.

<sup>149</sup> Güitrón Fuentesvilla, Julián, *Derecho Familiar, op. cit.*, p. 102.

## L) Ley sobre relaciones familiares de 1917

De nueva cuenta es Venustiano Carranza el responsable de expedir esta Ley, que sin duda alguna es el reflejo de muchos de los ideales de igualdad y libertad que motivaron el movimiento armado de 1910, así mismo esta legislación era autónoma del Código Civil, pues trataba de regular de mejor manera las relaciones familiares y sus instituciones. Entró en vigor el 9 de abril de 1917, contiene 555 artículos divididos en XLIII Capítulos y derogaba los capítulos respectivos del Código de 1884, en sus puntos resolutivos ordenó que todos y cada uno de los Estados de la República debían promulgar sus leyes respectivas, lo cual ocurrió progresivamente, debido a lo anterior, cada Estado la tuvo en vigor de manera particular por ejemplo en el Distrito Federal tuvo en vigencia de 1917 al 1ro de octubre de 1932.

En su exposición de motivos se menciona que el cristianismo no influyó directamente en la organización de la familia y que el sacramento dotaba de gran autoridad al marido sobre la esposa, a pesar de ello con el estudio que hemos hecho hasta ahora nos podemos dar cuenta que el Cristianismo fue pieza clave en la familia, tanto benéficamente como perjudicialmente, la intervención de este en el matrimonio es muy relevante y jamás se podrá negar esta relación.<sup>150</sup>

El artículo 13 define al matrimonio de la siguiente manera:

*“El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”<sup>151</sup>*

---

<sup>150</sup> Chávez Asencio, Manuel F, *op. cit.*, pp. 70 y 71.

<sup>151</sup> Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, p. 15, en:

<http://www.sitios.scjn.gob.mx/constitucion19172017/sites/default/files/venusti-anocarranza/archivos/Leysobrerelacionesfamiliares1917.pdf>.

Añade que es un vínculo disoluble, por lo cual el divorcio vincular está presente en dicha Ley, lo que es confirmado en el artículo 75 donde se menciona que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio, razón por la cual los cónyuges pueden contraer una nueva unión. La obligación de la esposa de vivir con el marido exceptuando cuando éste se ausente de la República, o se instale en un lugar insalubre está regulada en el artículo 41, mientras que los alimentos y gastos para el sostenimiento del hogar estarían a cargo del marido. El papel de la mujer respecto del hombre es de plena igualdad pues son los dos los que deciden su domicilio, además la mujer ya tiene plena capacidad, siendo mayor de edad, para administrar sus bienes y disponer de ellos, sin la autorización de su marido. La adopción se permitió, a tal grado de darle máximas facilidades para que cualquier persona mayor e independientemente de su sexo y sin estar casada, en esta cuestión existió un punto de discriminación pues no se permitió a la mujer adoptar sin consentimiento del marido, en cambio al marido sí se le permitía adoptar sin consentimiento con una sola condición, que no llevara a su hijo adoptivo a vivir al domicilio conyugal.<sup>152</sup> La mayoría de edad se fijó en 23 años para ambos sexos. Desapareció la clasificación de hijos naturales, pues se podía realizar la legitimación de los hijos nacidos extra-matrimonio, no obstante se contaba con una regulación especial para los hijos naturales, mencionando que todo hijo nacido fuera del matrimonio era natural.

En general fue una ley que aportó muchas cosas benéficas a la familia, salvo cuestiones puntuales como la sobreprotección de la mujer, la cual lejos de beneficiarla, le privaba de sus derechos, o la facilidad para adoptar, que reflejaban la forma de pensar de aquellos tiempos, así que no debería de asombrarnos que el legislador de 1917 tuviera esas ideas, por lo cual nos parece que esta Ley fue muy adelantada para su época.

---

<sup>152</sup> Güitrón Fuentevilla, Julián, *Derecho Familiar, op. cit.*, pp. 106 y 107.

M) Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común, y para toda la República en materia federal de 1928

Durante la presidencia de Plutarco Elías Calles, por decretos del 7 de enero y del 6 de diciembre de 1926 y de 3 de enero de 1928, se expidió este Código Civil que contaba con 3044 artículos y estaba dividido en cuatro Libros organizados de la siguiente manera: Libro Primero “De las personas” que contenía XII Títulos, Libro Segundo “De los Bienes” con VIII Títulos, Libro Tercero “De las sucesiones” dividido en V Títulos y Libro Cuarto “De las Obligaciones” fraccionado en tres partes.<sup>153</sup> Esta codificación fue elaborada por una comisión presidida por Francisco H. Ruíz, quien a través de una imponente exposición de motivos con ideales revolucionarios y sociales, trato de plasmar y dar respuesta a varios problemas sociales de la época, cuestiones como el concubinato, la igualdad entre el hombre y la mujer, entre el patrón y el trabajador (tratar igual a los desiguales), se resalta en la materia civil normas de corte social, eliminando el aspecto individualista de anteriores codificaciones.<sup>154</sup> Es decir, este Código contaba con aspectos totalmente innovadores, que darían un aspecto y regulación única, a pesar de que su promulgación fue en el año de 1929, entro en vigor hasta el 1ro de octubre de 1932. La diferencia fundamental entre este Código y los anteriores es la armonización de los intereses individuales con los sociales, quitando el exceso de individualismo que se plasmaba en aquellos, aquí es donde la tradición del Código Napoleónico entra en conflicto con la nueva codificación, a pesar de todos estos ideales vanguardistas, el nuevo articulado parecería que queda corto con lo que se pretendía. Este Código sin duda alguna fue muy adelantado para su época

---

<sup>153</sup> Código Civil de 1928, en:  
[http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf/CCF\\_orig\\_26may28\\_ima.d](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf/CCF_orig_26may28_ima.d)  
f.

<sup>154</sup> Castañeda Rivas, María Leoba, *op. cit.*, p. 71.

debido a que planteaba problemas referentes al Derecho Internacional, cuestión que no había sido estudiada a profundidad en el resto del mundo, el legislador de 1928 sin duda alguna pensó a futuro, en una forma de Estado más compleja que la que se tenía en aquel entonces. En cuanto a la regulación de las Instituciones de Derecho Familiar, se destaca que en esta codificación por primera vez se trata sobre el concubinato ya que el legislador no podía cerrar los ojos ante tan situación y es evidente que conforme la familia se va desarrollando, surgirán nuevos aspectos que regular, es por ello que se especificó para el concubinato un periodo de 5 años de vida en común entre el hombre y la mujer, a menos que tuvieran hijos, libres de matrimonio y sin existir impedimento para contraerlo, teniendo entonces efectos en materia de filiación, alimentos y sucesiones, a pesar de todo esto las relaciones entre concubinos no aparecen reguladas.

Por otra parte se le da una nueva organización al Registro Civil poniéndolo bajo la vigilancia del Ministerio Público, se trató de organizar a la familia de modo que la mujer quedara en el mismo plano legal que el hombre, así mismo borrar las diferencias entre las diversas clases de hijos naturales y organizar el patrimonio de la familia sobre las bases más amplias que las fijadas por la ley de Relaciones Familiares.<sup>155</sup> Un aspecto negativo en la regulación familiar fue el establecer el divorcio administrativo, donde se puso en riesgo la unidad familiar, ya que la disolución del vínculo matrimonial se realizaba ante el oficial del Registro Civil, cuestión que generaba un conflicto de poderes, ya que formaba parte como funcionario del Poder Ejecutivo y a su vez, podía disolver dicho vínculo, por lo cual estaba investido de la categoría judicial, lo que provocó una facilidad para poder obtenerlo. En cuanto a la tutela el legislador se preocupó más por los bienes del tutelado que de su persona, dejando sin protección a los menores, sobre todo a los que no tenían padres.

En este punto el Dr. Julián Güitrón Fuentesvilla nos menciona que:

---

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 74.



“...el Código Civil fue un adelanto en el orden civil en general, pero reprobamos que la Ley sobre Relaciones Familiares haya sido abrogada al entrar en vigor el Código Civil actual, pues entendemos que marcaron los legisladores de 1928 un retroceso en materia familiar, pues hubiera sido más sistemático y positivo, para la familia, haberle dado un Código Familiar con carácter federal, apoyados en la magnífica Ley sobre Relaciones Familiares dada por Don Venustiano Carranza en 1917.”<sup>156</sup>

Como podemos observar la idea de un Código Familiar Federal está presente desde 1964 fecha de la presentación de la Tesis para recibir el grado de Doctor en Derecho del autor mencionado, cuestión que hasta nuestros días sigue pendiente, para desgracia de nuestra familia. Otro aspecto en el que se avanzó fue en materia de Adopción, en el artículo 390 se menciona que el mayor de 25 años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado aun cuando éste sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado, además de cumplir con otros requisitos como lo es el tener medios para sostener al adoptado, que la adopción sea benéfica para el que se pretende adoptar, entre otras. En general la adopción fue regulada de manera puntual, para el caso de las circunstancias especiales para otorgar la adopción, así como los impedimentos para la adopción por parte del tutor. A pesar de todo esto en el caso del Derecho Familiar, el Código de 1928 tomo casi todo de la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, sin embargo tuvo sus avances en ciertas materias como lo hemos visto. La codificación de 1928 tuvo varias reformas que atacaron sobre todo circunstancias en cuanto al derecho de la mujer para desempeñar algún empleo o ejercer una profesión, etc, que se consumó en el decreto del 21 de diciembre de 1953, durante el gobierno de Ruiz Cortines,<sup>157</sup> así mismo en las reformas del año 1975 se le da el derecho toda persona de decidirse de manera libre, responsable e informada sobre el

---

<sup>156</sup> Güitrón Fuentesvilla, Julián, *Derecho Familiar, op. cit.*, p. 111.

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 112.

número y el espaciamiento de sus hijos.<sup>158</sup> En la actualidad prácticamente se han derogado o reformado muchos artículos del texto original de 1928, incluso en el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000, cambia su nombre por Código Civil Federal, a pesar de ello es la codificación que actualmente tiene vigencia, por lo cual el estudio de los artículos originales siempre es de llamar la atención dado que se pueden contrastar con los actuales, para observar que en todas las materias que abarca, ha ocurrido una modificación o evolución que puede ser tanto positiva como negativa, no obstante el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común, y para toda la República en materia federal de 1928 es una pieza clave en el estudio del Derecho Familiar.

#### N) Código Civil para el Distrito Federal del 2000

Es de una importancia trascendental poder observar el contenido de manera general de esta codificación, aunque sea dirigida únicamente al Distrito Federal, puede ayudarnos a comprender la realidad de la sociedad mexicana en la actualidad y aún más, la situación de la familia en nuestros días. Esta codificación tiene sus orígenes en el Código Civil de 1928, el cual fue adaptado para su aplicación en el Distrito Federal por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal mediante decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 25 de mayo de 2000 y en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo del mismo año, el cual entro en vigor en el Distrito Federal el 1ro de junio de 2000. A pesar de ello, esta codificación no se trata de un Código Reformado, sino de un nuevo ordenamiento Civil que rige para el Distrito Federal, ya que a partir de que tiene vigencia, el Distrito Federal

---

<sup>158</sup> Chávez Asencio, Manuel F, *op. cit.*, p. 75.

tiene dos Códigos, uno local y otro federal, como las demás entidades de la República.<sup>159</sup> Una de las principales aportaciones de este código es el Orden Público en el Derecho familiar, el cual es un principio de esta rama del derecho que más adelante analizaremos, además en esta codificación los hijos son iguales ante la ley, la familia, la sociedad y el Estado, puesto que ya no son clasificados como naturales, legitimados, de la cárcel, etc.

La mayoría de edad (18 años) es requisito para contraer matrimonio, si son menores de edad, deberán de tener 16 años cumplidos, además del consentimiento de sus padres, en caso de estado de gravidez, el Juez podrá dispensar este requisito a petición de los padres, pero jamás se le podrá otorgar dicha dispensa a menores de 14 años. Los regímenes económicos del matrimonio son regulados de una mejor manera, no hay discriminación hacia la mujer, incluso el trabajo que realiza en el hogar se le da un valor económico, en el caso del divorcio se le ha dado mayor seguridad jurídica a los hijos y a los divorciantes, en general este Código en las Instituciones de Derecho Familiar fue bondadoso en un principio.

Tenemos que mencionar que este Código ha sido reformado en muchas ocasiones a partir del año 2000 a la fecha, teniendo como consecuencia desde nuestro punto de vista, una gran confusión para la población en general, ya que como lo indica la Dr. María Leoba Castañeda Rivas, se han introducido cuestiones contrarias a la idiosincrasia mexicana como: 1) las Sociedades de Convivencia, 2) reglas que desnaturalizan la separación de bienes, en el matrimonio, 3) Coartar la vida del “*nasciturus*” o concebido no nacido, mediante el aborto, 4) Reasignación sexo-genérica (con la consiguiente inseguridad jurídica), 5) Divorcio unilateral o incausado, 6) Desnaturalización del matrimonio entre personas (sin especificar el sexo) y 7) La maternidad subrogada, mediante un presunto “alquiler de vientre”.<sup>160</sup>

---

<sup>159</sup> Güitrón Fuentesvilla, Julián y Roig Canal, Susana, *Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México Distrito Federal del año 2000*, (correlacionado, comparado y comentado) art 1º al 746 bis, México, Porrúa, 2003, p. 11.

<sup>160</sup> Castañeda Rivas, María Leoba, *op. cit.*, pp. 92 y 93.

Si bien es cierto, que estos temas obedecen al desarrollo de la sociedad mexicana, lamentablemente estas reformas que han originado gran debate, son usadas para fines políticos y no precisamente para dar bienestar a la familia. En la actualidad debemos de ser muy tolerantes con todas las ideas de cada una de las personas que nos rodean, de ello derivará que nuestra sociedad goce de buena armonía, no obstante coincidimos en la idea de que muchas de las Instituciones de Derecho Familiar están siendo desnaturalizadas, cuestión que nos tiene muy preocupados, debido a que no se trata de una “evolución” de nuestras Instituciones, sino realmente de una alteración de ellas. A lo largo de este estudio hemos observado que el legislador en algunas ocasiones ha mirado hacia el futuro, logrando tener una regulación muy avanzada para su época, sin embargo no se trata de desnaturalizar las Instituciones, sino de mejorarlas y propiciar el desarrollo y bienestar de la familia. Ejemplo claro de ello es el matrimonio que en el texto original del Código Civil para el Distrito Federal de 2000 en su artículo 146 mencionaba que:

*“Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige.”*

A pesar de ello el 29 de diciembre de 2009 se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el decreto por el que se reformaban diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, entre ellos el artículo 146 quedando de la siguiente manera:

*“Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las Formalidades que estipule el presente código.”*

Parecería ser que lo alarmante de esta nueva redacción es que se permiten los matrimonios entre personas del mismo sexo, pero lamentablemente no

es así, lo preocupante de esto es la redacción que le dio el legislador, puesto que en el texto citado, no dice nada acerca de los matrimonios entre personas del mismo sexo, ya que para empezar ni siquiera aclara de qué tipo de personas estamos hablando (físicas jurídicas o jurídicas colectivas), de igual manera no se indica si se trata de una relación entre personas heterosexuales, homosexuales o lesbianas, además se elimina uno de los fines esenciales del matrimonio, es decir la procreación de la especie, no obstante algunos mencionaran que esto se entiende, aun así la redacción deja mucho que desear y afecta a otras cuestiones como el concubinato y la adopción. Lo mismo ocurrió con el Divorcio que en el texto original del 2000 en el artículo 266 se mencionaba que:

*“El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.*

*Se clasifica en voluntario y necesario. Es voluntario cuando se solicita de común acuerdo por los cónyuges, y se substanciará administrativa y judicialmente, según las circunstancias del matrimonio.*

*Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial, fundado en una o más de las causales a que se refiere el artículo 267 de este Código.”*

El día 3 de octubre de 2008 se publica en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el decreto por el que se reforman algunas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, entre ellos el artículo 266 que queda de la siguiente manera:

*“El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita, siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del mismo. Solo se decretará cuando se cumplan los requisitos exigidos por el siguiente artículo.”*

De esta manera, se da la inclusión de lo que se le denomina el divorcio unilateral o incausado, que sin duda alguna pone en predicamento la unión familiar, debido a que la voluntad de uno de los cónyuges bastará para que se disuelva el vínculo matrimonial, uno de los argumentos que se utilizan para defender esta postura es que acelera el trámite abrumador para conseguir disolver dicho vínculo, a pesar de ello, no puede sobreponerse el interés individual sobre el familiar ya que cuestiones tan esenciales para la familia no pueden dejarse en suspenso. Encontramos muchos detalles en las reformas que se han hecho a esta codificación, otra cuestión relevante a nuestro entender sucede en la adopción, que en el artículo 393 fracción III permite la adopción de mayores de edad con plena capacidad jurídica, dejando la responsabilidad al juez de decidir sobre la adopción de acuerdo al beneficio del adoptante y de la persona adoptada, es de alarmarse que se pueda adoptar a personas físicas con plena capacidad jurídica, sin tener los mecanismos necesarios para su control, dejando todo el peso al criterio del juez, sin duda alguna en este aspecto se tendría que analizar con más profundidad. Estas cuestiones nos dejan mucho en que pensar, es por ello que el Código Civil para el Distrito Federal del 2000 ofreció muchas cosas favorables para la familia, que se han ido modificando a través de reformas que han generado más dudas que seguridad en la familia.

### III. Naturaleza Jurídica del Derecho Familiar

Después de observar la evolución de la familia desde las civilizaciones más antiguas, así como el desarrollo de la regulación familiar en nuestro país, podemos contemplar que el Derecho Familiar ha sido ubicado dentro del derecho privado, desde el antiguo Derecho Romano, ya que pertenecía al *Ius Civile* o *Ius Comune*, contrario al Derecho de Gentes o extranjero, que

como su nombre lo indica regulaba los actos o hechos jurídicos de aquellos que llegaban a la ciudad. Ahora bien, la teoría de la naturaleza jurídica nos permite en cualquier rama del Derecho y respecto a sus Instituciones, ubicarlas con precisión en el campo jurídico correspondiente,<sup>161</sup> es decir, nos afirma *qué es en el Derecho* cada cosa. Por ejemplo, cuando nos preguntan ¿cuál es la naturaleza jurídica de nuestro *nombre*?, la respuesta sería que es un *atributo de la personalidad*, otro ejemplo es el concubinato, el cual es un hecho jurídico, el matrimonio un acto jurídico solemne, un muerto es una cosa, mientras que una persona es un sujeto de derecho, etc.

En ese orden de ideas, el Derecho Familiar no forma parte del Civil, ni del Privado, dada su naturaleza jurídica ya que es un *tercer género* al lado del Público, Privado,<sup>162</sup> Social y Económico. La cuestión en este momento sería cómo sostener tal afirmación de que el Derecho Familiar es un tercer género, para ello tendríamos en primer lugar que demostrar que es una rama autónoma, debido a esto, nos basaremos en seis criterios que nos servirán para argumentar dicha autonomía.

#### IV. Autonomía del Derecho Familiar

Antonio Cicú es uno de los primeros autores que ha sostenido la autonomía del Derecho Familiar, debido a que rechaza la idea de que el Derecho Familiar sea Derecho Social, mencionando que:

---

<sup>161</sup> Güitrón Fuentevilla, Julián. *"Naturaleza Jurídica del Derecho Familiar"*. Revista de Derecho Familiar "Pater Familias". Facultad de Derecho y Coordinación del Posgrado en Derecho UNAM. Número 1. México. 2013. p.184.

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 186.

*“La teoría distingue entre derecho individual y derecho social se separa de nuestra concepción del derecho público y privado, en cuanto contrapone al individuo no el Estado, no un ente público en general, sino toda colectividad organizada. La misma ve una profunda diferencia de estructura en las relaciones jurídicas, según que el sujeto de derecho se presente en ellas como ente por sí, independientemente, o como miembro de un todo”*<sup>163</sup>

Es evidente que todo el Derecho es social en cuanto su objeto fundamental es la conducta del hombre, pero no por ello afirmamos que el Derecho Familiar sea únicamente social, al respecto Cicú nos menciona que, *“el derecho social no toma en cuenta la diversidad de la estructura de las relaciones respectivas que es esencial para la distinción entre derecho individual y derecho social”*. Cicú analiza las relaciones que hay entre el Derecho Familiar y el derecho público y entre el derecho privado y el familiar. Para este autor: *“Antes que el Estado y más que el Estado, la familia se presenta como agregado de formación natural y necesaria. Solamente nos interesa observar que los elementos constitutivos del hecho jurídico-social de la familia no se agotan únicamente en la necesidad sexual y en la necesidad de la crianza de la prole.”*<sup>164</sup> Al encontrar gran similitud entre el Estado y la familia, Antonio Cicú trató al Derecho Familiar como parte de la sociología y de la historia más que como una disciplina jurídica, cuestión que fue detectada por el Dr. Julián Güitrón Fuentevilla.

A pesar de ello, Antonio Cicú trata de aclararnos si existe y en qué consiste la afinidad entre el Derecho Familiar con el Derecho Público, asimismo la inclusión dentro del Derecho Civil y por ende en el Derecho Privado. Precisamente la inclusión del Derecho de Familia en la rama Civil, corresponde a las relaciones familiares, no desde el punto de vista del grupo, sino en consideración al interés del individuo,<sup>165</sup> en la actualidad ya

---

<sup>163</sup> Cicú, Antonio, *El Derecho de Familia*, trad. de Santiago Sentis Melendo con adiciones de Víctor Neppi, ed. EDIAR, Buenos Aires, 1947, p. 40.

<sup>164</sup> *Ibidem*, p. 109.

<sup>165</sup> Güitrón Fuentevilla, Julián, *Derecho Familiar*, *op. cit.*, pp. 149 y 150.



se muestra una clara organización jurídica familiar (elaboración de códigos y proyectos de códigos específicos para la familia), por otra parte, la intervención del Estado se da en la regulación y protección de la familia a través de la legislación y tribunales especiales para la familia, y no en la intervención estatal en el núcleo familiar.

Antonio Cicú, nos menciona que habría que analizar si los principios propios del Derecho Privado sirven para la interpretación de las normas y la resolución de los casos no previstos en la ley, son o no son los mismos que gobiernan e inspiran el Derecho de Familia, en caso de que lo fueran, se tendría que dar mucha amplitud al Derecho Privado, por lo tanto habría que afirmar que sería Derecho Privado todo lo que no fuera Derecho Público. De nueva cuenta tenemos aquí un ejemplo de la importancia de los principios en el Derecho, ya que es claro que el Derecho Familiar tiene sus propios principios y por lo tanto, no puede ser incluido en el Derecho Privado, sino estudiarse como disciplina autónoma.

La división entre Derecho Público y Privado también es analizada por este autor, mencionando que esta distinción resulta de una diversa posición que el individuo reconoce al Estado, una posición de dependencia respecto al fin en el derecho público, y otra posición de libertad en el derecho privado, es decir, la *voluntad* y el *interés* de cada uno de los individuos es clave en el Derecho Privado, debido a que es una situación entre entes autónomos donde cada uno busca la satisfacción de su interés personal, mientras que en el Derecho Público, se da una relación entre el hombre y Estado, pero este último actúa como soberano, por lo cual el interés individual no se opone al interés del Estado.<sup>166</sup>

De esto se desprende que en las relaciones familiares no se tutelan los intereses individuales como intereses autónomos, independientes, sino que están subordinados a un interés superior, por lo tanto incluir al Derecho Familiar en el Privado es un error dado que su estructura es diversa y no tienen los mismos principios. El Derecho Familiar no es Derecho Público

---

<sup>166</sup> *Ibidem*, p. 155.

como bien lo afirma Cicú, ya que si partimos de la idea de que el Derecho Público es del Estado y de los demás entes públicos, a la vigilancia y a la tutela del Estado, la familia no obedece a intereses de la generalidad como los entes públicos, por lo cual, no tiene una organización como estos, de esta manera el Derecho Familiar tiene un lugar independiente del Público y del Privado.

Roberto de Ruggiero argumenta en favor de la autonomía del Derecho Familiar, ya que en las relaciones familiares el interés individual es sustituido por un interés superior, que es el de la familia, cuyo interés debe ser confiado al Estado, que con una adecuada legislación protectora y reguladora tratará de alcanzar dicho fin, aunque haya excepciones donde se le puede otorgar al particular una libertad, cuando no se opone al interés general. El autor en mención expone una serie de principios que no son aplicables al Derecho Familiar, donde algunos de ellos presentan algunas excepciones, no obstante Roberto de Ruggiero es claro al afirmar que el Derecho Familiar se debe de fundar más en deberes por cumplir, que en derechos por exigir, ya que este tiene un interés superior a todos los demás, consistente en la protección familiar.<sup>167</sup>

#### 1. Criterios para determinar la Autonomía del Derecho Familiar

Ante lo expuesto queda en evidencia que el Derecho Familiar es una rama autónoma del Derecho, que necesita un estudio separado del Derecho Público y Privado. En ese orden de ideas, Guillermo Cabanellas aplicó cuatro criterios científicos para demostrar la autonomía del Derecho Laboral, dichos criterios son: el legislativo, el científico, el didáctico y el jurisdiccional,

---

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 159 y sigs.

mientras que el criterio institucional y procesal son añadidos por el maestro José Barroso en el mismo sentido.

En México, el Dr. Julián Güitrón Fuentevilla se apoya en dichos criterios para fundar la Autonomía del Derecho Familiar, cuya tesis es bastante clara y contundente, mencionando que:

*“La síntesis de nuestra opinión respecto a la autonomía del derecho familiar se resume en pocas palabras, independientemente del criterio público o privado que se quiera dar al derecho de familia, debe ordenarse un Código de Familiar Federal, cátedras en la Universidad, Tribunales Familiares e investigaciones sociales para darle un criterio científico y humano a la disciplina tantas veces mencionada.”<sup>168</sup>*

Estos seis criterios como lo dice el Dr. Güitrón Fuentevilla son una radiografía jurídica, para determinar si alguna rama del Derecho es autónoma, es por ello, que la aplicación de estos criterios científicos en el Derecho Familiar, nos ayudan a demostrar que goza de dicha independencia.

#### A) Criterio Legislativo

Este criterio se satisface cuando la rama del Derecho tiene sus propias leyes y códigos, aunque su legislación haya formado parte de otra en algún momento histórico, como lo hemos visto en la evolución de la familia, la reglamentación en muchas de las ocasiones fue regulada en los códigos civiles, no obstante lo que importa es que tenga en algún momento dado sus

---

<sup>168</sup> *Ibidem*, p. 231.

propias leyes, códigos, decretos, etc.<sup>169</sup> En México la primera ley familiar autónoma fue la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, además de ella se tienen diversos Códigos Familiares que analizaremos posteriormente, como el Código Familiar para el estado de Hidalgo de 1983, Zacatecas de 1986, Michoacán 2004, Morelos 2006, San Luis Potosí 2008, Sonora 2009, Yucatán 2012, y Sinaloa 2013, que dejan en evidencia la autonomía legislativa del Derecho Familiar.

## B) Criterio Científico

Este criterio se satisface cuando se tenga una producción literaria y bibliográfica especializada y dada con independencia de cualquier otro género del Derecho.<sup>170</sup> En cuanto al Derecho Familiar en la actualidad este criterio está siendo satisfecho cada vez más, debido a la elaboración de libros, ensayos, artículos y tesis, referentes específicamente a esta rama del derecho o a alguna de sus instituciones. A continuación mencionaremos algunas de las obras escritas sobre Derecho Familiar, para darle fuerza a la autonomía legislativa de esta rama del Derecho, podemos encontrar las siguientes:

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, *Derecho de familia internacional*, 2da ed., Madrid, Colex, 2004.

CERVERA RIVERO, Oscar Gregorio, *Práctica forense en derecho familiar: doctrina, modelos, jurisprudencia y resoluciones*, México, Inter Writers, 2010.

---

<sup>169</sup> *Ibidem*, p. 164.

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 174.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F, *La familia en el derecho: relaciones jurídicas paterno filiales*, 5ta ed., México, Porrúa 2004.

CICU, Antonio, *El derecho de familia*, trad. De Santiago sentís melendo, Buenos Aires, Ediar, 1947.

DÍEZ PICAZO, Luis, *Familia y derecho*, Madrid, Civitas, 1984.

DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, *Derecho de familia: opiniones acerca de su autonomía como disciplina jurídica*, México, Porrúa, 2011.

GÜITRON FUENTEVILLA, Julián, y Roig Canal, Susana, *Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México Distrito Federal del año 2000, (correlacionado, comparado y comentado), art 1º. Al 746 bis*, México, Porrúa, 2003.

\_\_\_\_\_, *Veinte años de Derecho Familiar (1977-1997)* (Memoria del primer Congreso Mundial de Derecho Familiar y Derecho Civil), 2da ed., México, Publicada por Promociones Jurídicas y Culturales, 1996.

\_\_\_\_\_, *¿Qué es el derecho familiar?*, México, Promociones Jurídicas y Culturales, 1992.

\_\_\_\_\_, *Derecho Familiar*, 2da ed., Chiapas, México, Universidad Autónoma de Chiapas. (UNACH), 1988.

IBARROLLA, Antonio De, *Derecho de familia*, 2da ed., México, Porrúa, 1981.

MATA PIÑAZA, Felipe, *Derecho familiar: y sus reformas más recientes en la legislación del Distrito Federal*, 5ta ed., México, Porrúa, 2012.

PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, *Derecho de familia*, 2da ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2007.

PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, Nina, *Derecho de familia en el derecho romano*, 4ta ed., Buenos Aires, Lerner, 1976.

QUINTANILA GARCÍA, Miguel Ángel, *Lecciones de derecho familiar: nueva legislación comentada y concordada hasta el año 2002: jurisprudencia, tesis relacionadas y doctrina*, México, Cárdenas, 2003.

TAPIA RAMIREZ, Javier, *Derecho de Familia*, México, Porrúa, 2012.

ZAVALA PÉREZ, Diego Heriberto, *Derecho Familiar*, 2da ed., México, Porrúa, 2008.

### C) Criterio Didáctico

La autonomía didáctica de una disciplina del Derecho, consiste en la enseñanza del contenido de Derecho Familiar como rama independiente del derecho privado, específicamente del derecho civil.<sup>171</sup> Este criterio nos parece fundamental debido a que de ello dependerá que las futuras generaciones realicen estudios más profundos e innovadores sobre cualquier rama del derecho. En México específicamente en la Facultad de Derecho de la UNAM a principios de 1967 se impartió la materia de Instituciones del Derecho de Familia con una duración de tres semestres, así mismo ocurrió con otras materias como Lineamientos del Derecho de Familia, Instituciones Procesales relativas a las Personas y a la Familia, Sociología de la Familia y Bases para la unificación de la Familia en México.<sup>172</sup> Actualmente en la misma Institución, se cuenta con un nuevo plan de estudios con número 1447, que está organizado en diez semestres, donde en el sexto semestre se enseña la materia de Derecho Familiar como

---

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 183.

<sup>172</sup> Barroso Figueroa, José, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Número 68 “Autonomía del Derecho de Familia”, México, UNAM, 1967, p. 834.

materia obligatoria que esta seriada con otras materias, como antecesora tiene a la materia de Contratos Civiles y como materia subsecuente tiene Derecho Sucesorio. En este punto debemos de mencionar que en otros planes de estudio se daba en conjunto Derecho Familiar y Sucesiones, lo que provocaba que no se pudieran revisar con el tiempo adecuado dichas materias, a pesar de ello podemos observar que actualmente se estudia como rama autónoma al Derecho Familiar aunque este seriada con las materias de Derecho Civil.

#### D) Criterio Jurisdiccional

Este criterio es uno de los más delicados, ya que se refiere a la existencia de Tribunales autónomos para la resolución de controversias familiares. Esta autonomía jurisdiccional se logró en México a través de la iniciativa del Sr. Lic. Luis Echeverría Álvarez, la cual fue publicada el 24 de marzo de 1971 en el Diario Oficial de la Federación, donde se crea a los jueces de lo familiar. Al respecto el Dr. Güitrón Fuentesvilla nos dice que estos tribunales deben contar *“con expertos en humanidades, psicólogos, trabajadoras sociales, psiquiatras, médicos, etc., todos ellos agrupados alrededor del juez para asuntos familiares con objeto de orientar y solucionar adecuadamente esos problemas, los cuales muchas veces se resolverían con un consejo o una orientación bien intencionada.”*<sup>173</sup> Actualmente en México se cuentan con aproximadamente 300 tribunales familiares a lo largo del país, específicamente en el Distrito Federal se cuenta con 42 Juzgados Familiares y 5 salas de segunda instancia en materia familiar.

---

<sup>173</sup> Güitrón Fuentesvilla, Julián, *Derecho Familiar, op. cit.*, p. 230.

## E) Criterio Institucional

La autonomía institucional se refiere a la precisión de si la rama jurídica analizada, cuenta con Instituciones propias y que estas a su vez no sean compatibles con la rama jurídica de la cual se pretende desprender, esto a pesar de que no sean nuevas Instituciones Jurídicas, cuenten con un sentido y una regulación especial conforme a la disciplina estudiada y provoquen que estas ya no sean concordantes con la anterior.<sup>174</sup> Este criterio es el más importante debido a que se refiere a una cuestión sustantiva que se involucra directamente en el contenido mismo de la disciplina en cuestión. En la actualidad encontramos que las Instituciones de Derecho Familiar cada vez adquieren más singularidad, debido a que tienen principios propios, espíritu común y definido y objeto de conocimiento exclusivo, logrando que este criterio institucional sea cumplido por el Derecho Familiar.<sup>175</sup>

## F) Criterio Procesal

Por último, tenemos a la autonomía procesal que se refiere específicamente si la disciplina jurídica analizada cuenta con procedimientos particulares basados en principios que permitan dar un tratamiento especial a las cuestiones que de ella se deriven.<sup>176</sup> En el caso del Derecho Familiar, tenemos en el Código Civil para el Distrito Federal en los artículos 272, 282, 283, procedimientos específicos para el divorcio, y del Código de

---

<sup>174</sup> Barroso Figueroa, José. *op. cit.*, p. 835.

<sup>175</sup> Güitrón Fuentesvilla, Julián, *Derecho Familiar, op. cit.*, p. 187.

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 188.



Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, los artículos 902 al 914 Bis para tutela y curatela, del 915 al 922 para la enajenación de bienes de menores o incapacitados y transacción acerca de sus derechos, del 923 al 926 para la adopción, y del 940 al 955 con un Título exclusivo dedicado a las Controversias del Orden Familiar. Es evidente que conforme va pasando el tiempo se vayan reformando o derogando algunos artículos de dichos Códigos, que a su vez irán innovando los procedimientos específicos, aun así es evidente que el Derecho Familiar cuenta con sus propios procedimientos que cumplen con las características antes señaladas, por lo tanto satisface plenamente los seis criterios para declarar su autonomía.

## CAPITULO III

### MARCO JURÍDICO NACIONAL Y TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHO FAMILIAR

El Derecho Familiar en la actualidad no se puede dar el lujo de preocuparse sólo por la regulación de las relaciones familiares a nivel Nacional, puesto que el Estado moderno representa cada vez más retos en el ámbito jurídico, ya que hasta los mejores juristas o estudiosos del Derecho son puestos a prueba con los problemas que se pueden suscitar cuando familias de diferentes países, sistemas jurídicos, cultura, religión, se mezclan en la celebración de algunos actos jurídicos donde interviene directamente la familia. El Derecho Internacional nos ofrece un mundo de posibilidades jurídicas, puesto que a través de Instrumentos Internacionales, dos Estados pueden llegar a armonizar cuestiones puntuales, que dada la naturaleza de sus legislaciones correspondientes, parecería que no son compatibles, esto es lo maravilloso de dichos acuerdos, no obstante para llegar a una conclusión que favorezca a ambos Estados, realmente se debe de estudiar en primer lugar, el contenido de tal pacto debido a que resulta bastante frecuente encontrar casos donde firmado el acuerdo, se pone en marcha el estudio de la compatibilidad con el sistema jurídico nacional, lo que provoca que no se logre la armonía que se pretendía y al contrario, cause más problemas de los que ya se tenían. En México, en el caso de los Tratados Internacionales que se celebren por el presidente de la República, tienen además que ser ratificados por el Senado de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 76 Constitucional, precisamente para evitar problemas internos, a pesar de ello encontramos diferentes disposiciones contenidas en dichos instrumentos que parecen ser contrarias a nuestro Sistema Jurídico.

Desde nuestro punto de vista, existe un antes y un después, a raíz de las reformas constitucionales de 10 de junio de 2011, que son importantísimas para el estudio de los principios, debido a que en un supuesto ficticio, si la presente investigación se hubiera realizado antes de dichas reformas, nos encontraríamos con un grave problema, ya que el Capítulo I del Título primero de nuestra Carta Magna, se denominaba “*De las garantías Individuales*”, es decir, no teníamos inmersos en nuestro sistema jurídico a los Derechos Humanos como los tenemos hoy en día, con la importancia y protección que se les ha dado, simplemente teníamos a las llamadas garantías individuales que eran los medios para la protección de los derechos, cuestión que provocaba que hablar tanto de principios como de estos últimos, resultara muy complejo, puesto que como hemos estudiado, a pesar de que en la actualidad la idea de que aquello que designamos como “Derecho” sea solamente un conjunto de normas jurídicas, ha sido rebasada, no obstante México siempre se ha caracterizado por tener un sistema rígido, argumento que salta a nuestra vista, debido a la gran cantidad de reformas que ha tenido nuestra Constitución, es por ello que debemos resaltar que la interpretación jurisprudencial es la que da flexibilidad a las Constituciones, permitiendo al juzgador elaborar criterios para la aplicación de derechos normas y principios, lo cual resulta trascendental en el Sistema Jurídico Mexicano, puesto que la Suprema Corte de Justicia de la Nación al ser nuestro máximo Tribunal y siendo a su vez la interpretadora por excelencia de nuestra Carta Magna, elabora dichos criterios, los cuales resuelven muchos de los problemas familiares actuales.

Tenemos entonces que para la [aplicación] de principios y de Derechos Humanos, no depende tanto del concepto que se tenga sobre el “Derecho”, pero si para el [estudio] de estos, es decir, para que haya una correcta aplicación de principios necesitamos que tal sistema jurídico este basado en principios, con esto no estamos afirmando que sólo se debe basar en estos, sino que aquellos estándares sean un elemento compatible con dicho sistema. Ahora bien, en primer lugar entendemos por sistema jurídico: “*el conjunto de instituciones gubernamentales, normas jurídicas, actitudes y*

*creencias vigentes en un país sobre lo que es el derecho, su función en la sociedad y la manera en que se crea o debería crear, aplicar, perfeccionar, enseñar y estudiar*<sup>177</sup>, añadiendo a este concepto los principios que hemos estudiado, de esto se desprende, por ejemplo, si queremos que se apliquen normas jurídicas, principios y Derechos Humanos, debemos de estructurar nuestro sistema jurídico, bajo estos tres elementos, precisamente para que no entren en conflicto y de ser así, tener los mecanismos pertinentes para su solución.

En México desde nuestro punto de vista, se cometió un grave error, ya que el implementar un nuevo elemento a nuestro sistema jurídico como lo son los Derechos Humanos, está provocando que surjan muchos problemas para su aplicación y protección, debido a que en el año de 2011 cuando se realizaron las reformas, no se contaba con una clara idea de lo que representarían los Derechos Humanos en México, de hecho ni se contaba con un catálogo de estos, que serviría precisamente para dar seguridad jurídica, además debemos resaltar que nuestro país no está reconociendo todos los Derechos Humanos que existen, sino únicamente aquellos reconocidos por nuestra Constitución y los contenidos en Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, por todo lo anterior, debemos preguntarnos si nuestro país está preparado para reconocer y proteger Derechos Humanos.

Hemos mencionado que en algunas ocasiones surgen determinados conflictos entre nuestra Constitución y los Tratados Internacionales, de hecho la Supremacía Constitucional ha sido puesta en duda, ubicando al mismo nivel a los Tratados Internacionales o incluso por encima de nuestra Carta Magna. Este tema ha causado mucha controversia entre los estudiosos del Derecho y por supuesto entre los miembros de los Poderes de la Unión.

---

<sup>177</sup> Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, 14va ed., México, Porrúa, 2011, p. 5.

Dicho lo anterior, comenzaremos por el estudio de la Legislación Nacional, resaltando los artículos constitucionales que respaldan a la familia, así como las codificaciones locales que están dedicadas a esta, por último se mencionaran algunos Tratados Internacionales de Derecho Familiar así como las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en este sentido.

## I. LEGISLACIÓN NACIONAL

En México la Supremacía Constitucional es la que marca la jerarquía de las normas, teniendo a nuestra Constitución como el máximo escalón dentro de nuestro orden jurídico, aunque de una manera diferente como lo veremos más adelante, a pesar de lo que hemos comentado en relación con los Tratados Internacionales; por esta razón mencionaremos los artículos Constitucionales que involucran directamente al Derecho Familiar, no obstante, debemos de aceptar que hay otros artículos que provocan efectos en esta rama del Derecho.

Tenemos ocho artículos Constitucionales que a nuestro entender son la columna vertebral del Derecho Familiar a nivel Constitucional, de los cuales se desprende una serie de disposiciones que constituyen el marco dentro del cual se deberá construir cualquier ordenamiento que pretenda regular las relaciones familiares, precisamente para evitar alguna contradicción con nuestra Carta Magna. Un ejemplo de ello lo podemos observar con las Codificaciones Familiares locales, cuyos preceptos no deberán de ir en contra de lo consagrado en nuestra Constitución.

Ahora bien, la familia es el núcleo más importante de cualquier sociedad, la pieza fundamental de la cual se estructura todo lo demás, por lo tanto debe

de contar con una regulación que tenga como fin la protección de la familia y no la desintegración de esta, razón por la cual las disposiciones contenidas en nuestra Constitución deben de ser analizadas con detenimiento para buscar perfeccionarlas. Todo lo anterior nos sirve para entender lo sensible que es el contenido de nuestra Carta Magna, debido a esto consideramos que las reformas que se piensen realizar a este documento, tienen que basarse en principios, que como lo hemos dicho en muchas ocasiones, estos son reflejados en alguna norma jurídica.

## 1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Esta Constitución se expidió el 5 de febrero de 1917, la cual reformo la Constitución de 1857. Es el ordenamiento vigente en la actualidad, si bien es cierto con muchas reformas en su historial que nos hace pensar que poco queda de la original. Ha sido reformada en 227 ocasiones, siendo su primera modificación el 8 de julio de 1921, tan solo cuatro años después de que fue publicada, mientras que su última reforma ocurrió el 29 de enero de 2016. Con esto en mente debemos de observar que la gran cantidad de reformas que ha tenido nuestra Carta Magna, se debe al paso de tiempo y a la evolución que hemos tenido como sociedad, pese a ello estimamos que se ha reformado frecuentemente con argumentos que quizá no eran lo bastante fuertes para tal modificación, ya que para contar con un sistema rígido, consideramos que ha sido reformada en demasiadas ocasiones.<sup>178</sup>

---

<sup>178</sup> [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum\\_crono.htm](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm), consultada el 16 de marzo de 2016.

**Nota:** Durante la presente investigación, el día 29 de enero de 2016, se reformaron diferentes disposiciones de la Constitución Política de los

## A) Artículo 1ro Constitucional

Este artículo resulta ser trascendental en nuestro estudio, debido a que hemos hecho bastante hincapié en las reformas de 10 de junio de 2011, donde prácticamente se modifica mucho de nuestro sistema jurídico, ya que los Derechos Humanos toman una trascendencia fundamental en nuestro ordenamiento. Este artículo menciona lo siguiente:

### **Título Primero**

#### **Capítulo I**

#### **De los Derechos Humanos y sus Garantías**

*Denominación del Capítulo reformada DOF 10-06-2011*

**Artículo 1o.** *En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*

*Párrafo reformado DOF 10-06-2011*

*Las normas relativas a los **derechos humanos** se **interpretarán** de conformidad con esta **Constitución y con los tratados internacionales** de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.*

*Párrafo adicionado DOF 10-06-2011*

*Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá*

---

Estados Unidos Mexicanos, a través de las cuales se creó la Ciudad de México como una Entidad Federativa con autonomía en todo lo concerniente a su régimen interior y a su organización política y administrativa, por lo cual nos referiremos a ella como Ciudad de México dejando atrás al “Distrito Federal”.

*prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.*

*Párrafo adicionado DOF 10-06-2011*

*Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.*

*Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.*

*Párrafo reformado DOF 04-12-2006, 10-06-2011*

*Artículo reformado DOF 14-08-2001*

Como podemos observar, los Derechos Humanos son puestos en primer plano, toman un gran protagonismo en nuestra Carta Magna, podemos afirmar que a raíz de estas reformas, la manera de estudiar y enseñar el Derecho, debe de cambiar de forma drástica, ya que los Derechos Humanos son un elemento que nos obliga a conocer y estudiar mucho más de ellos. Las garantías individuales desaparecen totalmente, a pesar de que se mencione sobre las garantías que protegerán dichos derechos, debemos de entenderlas ahora como garantías constitucionales. Si comparamos el texto anterior con el vigente, salta a nuestra vista un punto fundamental, nos referimos a que en el texto anterior mencionaba que: *“En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución...”*,<sup>179</sup> mientras que en el texto imperante menciona el término *“personas”*, es decir, se cambia de *“individuo”* a persona, lo que provoca que nos tengamos que preguntar las consecuencias jurídicas que de ello se derivan, ya que podríamos decir que las personas tanto físicas como jurídicamente colectivas gozarán de estos Derechos Humanos, por supuesto con aspectos puntuales.

Por otra parte, los Derechos Humanos se *“reconocen”* mientras que las garantías se *“otorgan”*, este cambio de palabras parecería insignificante pero

---

<sup>179</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Secretaría de Gobernación, México, 2010, p. 15.



ello obedece a la disputa entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo donde si lo analizamos textualmente parece ser que la última corriente es la que vence, lo cual es erróneo puesto que si queremos hablar de un iusnaturalismo, aceptaríamos la existencia de un conjunto de principios unitarios, universales e inmutables, lo que nos lleva a decir que este no es el caso, ya que estos principios no reúnen las características dichas, simplemente se da una flexibilidad para los Derechos Humanos, asimismo en este sentido la interpretación que las autoridades competentes le den a las normas relativas a Derechos Humanos, resulta ser un gran reto ya que estamos frente a un artículo que representa muchos cambios y que en la actualidad hay cosas en las que aún se tienen dudas o resultan ser demasiado complejas, realmente estamos aprendiendo a convivir con los Derechos Humanos, incluso para el paradigma jurídico actual que es la argumentación jurídica, resulta esencial el estudio de este artículo, ya que ofrece muchas herramientas para la justificación y firmeza de sus argumentos.

La inclusión de los Tratados Internacionales como lo hemos dicho brevemente, provoca que se les coloque al nivel de nuestra Constitución y en algunos casos por encima de ella, estos Instrumentos Internacionales son un mundo, esto quiere decir que el panorama que tenemos es muy vasto, donde la exigencia tanto para los impartidores de justicia como para los estudiosos del derecho es gigantesca, ya que los obliga a conocer todos o la mayoría de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, supuesto que es muy difícil ya que necesitaríamos a muchos Jueces “Hércules”, a pesar de ello, lo que es una realidad es que debemos de conocerlos, aprenderlos y por supuesto aplicarlos.

Al final del segundo párrafo del artículo comentado, encontramos un principio que ha sido desde nuestro punto de vista mal entendido y por ende mal aplicado, nos referimos al principio “*pro persona*” que sin duda alguna es muy útil, pero no es el hilo negro, ni con el solo hecho de invocarlo tendríamos sujeto a él a todos los demás principios, es decir, no es un súper principio o el conjunto de todos los principios, ya que como hemos analizado

estos estándares no tienen jerarquía ni grado, de esto se deriva que el principio “pro persona” sea aquel que se aplica siempre en favor de las personas, es decir que si en un caso específico existen dos normas aplicables, se debe de elegir la que mejor proteja tal derecho, o en el caso de que la interpretación de cualquier supuesto jurídico ofrezca dos o más interpretaciones, se deberá de elegir la que mejor proteja ese derecho; como veremos más adelante este principio tiene varias limitantes, lo que genera que el abuso de este principio se vea disminuido.

El Derecho Familiar se ve afectado directamente por diversas cuestiones, en primer lugar por la gran importancia que han adquirido los Derechos Humanos en la familia, ya que en la actualidad la integración familiar está siendo puesta a prueba de manera trascendental, y el hecho de que existan mecanismos que puedan ayudar a resolver cuestiones familiares, es un gran avance. En segundo lugar, la existencia de Tratados Internacionales sobre Derecho Familiar, ofrece una puerta más amplia para resolver problemas jurídicos y además fortalece a la legislación interna, pero ello origina que tengamos la obligación de conocer cómo funcionan los organismos internacionales para la protección de Derechos Humanos, puesto que es esencial conocer todo este mecanismo para poder entender realmente el alcance de estos instrumentos. Por último, la aplicación de principios en el Derecho Familiar es fundamental, pero no solo del principio “pro persona” sino de los demás que ayudaran a ofrecer una mayor estabilidad en el núcleo familiar.

## B) Artículo 3ro Constitucional

El conocimiento que uno adquiere a lo largo de la vida, depende en gran medida de la calidad en la educación que se reciba, asimismo es

fundamental en el desarrollo de una comunidad. La educación es la base de este artículo, ya que nos ofrece los lineamientos bajo los cuales se deberá de impartir por el Estado, en cuanto a la familia nos interesa el inciso c) de la fracción II y la fracción III que menciona lo siguiente:

**Artículo 3o.** *Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado –Federación, Estados, Distrito Federal y Municipios–, impartirá educación preescolar, primaria, secundaria y media superior. La educación preescolar, primaria y secundaria conforman la educación básica; ésta y la media superior serán obligatorias.*

*Fe de erratas al párrafo DOF 09-03-1993. Párrafo reformado DOF 12-11-2002, 09-02-2012*

*La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.*

*Párrafo reformado DOF 10-06-2011*

*El Estado garantizará la calidad en la educación obligatoria de manera que los materiales y métodos educativos, la organización escolar, la infraestructura educativa y la idoneidad de los docentes y los directivos garanticen el máximo logro de aprendizaje de los educandos.*

*Párrafo adicionado DOF 26-02-2013*

- I. Garantizada por el artículo 24 la libertad de creencias, dicha educación será laica y, por tanto, se mantendrá por completo ajena a cualquier doctrina religiosa;*
- II. El criterio que orientará a esa educación se basará en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios.*

*Además:*

*....*

- c) Contribuirá a la mejor convivencia humana, a fin de fortalecer el aprecio y respeto por la diversidad cultural, la dignidad de la persona, **la integridad de la familia**, la convicción del interés general de la sociedad, los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos, y*

*Inciso reformado DOF 09-02-2012, 26-02-2013*

*III. Para dar pleno cumplimiento a lo dispuesto en el segundo párrafo y en la fracción II, el Ejecutivo Federal determinará los planes y programas de estudio de la educación preescolar, primaria, secundaria y normal para toda la República. Para tales efectos, el Ejecutivo Federal considerará la opinión de los gobiernos de los Estados y del Distrito Federal, así como de los diversos sectores*

*sociales involucrados en la educación, los maestros y los padres de familia en los términos que la ley señale...*

El Derecho Humano a la educación es uno de los más importantes, ya que de ello depende en gran medida el desarrollo de la familia, lo que culmina con el crecimiento de una sociedad determinada. Más allá de lo cuestionable que es la calidad en la educación en México, debemos de resaltar que en este artículo se plasman todas las pretensiones en cuanto al desarrollo educativo cada individuo, mencionando textualmente que todos tienen derecho a la educación, palabras que difícilmente se están cumpliendo en nuestro país y aún más, el analfabetismo en nuestro país es alarmante. La familia se ve directamente afectada por este artículo, debido a que como lo hemos dicho la educación es una pieza fundamental en el desarrollo de esta, ya que prepara a cada miembro de nuestro núcleo familiar para poder darle más estabilidad a nuestra familia. El inciso c) de la fracción II del artículo comentado, atañe sustancialmente al Derecho Familiar, ya que la integridad de la familia no se debe de entender solamente como la estabilidad de este núcleo, sino la plenitud de cada uno de sus miembros, en este caso, en lo referente a la educación, desde luego se tendrían que analizar a las instituciones educativas así como sus mecanismos para la impartición de la educación, para lograr determinar si realmente se está cumpliendo tal pretensión. La fracción III nos muestra la conexión y coherencia de que debe de haber entre los planes y programas que el poder ejecutivo elaborará y la realidad de la educación en México, puesto que como la disposición lo indica, se tomara en cuenta la opinión de los padres de familia en los términos que la ley señale, por ende la participación de los miembros de la familia debe de ser activa, ya que lo que realmente se está buscando es dar una buena calidad en la educación, donde los padres al conocer el desempeño escolar de sus hijos, pueden brindar opiniones valiosas para la elaboración de dichos instrumentos educativos.

## C) Artículo 4to Constitucional

Esta disposición es una de las más importantes para el Derecho Familiar ya que se plasman diferentes derechos y principios que propiciarán la organización y protección de la familia, tanto a nivel personal y como miembro de esta. Es importante destacar cada uno de estos aspectos, debido a su trascendencia, al respecto el artículo menciona que:

**Artículo 4o.** El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la **organización y el desarrollo de la familia.**

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.

*Párrafo adicionado DOF 13-10-2011*

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

*Párrafo adicionado DOF 03-02-1983*

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.

*Párrafo adicionado DOF 28-06-1999. Reformado DOF 08-02-2012*

Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.

*Párrafo adicionado DOF 08-02-2012*

**Toda familia** tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

*Párrafo adicionado DOF 07-02-1983*

Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento.

*Párrafo adicionado DOF 17-06-2014*

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el **principio del interés superior de la niñez**, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

*Párrafo adicionado DOF 18-03-1980. Reformado DOF 07-04-2000, 12-10-2011*

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

*Párrafo adicionado DOF 07-04-2000. Reformado DOF 12-10-2011*

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

...

En el texto original de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, este artículo distaba mucho de lo que plasma en la actualidad es decir, ha sufrido once reformas hasta nuestros días, siendo la primera de ellas en el año de 1974 donde por primera vez se incluye la igualdad entre el hombre y la mujer ante la ley, además de la protección a la organización y desarrollo de la familia, cuestión que deja como consecuencia que actualmente se cuente con más de 40 años de Derecho Familiar en México. Lo anterior es importantísimo para la familia, ya que en este artículo desde nuestro punto de vista se busca la estabilidad familiar, debido a que en primer lugar se da esta igualdad de condiciones entre el hombre y la mujer, enseguida se centra en puntos clave para el desarrollo de la persona en diferentes aspectos, que tienen consecuencias directas desde el punto de vista familiar. El Derecho a la libertad de cada persona a tener o no tener descendencia, se traduce en dos palabras “planificación familiar”, esta libertad debe de ser responsable e informada, donde desde nuestro punto de vista radica la verdadera importancia, ya que más allá del deseo de ser padres, en la actualidad uno como persona debe pensar de manera razonable en el número de hijos en cuanto a su situación económica, debido a que el hacerse cargo de una nueva vida no solo implica propiamente dar a luz, sino brindarle una buena calidad de vida, aunque se escuche fuerte pero la decisión debe estar basada en este aspecto en primer lugar, asimismo el

Estado debe de participar de manera activa y frecuente en la información sobre la gran responsabilidad que conlleva tener un hijo, trazando directrices políticas en este sentido, de manera que las personas estarán informadas y así poder tomar una decisión más responsable.

La familia tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa, en esta particular redacción parecería en primer lugar que el Estado tendría que dar una vivienda a cada familia con las características pertinentes, lo cual es un error ya que este derecho al ser de segunda generación, es decir que requiere de la actividad positiva del Estado, lo que provoca que el cumplimiento de tal derecho dependa en gran medida del desarrollo que se tenga, esto no quiere decir que se libere al Estado del cumplimiento de este derecho, sino que se necesitan mecanismos para la protección de este, puesto la realidad dista mucho de lo que se pretende en esta disposición. Este derecho se ve fortalecido por la Legislación Internacional que establece parámetros mínimos para considerar a una vivienda como digna, es decir, la infraestructura adecuada y los servicios públicos mínimos que ésta debe de tener, debemos agregar que el Estado tiene como obligación garantizar la vivienda digna, en este aspecto los tres niveles de gobierno deben crear programas que propicien que cada familia disfrute de una vivienda digna, por ejemplo, el 25 de febrero de 2015 la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el amparo directo en revisión 2441/2014, relativo al concepto de vivienda digna, donde determinó revocar la sentencia recurrida y amparar a la quejosa, toda vez que el tribunal colegiado erróneamente estimó que el derecho a una vivienda digna se limita a que ésta cuente con infraestructura adecuada y omitió que dicho concepto también comprende el acceso a servicios públicos mínimos, donde se encuentran incluidos algún servicio de seguridad o vigilancia. Con esto queremos decir que el Estado está obligado a propiciar que se cumpla el derecho a una vivienda digna, tal vez no de manera directa como lo hemos expresado, pero sí con los suficientes mecanismos para su protección.

El principio del interés superior de la niñez lo encontramos en el párrafo noveno de esta disposición, el cual fue elevado a rango constitucional en el

año 2011, de manera integral con las reformas al artículo 1ro Constitucional de junio del mismo año, donde se resalta que va dirigido a una etapa del desarrollo humano, más que jurídicamente hablando, es decir, lo primero que nos viene a la mente es relacionarlo con el principio del interés superior del menor, donde cabría preguntarse si nos estamos refiriendo a lo mismo u ofrecen distintos supuestos, al respecto tenemos que decir que en primer lugar son diferentes en un aspecto, ya que el Derecho Familiar protege al menor de edad como sujeto de derecho, como aquel que aún no tiene la capacidad de ejercicio, aunque dentro de la codificación nacional se exprese con palabras como menor, niño, niña o hijo. Ahora bien, cuando entramos al estudio de diferentes mecanismos para la protección de los Derechos del niño, por ejemplo, encontramos en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 donde en su artículo primero menciona que: *“Para los efectos de esta convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”*<sup>180</sup>, por lo tanto, podemos concluir que nos referimos al mismo principio solo con diferente denominación, donde el contraste únicamente radica en el término “menor” y “niñez” respectivamente, desde nuestro punto de vista el término jurídicamente correcto para este principio es el del interés superior del menor. Como podemos observar este artículo está plagado de derechos reconocidos para las personas, donde el Estado es el gran responsable de propiciar las condiciones para que se protejan tales derechos y por ende el desarrollo de la familia.

---

<sup>180</sup> Convención sobre los Derecho del niño de 1989, en:  
[http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/Programas/Discapacida d/ Conv\\_DNi %C3% B1o.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/Programas/Discapacida d/ Conv_DNi %C3% B1o.pdf).



## D) Artículo 16 Constitucional

Este artículo es trascendental en el ordenamiento jurídico mexicano, uno de los más importantes, debido a que nos expone una serie de condicionantes que deberá de cumplir la autoridad competente, es decir, aquella autoridad que está facultada mediante una norma jurídica para el conocimiento de tal acto; en cuanto a la familia, el primer párrafo influye directamente mencionando lo siguiente:

***Artículo 16.** Nadie puede ser molestado en su persona, **familia**, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.*

Como podemos observar, sería muy fácil que cualquier autoridad por el solo hecho de serlo, molestara a alguien en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones de manera arbitraria, es por ello que este artículo nos ofrece una claridad en la actuación que deberá de tener la autoridad, plasmando una gran limitación a esta, ya que se requiere de mandamiento escrito que deberá de estar fundado y motivado, es decir, que la autoridad explique con argumentos jurídicos la causa legal del procedimiento, a raíz de esto la familia está siendo protegida, ofreciéndole mayor seguridad jurídica, si bien es cierto que el artículo sigue exponiendo una serie de derechos como lo son la protección de datos personales, así como las características de la orden de aprehensión, delincuencia organizada, orden de cateo, etc., el primer párrafo mencionado consideramos desde nuestro punto de vista que es el que nos ofrece claridad en la actuación de cualquier autoridad, lo que beneficiará a la familia en cualquier acto jurídico que la involucre.

## E) Artículo 27 Constitucional

Llegamos a un artículo que en cuanto a la propiedad de las tierras y aguas es trascendental, ya que este tema a lo largo de la historia de nuestro país ha sido motivo de mucha controversia y lucha social, logrando que se conformara un artículo tan extenso que a su vez deriva en una serie de disposiciones que aclaran los aspectos generales expuestos en esta disposición. Desde el punto de vista del Derecho Familiar, parecería ser que no tendría mucho que ver directamente con la familia, lo cual es un error debido a que además de lo ya mencionado, este artículo es base para la constitución de la propiedad privada, de esto se deriva que para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación se tenga que especificar diferentes procedimientos para tales efectos, en este punto dicha disposición nos muestra la base constitucional del patrimonio familiar, cuya organización le es concedida a las leyes locales, al respecto la fracción XVII de este artículo nos menciona lo siguiente:

***Artículo 27.** La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.*

....

*La capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación, se regirá por las siguientes prescripciones:*

*Párrafo reformado DOF 02-12-1948, 20-01-1960*

***XVII.** El Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados, en sus respectivas jurisdicciones, expedirán leyes que establezcan los procedimientos para el fraccionamiento y enajenación de las extensiones que llegaren a exceder los límites señalados en las fracciones IV y XV de este artículo.*

*El excedente deberá ser fraccionado y enajenado por el propietario dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación correspondiente. Si transcurrido el plazo el excedente no se ha enajenado, la venta deberá hacerse mediante pública almoneda. En igualdad de condiciones, se respetará el derecho de preferencia que prevea la ley reglamentaria.*

*Las leyes locales organizarán el patrimonio de familia, determinando los bienes que deben constituirlo, sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo ni a gravamen ninguno;*

*Fracción reformada DOF 08-10-1974, 06-01-1992*

Tenemos en primer lugar que las leyes locales serán las encargadas de organizar el patrimonio familiar, después encontramos tres características que deberán de ser constantes en cualquier organización de este, es decir, el patrimonio familiar deberá de ser inalienable y no estará sujeto a embargo ni a gravamen alguno. Entendemos por patrimonio aquel conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a cada persona, que son susceptibles de apreciarse económicamente. Su contenido se integra por los derechos reales—que se ejercen sobre las cosas— ; por los derechos personales— también denominados de crédito u obligaciones—y por obligaciones reales— tradicionalmente denominados *propter rem*—que tienen como característica que sólo pueden ser consagrados por la ley—no por contrato—y de cuyo cumplimiento pueden liberarse por abandono. Éstas exclusivamente se dan en casos de ciertas obligaciones resultantes de la copropiedad, del usufructo y de las servidumbres.<sup>181</sup>

Ahora bien, por ejemplo en el Código Civil del Distrito Federal el patrimonio familiar se encuentra regulado del artículo 723 al 746 BIS, donde el primer artículo nos da un concepto de patrimonio familiar, mencionando que este puede incluir la casa-habitación y el mobiliario de uso doméstico y cotidiano; una parcela cultivable o los giros industriales y comerciales cuya explotación se haga entre los miembros de la familia; así como los utensilios propios de su actividad, siempre y cuando no exceda su valor, es decir, que tal patrimonio encuentra su límite en lo que determine la codificación, al respecto este ordenamiento nos dice que ese valor máximo es aquel que

---

<sup>181</sup> Güitrón Fuentesvilla, Julián, *et al.*, *Compendio de Términos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 476.

resulta de multiplicar el factor 10,950 por el importe de tres salarios mínimos vigentes en el Distrito Federal. En este momento es pertinente mencionar que el pasado 1ro de octubre de 2015 entró en vigor la homologación del salario mínimo general para todo nuestro país por resolución del Consejo de Representantes de la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos (CONASAMI), por esta razón, la división de zonas geográficas “A” y “B” no tendrá relevancia en este aspecto, quedando como salario mínimo vigente a partir de la fecha citada, de \$ 70.10, es decir, que si calculamos el valor del patrimonio familiar bajo estos parámetros, encontramos que la cantidad resultante es: \$2,302,785.00, teniendo en cuenta estos datos, habría que preguntarse si en la actualidad hay una casa-habitación o comercio que se encuentre dentro del rango mencionado, encontrando una conexión entre el artículo 27 y el 4to constitucional, referente a la cantidad antes calculada donde necesitaríamos comprobar si reúne con las características para ser una vivienda digna y decorosa, que como hemos visto cuenta con los servicios públicos mínimos.

#### F) Artículo 29 Constitucional

Esta disposición nos plantea un supuesto de restricción o suspensión de derechos y sus garantías, esto a raíz de una posible invasión o perturbación grave de la paz pública, es muy importante esta hipótesis para la familia debido a que es involucrada claramente en el segundo párrafo de este artículo, al igual que otros derechos que no podrán restringirse ni suspenderse, al respecto el artículo menciona lo siguiente:

**Artículo 29.** *En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos*

*Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.*

*Párrafo reformado DOF 10-02-2014*

*En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, **a la vida**, a la integridad personal, **a la protección a la familia**, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.*

*La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.*

*Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.*

*Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.*

*Artículo reformado DOF 21-04-1981, 02-08-2007, 10-06-2011*

Tan delicada es esta disposición para la familia que nos ofrece la hipótesis sobre la cual se podrán suspender derechos y garantías, donde a grandes rasgos se refiere a la entrada de alguna fuerza armada, enseguida menciona la perturbación grave de la paz pública donde se alude a cualquier fenómeno violento que precisamente la ponga en riesgo y en el tercer supuesto donde se refiere a otra hipótesis que ponga a la sociedad en grave peligro o

conflicto, es decir, al caso de siniestros, catástrofes naturales, epidemias o alguna similar. Ahora bien, los sujetos que intervienen ante tal situación es el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos que requiere la aprobación del Congreso de la Unión o en su defecto de la Comisión Permanente, enseguida nos menciona algo muy importante, nos referimos a que esta restricción o suspensión podrá efectuarse en todo el territorio nacional o en un lugar determinado, precisamente para darle una solución más rápida a tan situación, y por un tiempo limitado, al respecto tenemos que mencionar que en esta disposición se encuentra implícito el párrafo segundo del artículo 1 constitucional, debido a que cualquier norma relativa a Derechos Humanos se debe de interpretar de acuerdo con la Constitución y los Tratados Internacionales, por lo cual intervienen directamente en la interpretación del artículo 29 constitucional, Instrumentos Internacionales como lo son la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 donde su artículo 27 es interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resolviendo que hay Derechos Fundamentales que no pueden ser motivo de restricción o suspensión.

En México, a raíz de las reformas constitucionales de 10 de junio de 2011, se modificó este artículo añadiendo precisamente derechos que no podrán suspenderse, entre ellos la protección a la familia, y por primera vez se incluye el derecho a la vida, es decir, al introducir Derechos Humanos y Tratados Internacionales, obliga a los jueces de todo nuestro país, a interpretar cualquier norma sobre Derechos Humanos conforme a la Constitución y los Tratados Internacionales, aplicando el principio “pro-persona”, hemos de destacar que no se trata de elegir la Legislación Internacional por encima de la nacional, sino se trata de en primer lugar realizar una interpretación conforme a lo dicho.

La familia sin duda alguna, bajo cualquier supuesto no debe verse limitada en sus derechos, dado que la estabilidad de una sociedad depende de la solidez de la familia, a pesar de que no se establece precisamente el tiempo de duración de aquella restricción o suspensión, podemos decir que deberá de ser lo más rápida posible, encontrando varios principios sobre los cuales

se deberá de regir dicha disposición. Por ejemplo, el principio de legalidad se refiere a la existencia de normas que regulen tan acto y que por supuesto se cuente con mecanismos de control, el principio de racionalidad se refiere a que cualquier decisión en este sentido debe de estar pensada y razonada para evitar cualquier ejercicio de arbitrariedad, el principio de proclamación se refiere a que dicha suspensión se debe dar a conocer, pues no puede haber suspensión de derechos tácitas o secretas, el principio de publicidad se refiere a que todas las personas que intervienen directamente en el acto deben de conocer de dicha suspensión, mientras que el principio de no discriminación se refiere a la imposibilidad de emplear criterios discriminatorios en la suspensión de derechos. Como podemos observar es un artículo muy delicado, desde nuestro punto de vista lo más importante es la interpretación que se le dé a cada supuesto de esta disposición ya que en la actualidad hablar de suspensión de derechos es un tema que debe llevar consigo una gran investigación y por supuesto una excelente argumentación jurídica.

#### G) Artículo 107 Constitucional

Este artículo nos ofrece una protección más para la familia, en el caso de sentencias definitivas, laudos o resoluciones que pongan fin al juicio, dado que realiza una excepción para el caso en que se afecte el orden o estabilidad de la familia, dicha exclusión se encuentra en el párrafo cuarto del inciso a) de la fracción III de este artículo, que menciona lo siguiente:

**Artículo 107.** Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

...

III. Cuando se reclamen actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes:

a) ...

Al reclamarse la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio, deberán hacerse valer las violaciones a las leyes del procedimiento, siempre y cuando el quejoso las haya impugnado durante la tramitación del juicio mediante el recurso o medio de defensa que, en su caso, señale la ley ordinaria respectiva. Este requisito no será exigible en amparos contra actos que afecten **derechos de menores o incapaces, al estado civil, o al orden o estabilidad de la familia**, ni en los de naturaleza penal promovidos por el sentenciado;

*Inciso reformado DOF 10-08-1987, 06-06-2011*

En primer lugar, las sentencias de las que habla el artículo 103 Constitucional se refieren a aquellas que involucren normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los Derechos Humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución y los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, además de los actos de la autoridad federal que vulneren, restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencia del Distrito Federal y por último aquellos actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la Autoridad Federal.

Ahora bien, todas estas controversias estarán sujetas de acuerdo a las bases del artículo comentado, es decir, que cuando se reclamen actos de Tribunales Judiciales, Administrativos o del Trabajo, el amparo solo procederá en ciertos casos, y es aquí donde dentro de uno de ellos encontramos que al reclamarse sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio, deberán hacerse valer las violaciones a las leyes del procedimiento, siempre y cuando el quejoso, es decir, aquel que haya promovido el juicio de amparo, las haya impugnado durante la tramitación del juicio mediante el recurso o medio de defensa que señale la Ley, pero este requisito no será exigible cuando se trate de amparos contra actos que afecten Derechos de menores o incapaces, al Estado Civil, o al orden o estabilidad de la familia, es decir, que no importa si el quejoso hizo valer



tales violaciones en el momento procesal oportuno, siempre que se trate de estos casos, no será exigible tal requisito, dándole un interés superior tanto a los menores, incapaces y a la familia, cuestión que nos parece estupenda debido a que el juez al aplicar esta disposición provocará que estos tres elementos sean protegidos al máximo y que cualquier sentencia emitida en este sentido, en ningún caso afecte a la familia.

#### H) Artículo 123 Constitucional

Este artículo es fundamental para el Derecho Laboral, ya que diseña la estructura de esta rama del Derecho, debido a que establece los tres pilares de este campo, nos referimos al contrato colectivo, la huelga y el sindicato, provocando que este artículo sea motivo de muchas investigaciones al respecto, sin embargo, tiene grandes repercusiones en el Derecho Familiar ya que parte de la estabilidad de la familia radica en el tema económico y en la seguridad social, es por ello que el apartado laboral para nada es ajeno a la solidez de la familia. Tenemos muchas disposiciones que directa o indirectamente involucran a los miembros de la familia. De manera que mencionaremos algunas fracciones tanto del apartado A como del B de este artículo que nos parecen importantes para el desarrollo y estabilidad de la familia; a continuación transcribiremos textualmente algunas de estas disposiciones, las que consideramos esenciales para la familia, al respecto el artículo menciona lo siguiente:

#### ***Título Sexto***

#### ***Del Trabajo y de la Previsión Social***

**Artículo 123.** Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.

**Párrafo adicionado DOF 19-12-1978. Reformado DOF 18-06-2008**

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

*Párrafo reformado DOF 06-09-1929, 05-12-1960. Reformado y reubicado DOF 19-12-1978. Reformado DOF 18-06-2008*

- A.** Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo:

*Párrafo adicionado (como encabezado de Apartado A) DOF 05-12-1960*

...

- V.** Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el periodo de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno para alimentar a sus hijos;

*Fracción reformada DOF 31-12-1974*

- VI.** Los salarios mínimos que deberán disfrutar los trabajadores serán generales o profesionales. Los primeros regirán en las áreas geográficas que se determinen; los segundos se aplicarán en ramas determinadas de la actividad económica o en profesiones, oficios o trabajos especiales.

*Los salarios mínimos generales deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos. Los salarios mínimos profesionales se fijarán considerando, además, las condiciones de las distintas actividades económicas.*

...

- XXIV.** De las deudas contraídas por los trabajadores a favor de sus patronos, de sus asociados, familiares o dependientes, sólo será responsable el mismo trabajador, y en ningún caso y por ningún motivo se podrá exigir a los miembros de su familia, ni serán exigibles dichas deudas por la cantidad excedente del sueldo del trabajador en un mes.

- XXV.** El servicio para la colocación de los trabajadores será gratuito para éstos, ya se efectúe por oficinas municipales, bolsas de trabajo o por cualquier otra institución oficial o particular.

*En la prestación de este servicio se tomará en cuenta la demanda de trabajo y, en igualdad de condiciones, tendrán prioridad quienes representen la única fuente de ingresos en su familia.*

*Fracción reformada DOF 31-12-1974*

...

- XXVIII.** Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de la familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos, y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios.

- XXIX.** Es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicios de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares.

....

**B.** *Entre los Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores:*

*Párrafo reformado DOF 08-10-1974*

...

**VIII.** *Los trabajadores gozarán de derechos de escalafón a fin de que los ascensos se otorguen en función de los conocimientos, aptitudes y antigüedad. En igualdad de condiciones, tendrá prioridad quien represente la única fuente de ingreso en su familia;*

*Fracción reformada DOF 31-12-1974*

...

**XI.** *La seguridad social se organizará conforme a las siguientes bases mínimas:*

...

- d)** *Los familiares de los trabajadores tendrán derecho a asistencia médica y medicinas, en los casos y en la proporción que determine la ley.*
- e)** *Se establecerán centros para vacaciones y para recuperación, así como tiendas económicas para beneficio de los trabajadores y sus familiares.*

Como podemos observar, este artículo reconoce muchos derechos para la persona en su carácter de trabajador, empezando por mencionar que toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil, lo cual en la realidad mexicana, se lucha cada día con el desempleo, hemos de considerar que este artículo ha sido resultado de muchos años de lucha, precisamente para lograr una verdadera igualdad entre el patrón y el trabajador. Menciona que en todo contrato de trabajo la duración de la jornada laboral será de ocho horas, estableciendo una restricción para los menores de 16 años, ya que no podrán llevar a cabo ningún trabajo después de las diez de la noche, así mismo la jornada laboral de estos será de seis horas como máximo, respecto de los menores de quince años estrictamente queda prohibida su utilización en el trabajo, en este aspecto lamentablemente en México no se respeta ya que podemos observar en trabajos informales el empleo de estos menores, cuestión que afecta directamente a la familia, debido a que estos menores deberían de estar estudiando, aunque como hemos visto la calidad educativa en nuestro país deja mucho que desear. En cuanto a la mujer embarazada, tenemos una disposición bastante clara donde ellas tienen derecho a seis semanas de descanso antes del parto y las mismas semanas después de dar a luz,

conservando su empleo y salario íntegro, este supuesto en la actualidad es reforzado con Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, donde la mujer es protegida en este aspecto, cuestión que en las controversias laborales debe de ser tomada en serio. El salario mínimo debe ser congruente con la realidad, es decir, que sea suficiente para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en la actualidad en la Ciudad de México tal salario es de \$73.04, cuestión que rápidamente puede ser contrastada con los productos de la canasta básica, para observar si realmente es congruente con los gastos básicos, además, este debe de fomentar el desarrollo educativo de los hijos, es decir, se requiere realizar un milagro con el salario mínimo para poder cumplir con todo lo que dispone la fracción VI del apartado A de este artículo.

Encontramos disposiciones que protegen al trabajador de cualquier abuso del patrón ya sea por sí mismo o por cualquier miembro de su familia, bajo su consentimiento o tolerancia de este, cuestión que nos parece adecuada puesto que bajo ninguna circunstancia el trabajador o en su caso el patrón debe de ser agredido, ya que la relación que se presume deberían de tener estos, sería de cordialidad y respeto. Las deudas que contraiga el trabajador ya sea a favor de su patrón, asociados, familiares o dependientes, serán exigibles solo para el trabajador, encontrando una protección a la familia, ya que esta no debe de verse afectada por deudas contraídas por el trabajador.

Un aspecto relevante para la familia se encuentra en la fracción XXV debido a que nos menciona que cuando una persona acuda a buscar trabajo en cualquier Institución que busque colocar a los trabajadores, se le dará prioridad a los trabajadores que sean la única fuente de ingresos para su familia, cuestión que nos parece adecuada siempre y cuando se tome en cuenta la demanda de trabajo y se esté en igualdad de condiciones como la misma disposición nos indica. Por otra parte, encontramos en la fracción XXVIII nuevamente al patrimonio familiar, el cual como lo vimos en el artículo 27 Constitucional, será organizado por las leyes correspondientes bajo las características indicadas, por lo cual debemos de destacar que se refiere a que estos bienes que constituyen el patrimonio familiar serán transmisibles a

título de herencia, al respecto el artículo 746 BIS del Código Civil para el Distrito Federal nos dice que si alguno de los miembros de la familia muere, sus herederos, si los hubiere, tendrán derecho a una porción hereditaria al efectuarse la liquidación, en el caso de que no hubiere herederos, se repartirán entre los demás miembros de la familia, es decir, que esta repartición estará sujeta a los procedimientos marcados en los juicios sucesorios.

La base del Seguro Social es el Salario, por esta razón se denomina Salario Base de Cotización y bajo el cual se pueden determinar las cuotas obrero patronales, la fracción XXIX nos ofrece un listado de seguros que en general constituyen a la Seguridad Social, tenemos cinco tipos de seguros reconocidos por la Ley del Seguro Social y por la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, 1. Riesgos de trabajo, 2. Enfermedad y Maternidad, 3. Invalidez y vida, 4. Retiro por Cesantía en edad avanzada y Vejez, y 5. Guardería y prestaciones sociales.<sup>182</sup> El apartado B en su fracción XI nos delimita las bases mínimas de la Seguridad Social donde los incisos d) y e), involucran directamente a la familia ya que reconoce el derecho de los familiares de los trabajadores a la asistencia médica y medicinas, así como los centros de vacaciones y para recuperación, además de tiendas económicas para beneficio de los trabajadores y sus familiares, esto se resume en acuerdos que el IMSS logra con ciertas Instituciones para lograr satisfacer este derecho. Sin duda alguna este artículo es muy rico en disposiciones protectoras de la familia, habría que profundizar en el estudio de cada una de las leyes que se derivan de esta disposición constitucional para lograr observar si realmente se cumplen dichos supuestos.

---

<sup>182</sup> Briceño Ruíz, Alberto, *Derecho de la Seguridad Social*, México, Oxford, 2010, p.24.

## 2. Códigos Familiares en México

Actualmente en México, la codificación dedicada específicamente a la familia está progresando de manera paulatina, ya que contamos con siete Códigos Familiares vigentes a lo largo y ancho de la República Mexicana a pesar de ello, tenemos un caso en particular donde el Código Familiar del Estado de Hidalgo fue derogado, no obstante la Ley que lo sustituye actualmente, dista mucho de ser un nuevo ordenamiento, ya que está basada totalmente en aquel.

Se ha mencionado la idea de la elaboración de un Código Familiar Federal, cuestión que ayudaría a definir las Instituciones de Derecho Familiar, así como determinar su naturaleza jurídica, provocando que los destinatarios de estas normas, las conozcan y las asimilen con facilidad, cumpliendo con el objetivo de que una norma debe ser lo más simple posible, con esto se conocerán cuáles son los derechos, deberes y obligaciones de la familia y de cada uno de sus miembros, de manera concreta sin la necesidad de estar recurriendo a la regulación específica que le da cada Entidad de la República Mexicana, que dista en muchos casos de ser la ideal para la protección jurídica de la familia. Estos objetivos fueron plasmados por el Dr. Julián Güitrón Fuentes en la exposición de motivos del Proyecto de Código Familiar Tipo para los Estados Unidos Mexicanos, que a lo largo de su estructura define cada Institución de Derecho Familiar, teniendo así una gran Codificación, que esperemos algún día se convierta en una realidad.<sup>183</sup>

Dicho lo anterior, mencionaremos de manera general cada uno de estos Códigos, especificando su estructura y peculiaridades, precisamente para lograr contemplar el desarrollo y solidez que tiene el Derecho Familiar en nuestro país.

---

<sup>183</sup> Güitrón Fuentes, Julián, *Proyecto de Código Familiar Tipo para los Estados Unidos Mexicanos*, México, Porrúa, 2004, p. 17.

## A) Código Familiar del Estado de Hidalgo de 1983.

Este Código Familiar es el primero en nuestro país, es la primera expresión donde la Legislación Familiar Estatal define sus Instituciones y naturaleza jurídica de estas. El proyecto corrió a cargo del Dr. Julián Güitrón Fuentevilla, y se expidió a través del decreto 129 del 8 de noviembre de 1983, hemos de destacar que es un ordenamiento que define lo que regula, es decir, por ejemplo, en su artículo 1 nos dice que la familia es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico del concubinato; por el parentesco de consanguinidad, adopción o afinidad, que habiten bajo el mismo techo. Cada vez que toca alguna Institución de Derecho Familiar, nos dice lo que es en el Derecho y por supuesto su regulación correspondiente, es muy clara su explicación y es evidente el toque humano que tiene, por todo esto es necesario conocer la organización de esta codificación, cuya estructura es de admirarse, estaba organizada de la siguiente manera:

### EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

#### Capítulo Primero

### DISPOSICIONES GENERALES

#### Capítulo Segundo

### DE LOS ESPONSALES

#### Capítulo Tercero

### DEL MATRIMONIO

#### Capítulo Cuarto

### DE LAS FORMALIDADES PARA CONTRAER MATRIMONIO

#### Capítulo Quinto

### DE LOS REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO

#### Capítulo Sexto

### DE LOS IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO

#### Capítulo Séptimo

DE LOS DEBERES Y DERECHOS DE LOS CONYUGES

Capítulo Octavo

DE LOS REGIMENES MATRIMONIALES

Capítulo Noveno

DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Capítulo Décimo

DE LA SEPARACIÓN DE BIENES Y DEL MIXTO

Capítulo Décimo Primero

DEL NOMBRE DE LA MUJER CASADA

Capítulo Décimo Segundo

DE LAS NULDADES DEL MATRIMONIO

Capítulo Décimo Tercero

DEL DIVORCIO

Capítulo Décimo Cuarto

DE LOS ALIMENTOS

Capítulo Décimo Quinto

DEL ESTADO FAMILIAR

Capítulo Décimo Sexto

DEL NOMBRE DE LA MUJER SOLTERA, VIUDA Y DIVORCIADA

Capítulo Décimo Séptimo

DEL CONCUBINATO

Capítulo Décimo Octavo

DEL PARENTESCO

Capítulo Décimo Noveno

DE LA FILIACIÓN

Capítulo Vigésimo

DE LOS HIJOS

Capítulo Vigésimo Primero

DE LA ADOPCIÓN

Capítulo Vigésimo Segundo

DE LA PATRIA POTESTAD

Capítulo Vigésimo Tercero

DE LA TUTELA

Capítulo Vigésimo Cuarto

DE LA EMANCIPACIÓN Y LA MAYORÍA DE EDAD

Capítulo Vigésimo Quinto



DE LOS CONSEJOS DE FAMILIA

Capítulo Vigésimo Sexto

DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA FAMILIA

Capítulo Vigésimo Séptimo

DE LA PROTECCIÓN DE LOS INVALIDOS, NIÑOS Y ANCIANOS

Capítulo Vigésimo Octavo

DEL PATRIMONIO FAMILIAR

Capítulo Vigésimo Noveno

DE LA PLANIFICACIÓN FAMILIAR Y EL CONTROL DE LA FECUNDACIÓN

Capítulo Trigésimo

DEL REGISTRO DEL ESTADO FAMILIAR

Disposiciones Generales

De las Actas de Nacimiento

De las Actas de Reconocimiento de Hijos

De las Actas de Adopción

De las Actas de Tutela

De las Actas de Emancipación

De las Actas de Matrimonio

De las Actas de Divorcio

De las Actas de Defunción

De la Nulificación, Reposición, Convalidación, Rectificación y Testadura de las Actas del Registro del Estado Familiar

De las Correcciones Administrativas de las Actas

ARTÍCULO TRANSITORIOS<sup>184</sup>

Como se puede observar este Código gozaba de una muy buena estructura, a pesar de ello, mediante el decreto número 157 de fecha 14 de noviembre de 1986 fue reformado y posteriormente en el artículo 2 transitorio del decreto número 350 publicado el 9 de abril de 2007, que contiene la Ley para la Familia del Estado de Hidalgo fue abrogado dicho Código Familiar, lo cual consideramos como un retroceso en el Derecho Familiar de aquella entidad. La “nueva” organización de esta codificación dista mucho de ser

---

<sup>184</sup> Güitrón Fuentesvilla, Julián, *Legislación Familiar del Estado de Hidalgo*, *op. cit.*, p. 94.

precisamente novedosa puesto que prácticamente tiene la misma organización que el Código original, evidentemente cuestiones como los sponsales, y algunas disposiciones particulares, han sido derogadas, esto se debe a la evolución propia de la regulación familiar. Encontramos en las disposiciones generales de esta ley, prácticamente el mismo espíritu de la codificación de 1983, ya que se define a la familia de forma idéntica, así como la importancia que esta tiene en el Estado. Podemos afirmar que aunque se haya cambiado el título de este conjunto de disposiciones jurídicas, sigue teniendo el mismo fin, el cual es el regular y proteger a la familia, por ende resaltamos la importancia de este Código Familiar cuyo antecedente es clave para las futuras legislaciones familiares, asimismo, exhortamos a las Entidades que aún no tienen esta clase de Código a poner en marcha el estudio e investigación correspondiente para que existan más codificaciones específicas para la familia.

#### B) Código Familiar de Zacatecas de 1986.

Tan solo tres años después de la publicación del primer Código Familiar en nuestro país, a través del decreto 237, se publica el 10 de mayo de 1986 el Código Familiar del Estado de Zacatecas, el cual entró en vigencia el 10 de julio del mismo año. Esta codificación tiene algunas características que es conveniente mencionar, tenemos que el considerando del decreto 237 se menciona que el Derecho de Familia es el conjunto de normas que tiene por objeto estructurar la organización, funcionamiento y disolución de esa sociedad primera, y que su regulación ha estado tradicionalmente contenida en los códigos civiles, pero a través de la fundamentación científica se ha logrado considerar como un Derecho autónomo de familia. En primer lugar, basta con leer las primeras líneas de este considerando para darnos cuenta

que, si bien es cierto, se le está dando una autonomía legislativa al Derecho Familiar, precisamente se le sigue otorgando una denominación sociológica más que jurídica, nos referimos al término “Derecho de Familia” que es empleado en esta codificación, esto se refiere a que el concepto que se tiene de familia es puramente sociológico, cuestión que no nos parece mal, pero sí que consideramos que para darle una verdadera autonomía a esta rama del Derecho, tenemos que usar el término adecuado, el cual es Derecho Familiar. En ese orden de ideas, justifica tal autonomía con ciertos criterios, de los cuales lamentablemente no toma en cuenta los criterios didáctico y procesal, a pesar de ello, en general se tiene la clara idea de que estamos hablando de una rama autónoma del Derecho Civil.

Señalaremos generalmente la estructura de este Código para conocer como está actualmente regulada la familia en este Estado, esta legislación consta de 743 artículos, dividido en dos Libros, donde el primero de ellos comprende cinco Títulos, y el segundo incluye nueve Títulos, comenzando por las “Disposiciones generales” donde se dice que las normas de Derecho de Familia son de orden social y tutelares de todos los integrantes de la familia, nótese que no utiliza el término orden público, hasta el tercer párrafo del artículo 1, se reconoce a la familia como base en la integración de la sociedad y del Estado, considera a la familia como una Institución político-social. Continúa con todo lo relativo al Registro Civil y lo concerniente a las actas de nacimiento, reconocimiento, adopción, tutela y emancipación, matrimonio, divorcio y defunción. En cuanto al matrimonio lo considera como un acto solemne que debe de celebrarse ante el oficial del Registro Civil y con las formalidades que establece esta Ley, hemos de destacar que esta legislación aclara que el matrimonio es la unión jurídica de un hombre y una mujer, por lo tanto, no permite la unión de personas del mismo sexo, al menos en el texto literal de la Ley. Reconoce los regímenes patrimoniales como lo son la sociedad conyugal, separación de bienes o régimen mixto. Admite dos formas de divorcio, por mutuo consentimiento (voluntario) y por algunas de las causas señaladas en la Ley (necesario). Considera al concubinato como un matrimonio de hecho, cuestión que nos parece

interesante debido a que la naturaleza jurídica del concubinato es un hecho jurídico, por lo cual, consideramos que la denominación que esta codificación le da a tal hecho es porque genera en su mayoría muchas de las consecuencias jurídicas que derivan del matrimonio.

En cuanto a los alimentos debemos de mencionar que se ven reforzados con toda la Legislación Internacional al respecto, ya que algo tan delicado, no puede estar mal regulado. Posteriormente, regula cuestiones como la violencia familiar, paternidad y filiación, presunción de paternidad, filiación de los hijos, reconocimiento de hijos, asimismo se tiene derogada toda disposición en cuanto a la legitimación. Enseguida se regula todo lo relativo a la adopción, es interesante en este punto, ya que se tiene que conocer el aparato internacional por parte del juez, así como la legislación internacional al respecto, para propiciar que la adopción internacional llegue a buen término. Continúa con la regulación de la patria potestad, tutela, curatela, de las declaraciones de ausencia para lo relativo a los bienes y demás consecuencias jurídicas.

El patrimonio familiar está regulado de una manera similar a la del Distrito Federal, los bienes afectados al patrimonio familiar son inalienables, inembargables e imprescriptibles, en cuanto al valor máximo de los bienes que integran el patrimonio familiar, esta legislación dispone que serán sesenta mil cuotas de salario mínimo vigente en la entidad, por lo tanto, con la mencionada homologación del salario mínimo de \$73.04, el valor máximo sería de \$4,382,400.00, casi el doble del máximo que se permite en el Distrito Federal. Los consejos de familia como ya su antecesor lo disponía, actuarán como auxiliares de la administración de la justicia, cuya competencia es sólo familiar. El último capítulo que se denomina "De La Planificación y Control de la Natalidad", nos parece fundamental pues como ya lo habíamos indicado, ayuda al cumplimiento del párrafo segundo del artículo 4 Constitucional. En general esta codificación goza de una buena estructura y regulación, simplemente se tiene que estar actualizando a los problemas constantes que se encuentra la familia.

### C) Código Familiar del Estado de Michoacán de 2004.

Este Código fue publicado en el Periódico Oficial del Estado de Michoacán, mediante decreto, el 22 de septiembre de 2004, cuyo nombre oficial es Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo, está compuesto de 1092 artículos divididos en dos Libros, donde el primero se denomina “Del Derecho de Familia” y consta de doce Títulos, mientras que el segundo se llama “Del Procedimiento Familiar” y contiene once Títulos. El primer Título del Libro primero nos menciona el concepto de familia, mencionando que la familia es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico del concubinato; por el parentesco por consanguinidad, adopción o afinidad, asimismo destaca que las normas de Derecho Familiar son de orden público e interés social, aunque menciona el término “Derecho de Familia”, posteriormente se dedica a regular todo lo referente al Registro Civil. En cuanto al matrimonio lo define como la unión legítima de un hombre y una mujer para procurar su ayuda mutua, guardarse fidelidad, perpetuar la especie y crear entre ellos una comunidad de vida permanente, enseguida regula los regímenes patrimoniales del matrimonio, entonces menciona lo concerniente al divorcio, aceptando dos clases de divorcio, el voluntario y el necesario. Por lo que se refiere a la violencia familiar, destaca que los integrantes de la familia tienen derecho a que entre sus miembros respeten su integridad física, psicoemocional, sexual y económica, con el objeto de contribuir a su desarrollo y, plena incorporación y participación en el núcleo social, considerando de interés público la asistencia médica y psicológica, por lo tanto, el Estado tendrá la obligación de prestarla a través de dependencias públicas o a través de convenio con Instituciones privadas. Reconoce el parentesco por consanguinidad, afinidad y civil. Cuando se llega a la regulación de la adopción, este Estado de la República tiene una peculiaridad pues todos los artículos que se refieren a esta cuestión, están derogados, debido a que se cuenta con una Ley de Adopción, la cual se

publicó el 1 de julio de 2013, cuenta con 57 artículos divididos en doce capítulos, hemos de destacar que menciona que serán principios rectores en el cumplimiento, interpretación y aplicación de la ley, los contemplados en la Constitución y en los tratados internacionales en la materia, lo cual nos parece muy bueno, debido a que está tomando con gran importancia a los Instrumentos Internacionales, así mismo cuando toca el tema de la adopción internacional asimismo dispone que estará sujeta a los Tratados Internacionales celebrados y ratificados por el Estado Mexicano, logrando así una armonización entre la legislación local e internacional.

El Código Familiar sigue con las disposiciones relativas a la patria potestad y sus efectos, luego dispone lo relativo a la custodia de los hijos y la convivencia con los mismos y por último de la restitución de menores. La regulación de los alimentos la encontramos en el Título XIII, donde se destacan las características de dicho deber, posteriormente regula la figura de la tutela, curatela, las cuestiones sobre los ausente e ignorados. El patrimonio familiar tendrá un valor máximo de aproximadamente \$1, 199,682.00 que resulta de multiplicar por 45 el salario mínimo vigente en el Estado y dicho resultado multiplicarlo por los días del año.

El Libro segundo contiene todo lo relativo al procedimiento familiar, cuestión que es de llamar la atención ya que las cuestiones procesales deben de ser separadas propiamente de la regulación de las Instituciones de cualquier rama del Derecho, esto se debe a que son diferentes principios por los cuales se rige el proceso, así que debemos de decir que es conveniente, tener por separado todo este Libro, para formar un Código de Procedimientos Familiares, también por supuesto para obtener una estructura organizada de la Legislación Local. Salvo este aspecto, dicho ordenamiento es de destacar, sobre todo en el asunto de la adopción, que es compatible con la Legislación Internacional, consideramos que el legislador de este Estado quiso regular de una manera más detallada la figura de la Adopción, es por ello que elaboro dicha Ley, no obstante consideramos que esos 57 artículos pudieron ser incluidos en el Código Familiar, para lograr una mayor unificación.

#### D) Código Familiar del Estado de Morelos de 2006.

Esta Codificación fue aprobada el 13 de julio de 2006, bajo el nombre de Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, su promulgación ocurrió el 4 de septiembre y su publicación el 6 de septiembre de 2006, así mismo entró en vigor el 1 de octubre del mismo año. Consta de 895 artículos y tiene una estructura peculiar puesto que contiene siete Libros, que se denominan de la siguiente manera: 1. “De las personas”, 2. “Del derecho de familia”, 3. “Del concubinato, del matrimonio y su disolución”, 4. “De las relaciones paterno filiales”, 5. “De las declaraciones y efectos de interdicción, ausencia y presunción de muerte”, 6. “Del Registro Civil”, y 7. “De las sucesiones”. En el primer Libro contiene un Título único dedicado a las personas jurídicas, donde regula su domicilio, nombre, nacionalidad, patrimonio y estado civil, respecto a este apartado tenemos que mencionar que nos parece algo extraño, ya que estas cuestiones son propias del Código Civil, a pesar de ello consideramos que el legislador quiso dejar en primer lugar conceptos jurídicos base, para después ahora sí, entrar en la regulación de las Instituciones de Derecho Familiar. En el Libro segundo, en su artículo 20 se refiere a la Naturaleza Jurídica del Derecho Familiar mencionando que las normas del Derecho Familiar son de orden público e interés social, cabe destacar que este artículo fue reformado el 11 de diciembre de 2008, ya que antes se mencionaba que las normas eran de carácter social y tutelares substancialmente de la mujer, del hombre, de los menores, de los mayores discapacitados y de los adultos mayores. Como podemos observar esta legislación va más acorde a lo que desde nuestro punto de vista es el término correcto para el Derecho Familiar, se le quita la denominación social a la regulación jurídica de la familia, aunque encontramos que al referirse a la Naturaleza Jurídica propiamente del Derecho Familiar, tuvo que mencionar que es un tercer género, ya que realmente se refiere al principio de orden público e interés social de las normas de derecho familiar, más que a la naturaleza jurídica de este. En el

mismo Libro continúa con la regulación del parentesco, alimentos, emancipación, mayoría de edad y del registro de deudores alimentarios morosos, donde desde nuestro punto de vista se debe de procurar a través de este registro el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y no solo lograr una exhibición social de los morosos. El Libro tercero regula al concubinato que lo define como la unión de hecho de un hombre y una mujer, cuya duración debe ser de manera ininterrumpida durante cinco años o han cohabitado y procreado un hijo o más en común. Algo parecido ocurre con el matrimonio ya que lo define como la unión voluntaria y libre de un hombre y una mujer, es decir, no acepta la unión de personas del mismo sexo, además reconoce los regímenes de sociedad conyugal o de separación de bienes así como las capitulaciones matrimoniales. El patrimonio familiar tendrá un valor máximo de: \$1, 241,680.00 que resulta de multiplicar por 17,000 el importe del salario mínimo general vigente en el Estado. En cuanto al divorcio, este disolverá el vínculo matrimonial y podrá ser a petición de uno o de ambos cónyuges, fundada en disposición legal, es decir se regula el divorcio por mutuo consentimiento y el divorcio necesario. El Libro cuarto establece una serie de disposiciones que nos parecen importantes ya que menciona que los derechos y deberes de los padres para con los hijos serán, la creación de un ambiente familiar y social para su desarrollo espiritual y físico, así mismo dotarle de una buena educación, alimentos, y lograr propiciar un familia estable y solidaria, además, regula lo concerniente a la paternidad y la maternidad, patria potestad, tutela, curatela, así como la adopción donde se deberán de reunir requisitos específicos, es aquí donde volvemos a encontrar el principio del interés superior del menor, logrando que la adopción sea benéfica para el adoptante y el adoptado, la figura de la adopción internacional está presente en esta codificación, donde el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia en el Estado de Morelos tendrá un carácter muy importante, ya que será la responsable en conjunto con otras autoridades, para darle seguimiento a esta adopción, indudablemente se tendrá que conocer la Legislación Internacional.



El Libro quinto dispone lo relativo al estado de interdicción, es decir, a la nulidad de los actos administrativos ejecutados y los contratos celebrados por incapaces y menores emancipados, además de las medidas provisionales en caso de ausencia y de muerte así como sus consecuencias que de ella derivan. El Libro sexto es dedicado a las funciones específicas del Registro Civil, resaltando que es esta Institución la que tendrá a su cargo el Registro de Deudores Alimentarios Morosos del Estado de Morelos, así como las actas de nacimiento, de admisión y reconocimiento, matrimonio, divorcio, defunción, inscripción en actas sobre ejecutorias que declaren la adopción y tutela, etc.,

En cuanto al Libro séptimo de este ordenamiento, consideramos que no es parte del Derecho Familiar, por lo tanto incluir a las sucesiones no es correcto, tal vez el legislador en su afán de realizar un Código Familiar completo, intentó de alguna manera complementarlo con esta regulación, a pesar de ello juzgamos que no fue adecuada su inclusión a pesar de que la relación entre las sucesiones y Derecho Familiar es muy importante. Con todo esto en mente, debemos de resaltar que este Código contiene muchas disposiciones donde es notable el lado humano, pues su redacción nos deja observar lo verdaderamente importante de esta legislación, es decir, la protección familiar.

#### E) Código Familiar del Estado de San Luis Potosí de 2008.

Este Código fue aprobado el 12 de diciembre de 2008, mientras que su promulgación y publicación ocurrieron el 18 de diciembre del mismo año, contiene 554 artículos repartidos en once Títulos. En las disposiciones generales de este ordenamiento se destaca que las normas del Derecho Familiar son de orden público, interés social y observancia general,

asimismo se sustentan en los principios de equidad, solidaridad doméstica, respeto mutuo e interés superior de la o el menor. Define a la familia como la unión permanente de personas unidas por matrimonio o concubinato, y por el parentesco de consanguinidad, afinidad o civil, sustentada en principios y valores orientados al desarrollo pleno de cada uno de sus integrantes.

En cuanto al matrimonio, menciona que es la unión legal entre un hombre y una mujer, asimismo alude a los requisitos para contraerlo, se reconocen dos regímenes matrimoniales, los cuales son la sociedad conyugal y la separación de bienes, destacando que considera al menos en este aspecto al matrimonio como un contrato, lo cual es disimulado cuando se mencionan los elementos esenciales de este, pues se indica que uno de ellos es la posibilidad del objeto física y jurídicamente, a lo cual nos preguntamos, si es cierta la idea de considerar al matrimonio como un contrato, el objeto debe ser posible física, jurídica y también comercialmente, por lo tanto, concluimos que el sentido contractual que se le da al matrimonio en este Código es incorrecto ya que la naturaleza jurídica del matrimonio es un acto jurídico solemne.

La regulación que recibe el concubinato es peculiar, ya que menciona que para que exista jurídicamente es necesaria que la manifestación de voluntad se prolongue de manera pública y permanente, durante tres años ininterrumpidos o durante dos años si la unión se produjo por medio de rito indígena o religioso de carácter público, consideramos que esto se debe a que en este Estado hay muchas comunidades indígenas, que buscan ser protegidas mediante disposiciones de este estilo, sobre todo para evitar conflictos entre sus costumbres y la regulación jurídica.

Por otra parte, el valor máximo que podrán tener los bienes que conformen el patrimonio familiar será de aproximadamente \$3, 998, 940.00 que resulta de multiplicar el importe de 150 días de salario mínimo vigente en el Estado, por trescientos sesenta y cinco días. Continúa con la regulación del parentesco, alimentos, paternidad y filiación, legitimación, entre otras, cuando se llega a la Adopción Internacional es de destacar que nos hace mención a la Convención Internacional de La Haya, precisamente para

aquellos matrimonios que pretendan adoptar, en este momento encontramos una peculiaridad, debido a que esta legislación hace hincapié en que estos matrimonios deben de ser personas de distinto sexo, además de registrarse por los Tratados Internacionales sobre la materia. Posteriormente regula la patria potestad, tutela, curatela y por último la rectificación de las Actas del Registro Civil.

#### F) Código Familiar del Estado de Sonora de 2009

Este Código tiene un origen singular, puesto que el 09 de abril de 2007, se presenta ante el pleno del Congreso de Sonora el escrito del C. Oscar Fernando Serrato Félix, el cual es turnado a la Primera Comisión de Desarrollo Social de la Legislatura correspondiente del Estado de Sonora, sin embargo, es aprobada hasta el 3 de septiembre de 2009 y publicada el 15 de octubre del mismo año. En dicho ordenamiento jurídico se establecía en su artículo Primero Transitorio, su entrada en vigor 365 días después de su publicación en el Boletín Oficial del Gobierno del Estado de Sonora, lo cual suponía que su vigencia entraría el 15 de octubre de 2010. No obstante, se postergo en primer lugar hasta el 01 de enero de 2011, pese a ello se pospuso nuevamente hasta el 02 de marzo de 2011, por motivos de revisión y consulta, y es hasta el 01 de abril de 2011 cuando entra en vigor.

Independientemente de su proceso legislativo, hemos de mencionar su estructura, ya que consta de 559 artículos distribuidos en tres Libros, donde el primero de ellos contiene seis Títulos, mientras que el segundo Libro incluye siete Títulos y el tercer Libro tan sólo con dos. El nombre oficial de esta disposición es Código de Familia para el Estado de Sonora, donde desde nuestro punto de vista no es el título correcto por las razones antes expuestas. El Título primero del Libro primero se denomina “De la Familia y

del Estado Civil”, donde menciona que las disposiciones del Derecho de Familia son de carácter público y de interés social, cuestión que salta a nuestra vista, ya que encontramos nuevamente ese carácter sociológico que se le da a la familia, aspecto que como hemos dicho no es erróneo, simplemente aludimos al uso de la expresión jurídica que estimamos idónea.

Define al matrimonio como la unión legítima de un hombre y una mujer, con el propósito expreso de integrar una familia, el respeto recíproco y la protección mutua, así como la eventual perpetuación de la especie. Encontramos que se expresa de una manera adecuada la naturaleza jurídica del matrimonio, nos dice que es un acto solemne que debe celebrarse ante el Oficial del Registro Civil, esta cuestión parecería irrelevante, pero realmente es la más importante, debido a que más allá de la definición propia de la Institución del matrimonio, nos dice lo que es en el Derecho y por lo tanto, nos ofrece un punto de vista completo. Reconoce dos regímenes patrimoniales del matrimonio, la sociedad conyugal y la separación de bienes.

En cuanto a la regulación del divorcio, nos encontramos con una peculiaridad, este Código regula la separación de cuerpos, la cual podrá ser “convertida” en divorcio cuando hayan transcurrido dos años desde que se suspendió la cohabitación, además regula el divorcio voluntario que sólo podrá solicitarse después de transcurrido un año de matrimonio, en cuanto al divorcio necesario solo procede en caso de enfermedad, por causales objetivas y por culpa, al respecto debemos mencionar que la técnica jurídica que uso el legislador, no fue la correcta ya que desde nuestro punto de vista, se pudo estructurar de manera diferente la regulación del divorcio necesario.

Por otra parte, respecto del concubinato menciona que para que nazca jurídicamente esta figura se requiere de tres años ininterrumpidos de cohabitación o desde el nacimiento del primer hijo.

La adopción en este Código puede ser plena o simple, cuestión que nos parece incorrecta ya que en la actualidad para que se lleve a cabo una adopción se tienen que reunir muchos requisitos, además no debemos de

olvidarnos que los Tratados Internacionales protegen esta figura jurídica, por lo tanto, el clasificar a la adopción resulta errónea ya que no se puede adoptar a alguien a medias, es decir se tienen que producir todos los efectos jurídicos que de ella deriven para la protección y seguridad del adoptado. En cuanto a la Adopción Internacional resulta llamativo que nos hace mención a diferentes Instrumentos Internacionales que según la redacción se regirá esta, nos obstante tenemos que recordarle al legislador, que a pesar de que nos delimite con algunos de los Tratados en la materia, cualquier Tratado Internacional que haya sido celebrado y ratificado por nuestro país, nos podrá ayudar en la argumentación jurídica de cualquier caso, lo que queremos dar a entender es que en la actualidad hablando de la Legislación Internacional, no se puede ser restrictivo sino más bien armonizador.

Enseguida regula la tutela, curatela y alimentos, donde se destacan las consecuencias jurídicas de estas figuras, en cuanto al patrimonio familiar tenemos una organización diferente hasta las ahora mencionadas, puesto que en esta codificación no se menciona un valor máximo del patrimonio familiar, sino un valor máximo por cada bien que lo integra, es decir, que el mobiliario y equipo de la vivienda familiar debe tener un valor máximo será de 3,000 salarios mínimos diarios en la capital del Estado, lo que nos da un aproximado de \$ 219,120.00, o en el caso de los animales destinados a la explotación doméstica, no excederán el valor de \$ 140, 200.00, lo que quiere decir que los animales serán objeto del patrimonio de familia, además de la casa que este destinada a la habitación de la familia sin importar su valor, lo mismo sucede si existiera una parcela cultivable, o los libros y el equipo para ejercer la profesión u oficio. Al menos en el articulado no nos ofrece una cantidad máxima de bienes que podrán ser objeto del patrimonio familiar, lo cual produce infinidad de supuestos jurídicos, que a nuestro entender debieron ser regulados en el mismo Código. Como podemos observar, este Código tiene muchas peculiaridades que habría que analizar con mayor profundidad para conocer los alcances jurídicos de estas, sin embargo esta Codificación Familiar a pesar de todo esto, ofrece un instrumento base para la protección familiar.

## G) Código Familiar del Estado de Yucatán de 2012.

Este Código fue publicado el 30 de abril de 2012, y entró en vigor a los 180 días hábiles siguientes a esta fecha, está integrado por 921 artículos y contiene dos Libros, denominados de la siguiente manera: 1. “Familia”, y contiene 14 Títulos, 2. “Sucesiones” y contiene 5 Títulos. Su nombre oficial es Código de Familia para el Estado de Yucatán, en su primer Título resalta que las disposiciones del Derecho de Familia contenidas en el Código, son de orden público, de interés social y nos ofrece una serie de objetos como lo son la protección, organización y desarrollo de la familia, entre otras. En cuanto a los alimentos este código enfatiza la preferencia del acreedor alimentario respecto de otro tipo de acreedores, precisamente para la protección de este aspecto indispensable. Define al matrimonio como una institución por medio de la cual se establece la unión voluntaria y jurídica de un hombre y una mujer, con igualdad de derechos, deberes y obligaciones, con la posibilidad de generar la reproducción humana de manera libre, responsable e informada. En cuanto a esta Institución de Derecho Familiar, tenemos que mencionar que específicamente en este Estado, ocurrió un suceso que sin duda alguna puso en ciertos aprietos a esa Entidad, ya que dos personas del sexo masculino acudieron a las oficinas del Registro Civil el día 26 de abril de 2013, para realizar una solicitud formal de matrimonio, reuniendo todos los requisitos que menciona el presente Código, y como podemos observar, la redacción del artículo 49 no permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, por lo cual las autoridades de la Institución del Registro Civil negaron tal solicitud. No obstante los solicitantes interpusieron un amparo (497/2013-I) donde manifestaban que se les aplicara el principio “*pro-persona*” contenido en el párrafo segundo del artículo 1ro Constitucional, el cual fue resuelto de manera favorable por el Juzgado Tercero de Distrito con sede en Mérida, el día 1 de julio de 2013. Con todo esto podemos decir que los principios están siendo mal entendidos, pues cómo lo habíamos dicho, el principio “*pro-persona*” no es

un súper principio y en este caso lo que se aplicó verdaderamente fue Derechos Humanos, este es un ejemplo de que la legislación local tiene que ser armonizada con la Legislación Internacional específicamente la relativa a Derechos Humanos. A pesar de este antecedente, el artículo 49 no ha sido modificado, por lo tanto el amparo en este caso es la vía legal oportuna.

El patrimonio familiar es regulado de manera similar que en el Estado de Sonora puesto que son objeto de patrimonio familiar la casa habitación, parcela, libros y equipo para ejercer la profesión, muebles y enseres de uso familiar, y maquinaria e instrumentos necesarios para el cultivo de la parcela. En este caso los animales domésticos no podrán ser objeto de tal constitución, no fija un valor máximo de bienes, solo menciona que los muebles y enseres de uso familiar no podrán exceder de dos mil salarios mínimos vigentes en el Estado. Enseguida encontramos una falla en la estructura de este ordenamiento ya que después del patrimonio familiar, regula la terminación del matrimonio y el divorcio, cuestión que nos parece extraña y poco coherente. Respecto del divorcio, menciona que este podrá ser voluntario o sin causales, donde este último sin duda alguna ha causado mucha controversia, en primer lugar es un atentado contra la familia, ya que la autonomía de la voluntad no debe estar presente en el Derecho Familiar, no obstante lo complicado y desgastante que es obtener un divorcio, supone que esta medida facilite dicha dificultad, pero no se está pensando en la estabilidad y desarrollo de la familia, no importando que se dicten medidas provisionales para la protección de todos los miembros de la familia, realmente un Código Familiar buscar además de regular las relaciones familiares, la estabilidad de esta, por lo cual consideramos que el divorcio sin causales como lo denomina este Código, no resulta benéfico para la familia, resulta inconcebible la idea de que para que se celebre el matrimonio se requiera de dos voluntades que sumadas dan el consentimiento y que para su terminación se requiera sólo de una voluntad. En cuanto a la adopción, nos dice que puede ser simple o plena, en el caso de la adopción internacional de igual manera que en el caso de Sonora, nos menciona algunos Instrumentos Internacionales que complementarán a esta figura.

Es de resaltar que en el último título del Libro primero, se intenta proteger de una manera más eficiente a la familia, debido a que menciona las medidas contra la violencia familiar, donde dispone que para ello contarán con la asistencia y protección de las Instituciones públicas y privadas, que tienen a su cargo el combate y la prevención de conductas que propicien la violencia familiar. Respecto del Libro segundo dedicado a las sucesiones como lo hemos dicho anteriormente, no consideramos que este apartado deba estar incluido en un Código Familiar. Este Código sin duda alguna es perfectible, dada las peculiaridades que hemos identificado, no obstante resaltamos la existencia de este ordenamiento.

#### H) Código Familiar del Estado de Sinaloa de 2013

Este ordenamiento se publicó el día 06 de febrero de 2013 a través del decreto 742 y entró en vigor 30 días hábiles después de esta fecha. Contiene 1197 artículos y está dividido en tres Libros organizados de la siguiente manera: Libro primero: “De las personas físicas y Familia” contiene 13 Títulos, Libro segundo: “De los bienes de la Familia y Sucesiones” lo integran 6 Títulos y Libro tercero: “Del Registro Civil” y contiene 3 Títulos.

Como podemos observar esta codificación tiene una estructura peculiar, ya que al igual que otros ordenamientos, desde nuestro punto de vista mezcla cuestiones que si bien es cierto no son ajenas al Derecho Familiar, sí que no son Instituciones propias de esta rama del derecho, por lo cual consideramos que incluir cuestiones relativas a las personas físicas y sucesiones es una imprecisión en la técnica legislativa. En las disposiciones preliminares, este ordenamiento nos menciona que las disposiciones del Derecho de Familia son de orden público, de observancia obligatoria y de interés social, como lo hemos dicho reiteradamente, el término jurídico



correcto es Derecho Familiar, de la misma manera cuando nos dice que serán de observancia obligatoria, tan sólo basta con recordar que en el Derecho Familiar hay más deberes que cumplir, que derechos que exigir, por lo tanto, se puede omitir este asunto, ya que en el Derecho Familiar, las obligaciones y deberes no son renunciables. Como habíamos indicado, este ordenamiento presumiría el hecho de que se regularían exclusivamente las cuestiones familiares, por lo tanto mezclar cuestiones relativas a las personas físicas en este Código resulta inadecuado. Es hasta el Título segundo del Libro primero cuando encontramos las disposiciones relativas al matrimonio, definiéndolo como una Institución por medio de la cual se establece la unión voluntaria y jurídica de un hombre y una mujer, con igualdad de derechos, deberes y obligaciones, con la posibilidad de generar la reproducción humana de manera libre, responsable e informada. Al respecto tenemos que decir que puede ocurrir algo similar a lo mencionado en el caso de Yucatán, por lo cual nos tenemos que preguntar, si realmente estás “definiciones” o “conceptualizaciones” específicamente del matrimonio, son aplicadas eficazmente, o estamos ante una situación que amerite una armonización general, es decir, que se admitan los matrimonios entre personas del mismo sexo en todo el país, independientemente de la postura jurídica que tengamos al respecto. Respecto del concubinato, este Código ofrece la posibilidad de registrar este hecho jurídico, que tendrá efectos de matrimonio y sus consecuencias jurídicas, salta a nuestra vista que el regular el concubinato surge para darle seguridad jurídica a los miembros de este, pero hay algo que no se puede negar, aquellas personas que viven en concubinato es porque no se quieren casar o no quieren las consecuencias jurídicas que derivan de este, luego entonces resulta extraño que se registre el concubinato, si la misma disposición nos dice que aunque no se registre aquel, producirá los mismo derechos y obligaciones personas y patrimoniales del matrimonio. De igual forma que en Yucatán, se regula el divorcio incausado, del cual hemos expresado nuestra opinión. Encontramos una disposición relativa a la reproducción humana asistida y la gestación subrogada, donde el artículo 283 dispone que la maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el

producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por un mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento. Además nos ofrece las características de la madre subrogada gestante, ya que sólo podrán serlo las mujeres entre veinticinco y treinta y cinco años de edad que tienen, al menos, un hijo consanguíneo sano, una buena salud psicosomática y que han dado su consentimiento voluntario para prestar su vientre. Como podemos observar, estamos ante una figura jurídica que ha generado mucha incertidumbre, ya que en realidad lo que se está generando es comercio alrededor de la tan mencionada “renta de vientres”, al respecto tenemos que decir que esta figura jurídica genera más problemas que soluciones, si bien es cierto ofrece una alternativa para aquellas parejas que no pueden tener hijos, no se ponen a pensar en las consecuencias jurídicas de tal acto, ya que prácticamente se estaría contratando a una mujer para que rente su vientre, y que después de la gestación y el parto entregue al hijo a la pareja o persona contratante. La magnitud de las líneas anteriores, es alarmante ya que se trata de una vida humana que está siendo comercializada, en tal caso existe la adopción que es desde nuestro punto de vista la manera adecuada de tener descendencia cuando no se consiguió por cualquier método de reproducción asistida.

Consideramos que la maternidad subrogada en primer lugar, no debería ser denominada como “subrogada” ya que la figura jurídica de la subrogación es una forma de transmisión de las obligaciones, por lo tanto la denominación correcta sería “maternidad sustituta”, además se estaría poniendo en tela de juicio al principio de *“Mater semper certa est”*, a pesar de ello debemos aceptar que esta “figura jurídica” es una realidad en algunos Estados de la República Mexicana, por lo cual debe ser revisada con mayor profundidad y ser regulada de tal manera que no se realice arbitrariamente, por ejemplo, en el Estado de Tabasco es muy común esta práctica, donde incluso parejas extranjeras han venido a nuestro país exclusivamente para rentar un vientre, el Estado de San Luis Potosí prohíbe expresamente esta práctica y en el

caso de la Ciudad de México fue aprobada en noviembre de 2010 la Ley de Maternidad Subrogada pero no ha sido publicada en la Gaceta Oficial por lo cual no tiene vigencia. Esta “nueva” figura jurídica, se ha convertido en un negocio, es por ello que más que beneficiar, perjudica a la familia, sin embargo si ya es un hecho en algunos Estados, es importantísimo que se corrijan los errores al respecto y aún más, debemos preguntarnos si esta figura ¿transgredirá el principio del Interés Superior del Menor?

Por otra parte, este ordenamiento regula la Custodia Familiar Preadoptiva, como una especie de simulacro ante la eventual adopción, debido a que le serviría al adoptante y al adoptado para convivir de una manera más cercana. En cuanto al patrimonio familiar nos ofrece una regulación bastante amplia, donde dispone que el valor máximo del patrimonio resulta de multiplicar el factor cuarenta y un mil por el salario mínimo vigente lo que nos da un aproximado de \$2, 994,640.00.

Enseguida el presente ordenamiento regula las sucesiones, para después entrar en el Libro tercero, el cual organiza al Registro Civil. No cabe duda que es un ordenamiento muy extenso, que a pesar de lo que hemos dicho sobre su estructura ofrece muchas herramientas para la protección familiar, pero al igual que los demás Códigos, es perfectible.

## II. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Una vez que hemos hecho referencia de manera general a la estructura interna del Derecho Familiar en México, es tiempo de analizar la parte Internacional que involucra directamente a esta rama del Derecho, para esto debemos de conocer el fundamento Constitucional y posteriormente los mecanismos internacionales. El artículo 1ro Constitucional es clave para el

estudio de estos Instrumentos Internacionales, ya que es el fundamento jurídico para la aplicación de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos o de aquellos que contengan alguno de estos.

Empezaremos por mencionar que sólo serán reconocidos aquellos Derechos Humanos contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y por los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. En este punto hay una cuestión que debe ser aclarada, en primer lugar, la base Constitucional de los Tratados Internacionales a la par del artículo 1 Constitucional se encuentra en una serie de disposiciones, empezando por el artículo 133 Constitucional que hasta antes de las mencionadas reformas constitucionales servía como fuente principal y tradicional para la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esto no quiere decir que en la actualidad ya no tenga importancia, simplemente que en ese entonces figuraba como única conexión, dicha disposición nos dice: *“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”*, es decir, nos plasma en primer lugar el principio de Supremacía Constitucional, sin embargo, no podemos afirmar con este artículo, que la jerarquía de los Tratados Internacionales se vea claramente reflejada, ya que como analizaremos enseguida, la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico mexicano es un tema que ha causado mucha controversia, requiriendo de una interpretación exhaustiva de nuestro máximo Tribunal. A pesar de lo anterior, hemos de mencionar que la jurisprudencia de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación estaba encaminada a reconocer este principio de Supremacía Constitucional y por ende, la jerarquía de los Tratados Internacional, sin embargo, a raíz de las reformas constitucionales en materia de Derechos Humanos de 2011, provocó que se abriera la discusión sobre la jerarquía normativa en nuestro

ordenamiento jurídico, que dicho sea de paso, siempre ha sido un pilar para el entendimiento de nuestro sistema.

Sumado a lo anterior, en el mismo artículo Constitucional encontramos que los Tratados Internacionales los celebra el titular del Poder Ejecutivo, dicha facultad la encontramos en la fracción X del artículo 89 Constitucional, además de esto, los Tratados tienen que ser ratificados por el Senado de la República, cuya facultad está plasmada en la fracción primera del artículo 76 Constitucional. De esta forma, observamos el marco general de las bases Constitucionales de estos Instrumentos Internacionales, precisamente para conocer que además de su celebración, necesitan ser ratificados por el Senado de la República, esto es importantísimo ya que mencionaremos aquellos Tratados que cumplan con estas dos características.

Ahora bien, entendemos por Tratado Internacional un Acuerdo Internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular. Dicha definición la encontramos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la cual fue aprobada y firmada por México el 23 de mayo de 1969 y ratificada por el senado el 29 de diciembre de 1972, mientras que su publicación en el D.O.F. ocurrió el 14 de febrero de 1975. De igual forma podemos decir que en un sentido amplio, un Tratado en Derecho Internacional es toda concordancia de voluntades entre dos o más sujetos de Derecho Internacional destinada a producir efectos jurídicos, es decir, crear, modificar o suprimir una relación de Derecho.<sup>185</sup>

En ese orden de ideas, los Tratados Internacionales pueden tener diferente jerarquía respecto del orden jurídico interno, es decir, que de acuerdo a cada Estado, estos Tratados tendrán diferente nivel de importancia y, por lo tanto de relevancia en la solución de algún conflicto. La jerarquía de los Tratados de manera descendente se organiza de la siguiente manera: 1. Rango

---

<sup>185</sup> Gaviria Liévano, Enrique, *Derecho Internacional Público*, 6ta ed., Colombia, TEMIS, 2005, p. 36.

Supraconstitucional (los Tratados prevalecen aún respecto de la Constitución), 2. Rango Constitucional (tienen la misma jerarquía que la Constitución), 3. Rango Supralegal (tienen primacía sobre las leyes de derecho interno pero no pueden modificar la Constitución) y 4. Rango Legal (jerarquía equivalente a las leyes internas).<sup>186</sup>

En México hasta antes de las reformas del 10 de junio de 2011, los tratados se presumía tenían un rango legal, sin embargo, a través de la tesis aislada P.LXXVII/99 se les da un rango Supralegal, puesto que se menciona que los Tratados Internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las Leyes Federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal. En la actualidad se tienen aún muchas dudas en cuanto al nivel jerárquico que tienen los Tratados Internacionales de Derecho Humanos respecto de nuestra Constitución, se han generado infinidad de foros donde se ha discutido este tema, sin duda alguna esto surge a raíz de las tan mencionadas reformas de 10 de junio de 2011, es de suma importancia destacar esto, debido a que estamos frente a una Reforma Constitucional que dio un giro de 360 grados en el estudio, enseñanza y aplicación del Derecho. Nuestro Máximo Tribunal se ha pronunciado al respecto aunque de una manera dividida ya que los votos de los ministros estaban encaminados de forma distinta, es decir, se les daba a los Tratados Internacionales un rango Supralegal o bien, un rango Constitucional.

Es hasta el día 3 de septiembre de 2013 cuando a través de la sentencia que resuelve la contradicción de tesis 293/2011 se determinó por mayoría de diez votos que los Tratados Internacionales y la Constitución conforman un parámetro de "Control de Regularidad Constitucional", cuestión que fortalecería el espíritu de las reformas al artículo 1ro Constitucional si se le hubiera dado el mismo nivel, no obstante el proyecto original presentado por el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea que proponía a grandes rasgos colocar al nivel de la Constitución a los Tratados Internacionales sin ningún

---

<sup>186</sup> Ayala Corao, Carlos M., *La Jerarquía Constitucional de los Tratados*, México, colección FUNDAp, 2003, p. 16 y sigs.

impedimento para la aplicación del principio “*pro-persona*”, fue modificado ya que se añadió una restricción que se resume de la siguiente manera: “*cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional*”, es decir, se forma una especie de “*bloque de regularidad constitucional*”, sin embargo, cuando nuestra Carta Magna exprese alguna restricción prevalecerá esta última, por lo cual se entiende que no estamos ante un problema de jerarquía, puesto que una vez que los Tratados Internacionales han sido incorporados debidamente al orden constitucional cuando se tratan de Derechos Humanos obligan a todos los jueces, por mandato de la propia Constitución a interpretarlos de manera armónica, precisamente aplicando el principio “*pro-persona*”.

Por otra parte, debemos de entender que los Tratados Internacionales relativos a Derechos Humanos por su contenido y naturaleza, no son iguales al resto de Tratados que celebra el Estado Mexicano, ya que su objeto y su fin son la protección de Derechos Humanos sin importar la Nacionalidad, es decir, los Estados que celebran y ratifican estos Tratados, asumen varias obligaciones, pero no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos que están bajo su jurisdicción, lo que quiere decir que no hay un beneficio mutuo entre Estados, sino un beneficio para sus gobernados.

Una vez que entendemos que los tratados que tienen por objeto y propósito la protección de los derechos que emanan de la dignidad de la persona humana, son Tratados relativos a los Derechos Humanos,<sup>187</sup> es momento de mencionar la evolución de los Derechos Humanos a través de instrumentos para su protección. Tenemos cuatro Instrumentos Internacionales base, para la construcción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, organizados de la siguiente manera:

1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 02 de mayo de 1948.

---

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 63 y ss.

2. Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.
3. Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales de 16 diciembre de 1966.
4. Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” de 22 de noviembre de 1969.

Esta es la estructura de los Derechos Humanos a nivel Internacional, específicamente en la mayoría de los países de América, al respecto tenemos que aclarar que el primer documento que plasma la idea de estos derechos a nivel Internacional fue la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre celebrada en Colombia, podemos resaltar que este documento fue clave en la unificación de la Organización de los Estados Americanos, ya que este texto favoreció a la universalidad de los Derechos Humanos, donde se consagran los derechos a la vida, libertad, seguridad, igualdad, no discriminación etc., aunque esta declaración no es propiamente un Tratado ya que desde el momento de su creación no fue concebida de esa manera, a pesar de ello, en la actualidad debe ser analizada como un documento que le ha dado mucho al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Los primeros dos Instrumentos mencionados son el fundamento Internacional de los Derechos Humanos a nivel mundial, aunque si bien es cierto la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, es el documento más conocido y por ende se le ha considerado como la piedra angular de todo Derecho Internacional de los Derechos Humanos (inspirada en gran medida por la declaración francesa de 1789), debemos resaltar que fue posterior a la Declaración Americana aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá.



Por otra parte, el tercer Instrumento son los Pactos de las Naciones Unidas de 1966, la adhesión por parte de nuestro país ocurrió el 23 de marzo de 1981 para los que contenían derechos económicos, sociales y culturales, mientras que para los derechos civiles y políticos ocurrió al día siguiente.

Ahora bien, la Convención Americana sobre Derechos Humanos se adoptó el 22 de noviembre de 1969, cuya fecha de entrada en vigor internacional fue el 18 de julio de 1978, en el caso de México su adhesión ocurrió el 24 de marzo de 1981 entrando en vigor el mismo día, este documento es trascendental en la protección de los Derechos Humanos en el Continente Americano.

En realidad a través de estos cuatro instrumentos podemos observar cómo fue el surgimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cuál es actualmente el mecanismo Internacional que protege los Derechos Humanos en América, y por supuesto México es parte de él (desde el año 1981). Podemos mencionar que este sistema tuvo sus antecedentes desde la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, posteriormente la Organización de los Estados Americanos crea en 1959 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual en la actualidad es un Órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos, encargado de la promoción y protección de los Derechos Humanos en el continente americano, es decir, su función es similar a la de un ombudsman a nivel internacional. A partir de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1978, realmente es donde se puede notar una organización propia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Este Sistema Interamericano tiene dos instituciones a cargo de hacer cumplir los Tratados Internacionales que contengan Derechos Humanos, asimismo, tienen competencia para conocer las violaciones a los mismos, dichas instituciones son las siguientes:

- a) Comisión Interamericana de Derechos Humanos

## b) Corte Interamericana de Derechos Humanos

En cuanto a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ya hemos hecho mención de su surgimiento, hay que destacar que es creada en 1959 y entró en funciones en 1960. Está integrada por siete miembros elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, que deberán de ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de Derechos Humanos, además esta Institución representara a todos los miembros que integran la Organización de los Estados Americanos.

En el artículo 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se hace mención a las funciones y atribuciones de la Comisión, siendo la principal, la de promover la observancia y la defensa de los Derechos Humanos, además en el artículo 18 del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se enlistan sus atribuciones respecto a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, las cuales son: a) estimular la conciencia de los Derechos Humanos en los pueblos de América; b) formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados para que adopten medidas progresivas en favor de los Derechos Humanos, dentro del marco de sus legislaciones, de sus preceptos constitucionales y de sus compromisos internacionales, y también disposiciones apropiadas para fomentar el respeto a esos derechos; c) preparar los estudios o informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones; d) solicitar que los gobiernos de los Estados le proporcionen informes sobre la medidas que adopten en materia de Derechos Humanos; e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización, le formule cualquier Estado miembro sobre cuestiones relacionadas con los Derechos Humanos en ese Estado y, dentro de sus posibilidades, prestar el asesoramiento que le soliciten; f) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización, en el cual se tenga debida cuenta del régimen jurídico aplicable a los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los Estados que

no son partes; g) practicar observaciones in loco en un Estado, con la anuencia o a invitación del gobierno respectivo, y h) presentar al Secretario General el programa-presupuesto de la Comisión para que éste lo someta a la Asamblea General.

Como podemos observar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es muy importante para la protección de los Derechos Humanos en América, no podemos dejar de mencionar que cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por un Estado Parte, de acuerdo con el artículo 44 y 45 de dicha Convención. Queda por aclarar que para que sea admitida alguna petición o comunicación presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se deben de cumplir ciertos requisitos enlistados en el artículo 46 de la misma Convención, donde encontramos un requerimiento que sin duda alguna nos aclara el panorama sobre la protección de Derechos Humanos, ya que primero se debe haber interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, precisamente para evitar una confrontación entre el Derecho Interno y el Internacional.

Paralelamente tenemos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual analizaremos posteriormente con mayor detenimiento, a pesar de ello, enunciaremos que surge a raíz del pacto San José de 1969, pero es constituida hasta la entrada en vigor de este documento. Es hasta el 1ro de julio de 1978 cuando la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos recomendó aprobar el ofrecimiento formal del gobierno de Costa Rica para ser la sede de la Corte, ratificándose por los Estados Partes en la Convención durante el Sexto Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General, mientras que la ceremonia de instalación de la Corte ocurrió el 3 de septiembre de 1979 en San José, Costa Rica.

Dicha Corte comenzó a funcionar a principios de 1980 y es la encargada de emitir sentencias, las cuales serán obligatorias para los Estados parte,

además tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es decir, su finalidad es confrontar los actos del Estado con dicha Convención y su protocolos adicionales.<sup>188</sup>

Hasta aquí, hemos establecido de manera general la estructura del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, debido a la trascendencia que tiene en nuestro país, a partir de las Reformas Constitucionales en materia de Derechos Humanos del 10 de junio de 2011, si bien es cierto que, nuestro país ha pertenecido a dicho sistema desde 1981, es claro que los derechos están siendo protegidos de una manera más visible desde estas reformas y como lo hemos afirmado, se ha ampliado el panorama de estos, introduciendo aquellos contenidos en Tratados Internacionales. Es evidente que no sólo este sistema protege a los Derechos Humanos, también tenemos a la Organización de las Naciones Unidas que hace lo propio, es decir, tenemos dos Instrumentos fundamentales para la protección de Derechos Humanos, nos referimos en primer lugar, a los Pactos Internacionales de Naciones Unidas y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus protocolos, por todo lo anterior, resulta una labor muy compleja el lograr que todos los jueces conozcan cada uno de los Tratados Internacionales y demás Instrumentos que protegen dichos derechos, es por ello que en el caso de nuestro país la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha elaborado un buscador avanzado de Derechos Humanos, que funciona como una especie de catálogo que permite tanto a gobernantes como a gobernados conocer aquellos derechos que le están siendo reconocidos.

Dicho lo anterior, es momento de retomar la sentencia que resuelve la contradicción de tesis 293/2011 puesto que el segundo punto que se trató, fue la obligatoriedad de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es decir, cuál es el alcance que tienen todas las

---

<sup>188</sup> García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007, p. 49.

sentencias emitidas por esta Institución en el ámbito nacional, al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación en un primer criterio resolvió que esta jurisprudencia es orientadora y solo obligatoria para el caso de que haya una resolución condenatoria, es decir, donde el Estado Mexicano haya sido parte. Desde este primer punto de vista se asume que dicha jurisprudencia no es vinculante salvo la cuestión expresada. Dicho criterio ha cambiado, ya que el criterio actual de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, incluido en la sentencia en comento, consideramos que es benéfico para la protección de los Derechos Humanos, puesto que señala que la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio.

Al llegar a este punto, debemos aclarar los temas del control de constitucionalidad y de convencionalidad, los cuales se pueden abordar de diferente manera, puesto que hay distintas teorías que explican cada uno de estos controles, sin embargo, los criterios que ha emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, son los que nos servirán para entender cómo son ejercidos dichos controles en nuestro país.

El Control de Constitucionalidad es el examen que se realiza a través de diferentes mecanismos para determinar la compatibilidad entre las normas generales y actos de autoridad con las disposiciones contenidas en la Constitución, asimismo como lo indica la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Tesis P.LXX/2011,<sup>189</sup> existen dos vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son el aspecto concentrado y el difuso, el primero de ellos se refiere a que solo los órganos integrantes del Poder Judicial Federal actuando como jueces constitucionales a través de las declaratorias de constitucionalidad o

---

<sup>189</sup> Tesis P.LXX/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro III, t. 1, diciembre de 2011, p. 557.

inconstitucionalidad de leyes, ejercerán dicho control, mientras que su aspecto difuso es aquel en el cual el examen de compatibilidad de los actos frente a la Constitución corresponde a todos los órganos jurisdiccionales y lo ejercitan, además de que tanto los jueces nacionales como federales y del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los Derechos Humanos reconocidos por nuestra Carta Magna, con la limitante de que no podrán declarar la inconstitucionalidad de una norma por no ser conforme con la Constitución, dicho criterio lo encontramos en la tesis: 1a/J. 18/2012.<sup>190</sup> Las bases del Control de Constitucionalidad las encontramos en el caso *Marbury Vs Madison* que ocurrió en los Estados Unidos de América en 1803, cuya importancia radica en que por primera vez un juez deja de aplicar una ley por ir en contra de la Constitución, ejerciendo un control de Constitucionalidad,<sup>191</sup> es claro que este control lo ejercen los organismos nacionales.

En cuanto al Control de Convencionalidad como es sabido no es nada nuevo, pese a ello surgen muchas posturas al respecto, derivadas del hecho de introducir los Derechos Humanos contenidos en los Tratados Internacionales en el Sistema Jurídico Mexicano, junto con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos que se ha ido fortaleciendo al pasar de los años. Es evidente que en este control no se trata de elegir a la Legislación Internacional sobre la Nacional, ya que primero se debe realizar una interpretación conforme al artículo 1ro Constitucional, es decir, a través de la “Cláusula de Interpretación Conforme”, que como lo expresa el Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor se puede sintetizar: *“como la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertados (sic) constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales*

---

<sup>190</sup> Tesis 1a/J. 18/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XV, t. 1, diciembre de 2012, p. 420.

<sup>191</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, México, UNAM-IIJ, 2013, p. 571 y ss.

*internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección”.*<sup>192</sup>

Dicha cláusula constituye el principio de Interpretación Conforme que es muy importante en el Sistema Jurídico Mexicano así como en el Derecho Familiar, encuentra sus orígenes en la Constitución de Portugal (1976) en su artículo 16.2, donde se expresa que los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía a la Declaración Universal de Derechos Humanos.<sup>193</sup> Desde nuestro punto de vista es una herramienta esencial que permite a todos los jueces armonizar la legislación nacional con la internacional, además sirve como una ampliación a la protección de los Derechos Humanos, la cual debe ser aplicada siempre, como práctica cotidiana en la hermenéutica en materia de Derechos Humanos por parte de los jueces nacionales.<sup>194</sup>

En cuanto al origen del Control de la Convencionalidad, lo encontramos en algunos votos aislados emitidos por el Dr. Sergio García Ramírez (ex Juez y ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) desde 2003, y es hasta el año 2006 en el caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, donde nace la doctrina del Control de Convencionalidad reflejada en el famoso párrafo 124 de este fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se menciona lo siguiente:

*“...el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado,*

---

<sup>192</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El Control Difuso de Convencionalidad: Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, FUNDAp, 2012, pp. 133 y 134.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 358.

<sup>194</sup> *Ibidem*, p. 135.

*sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*<sup>195</sup>

Específicamente en México este término tomo mayor fuerza a raíz de la resolución del expediente varios 912/2010 relativo al cumplimiento de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Caso Radilla Pacheco, ya que en la consulta a trámite emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en este expediente, logró plasmar los principios para llevar a cabo el Control de Convencionalidad en nuestro país.

El Control de convencionalidad es el ejercicio de mandato que la Convención Americana sobre Derechos Humanos le otorga a los dos órganos del sistema interamericano de derechos humanos para interpretarla y aplicarla en el marco del sistema de peticiones y casos individuales.<sup>196</sup>

En este orden de ideas, se puede hablar de un Control de Convencionalidad concentrado y difuso, el primero de ellos se debe al hecho de que sólo la Corte Interamericana de Derechos Humanos podrá ejercer dicho mecanismo judicial (este aspecto es el que se manejó en un principio), mientras que cuando se habla de un Control Difuso de Convencionalidad alude a que está dirigido a todos los jueces (nacionales), por lo tanto deben ejercerlo de oficio

---

<sup>195</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, p. 53.

<sup>196</sup> Serrano Guzmán, Silvia, *El control de Convencionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, GVG Grupo Gráfico, 2013, p. 10.



y sin importar su jerarquía, grado o cuantía, etc., esta última concepción es la que en la actualidad se está ejerciendo.<sup>197</sup>

Dicho lo anterior, podemos afirmar que el Control Difuso de Convencionalidad consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus Protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,<sup>198</sup> es decir, es un mecanismo judicial nacional que se ejerce para constatar si una norma jurídica interna, sea cual fuere su jerarquía, se encuentra en armonía con las normas y principios contenidos en el Sistema Convencional Internacional (Instrumentos Internacionales), por lo cual es un instrumento para la protección de los denominados Derechos Humanos Nacionales de Fuente Internacional, y es precisamente en este momento cuando debemos preguntarnos si nuestro país realmente permite que se ejerza dicho control, debido a que hay posturas jurídicas que sugieren que aquel control sólo lo tienen los Organismos Internacionales mientras que los Nacionales ejercen únicamente el Control de Constitucionalidad, al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Tesis: (III Región)5o. J/8 (10a.)<sup>199</sup> establece un criterio para ejercer el control difuso de convencionalidad, mencionando que en materia de Derechos Humanos es una herramienta de interpretación subsidiaria o complementaria del sistema jurídico mexicano, cuyo uso está condicionado a la optimización de la norma que la integra para maximizar la defensa de los ciudadanos cuando el derecho interno no alcanza para este fin, lo que refuerza nuestra idea anterior, donde no se trata de ir directamente a la norma internacional para buscar la respuesta al asunto, sino en primer lugar analizar cómo están estructurados los derechos en las

---

<sup>197</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El Control Difuso de Convencionalidad: Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, op. cit., pp. 133 y 134

<sup>198</sup> *Ibidem*, pp. 91 y 92.

<sup>199</sup> Tesis 5o. J/8 (10a.) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 4, t. II, marzo de 2014, p. 1360.

normas y principios constitucionales, para después si es necesario realizar el control difuso de convencionalidad ex officio.

Por otra parte, retomando el tema de la obligatoriedad de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es importante destacar que el llamado *bloque de regularidad constitucional* está limitando el ejercicio total de este Control Difuso de Convencionalidad, lo que desde nuestro punto de vista disminuye en gran medida el espíritu de las Reformas Constitucionales en Materia de Derechos Humanos. Reafirmando que primero se debe de interpretar la norma nacional conforme a la Constitución y los Tratados Internacionales, para después optar por la norma que más beneficie a la persona, ya que no se trata de aplicar directamente la norma internacional sobre la nacional.

## 1. Tratados Internacionales de Derecho Familiar

Una vez que se ha expuesto de manera general la trascendencia que tienen actualmente los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en nuestro país, es momento de mencionar algunos de estos Instrumentos Internacionales de los que el Estado Mexicano es parte y que están dirigidos específicamente para la protección de la familia o de alguno de los miembros de esta, a continuación enlistaremos aquellos Tratados que a nuestro entender son lo más importantes y cuyo conocimiento es fundamental tanto para abogados como jueces, ya que de ello dependerá una mejor protección familiar.

Los siguientes Tratados Internacionales son de Carácter General, por lo tanto involucran en este sentido al Derecho Familiar, donde encontramos muchas disposiciones protectoras de la familia, estos Instrumentos a su vez

plasman los principios y marco base del Sistema Convencional Internacional de Protección a los Derechos Humanos:

- Carta de la Organización de los Estados Americanos (publicación en el Diario Oficial de la Federación y su Gaceta en 1949)
- Carta de las Naciones Unidas. (1946)
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica. (1981)
- Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador. (1998)
- Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados. (1975)
- Convención sobre el Estatuto de los Apátridas. (2000)
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. (1946)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1981)
- Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (2002)
- Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Destinado a Abolir la Pena de Muerte. (2007)
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1981)

A continuación se mencionaran los Tratados Internacionales que involucran a la familia directa e indirectamente, ya que estos van dirigidos a un objetivo en particular:

- Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. (2002)
- Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. (2001)
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y sus protocolos. (2008)
- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. (1952)
- Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte. (1993)
- Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores. (1987)
- Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias. (1994)
- Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores. (1994)
- Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. (1996)
- Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios. (1983)
- Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional. (1994)
- Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. (1992)
- Convención sobre los Derechos del niño y sus protocolos. (1991)

- Enmienda al párrafo 2 del artículo de la Convención sobre los Derechos del Niño. (1998)
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará. (1999)
- Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer. (1981)
- Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Civiles de la Mujer. (1954)
- Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Menores, y sus protocolos. (1936)
- Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad. (1938)
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y sus protocolos. (1981)
- Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada. (1979)
- Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer. (1981)
- Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer. (1936)
- Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte. (1993)
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares. (1999)
- Convenio Internacional del Trabajo No. 16 Relativo al Examen Médico Obligatorio de Menores Empleados a Bordo de Buques, firmado en Ginebra, Suiza. (1939)

- Convenio 58 por el que se Fija la Edad Mínima de Admisión de los Niños al Trabajo Marítimo. (1951)
- Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo, Relativo a la Protección del Salario. (1955)
- Convenio número 90 Relativo al Trabajo Nocturno de los Niños en la Industria. (1956)
- Convenio 100, relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor. (1952)
- Convenio 111, Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación. (1962)
- Convenio 161 Sobre los Servicios de Salud en el Trabajo. (1987)
- Convenio 182 Sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación. (2001)
- Convenio sobre el Empleo de Mujeres en Trabajos Subterráneos en las Minas de Todas las Clases. (1938)

Como se puede observar, son demasiados Instrumentos Internacionales para analizar, asimismo, esta lista se debe de ir actualizando conforme el Estado Mexicano adquiera más obligaciones de este tipo, a pesar de las reservas que puedan tener estos Tratados, es de suma importancia conocer su contenido, precisamente para lograr una Protección Familiar más sólida y que nuestra argumentación jurídica se vea favorecida por este conocimiento.

El Control Difuso de Convencionalidad debe ser aplicado por los jueces nacionales de manera correcta al armonizar todos estos Instrumentos Internacionales con la Legislación Nacional, donde los Principios Generales de Derecho Familiar resultarán fundamentales para la mejor protección de la

familia, siendo el principio “pro-persona” clave para la solución de los problemas que puedan surgir entre el ámbito Local e Internacional.

## 2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, es una Institución Judicial autónoma de la Organización de los Estados Americanos, cuya finalidad es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus protocolos,<sup>200</sup> encontrando su base jurídica en la misma Convención, en su Estatuto y reglamento, además, como lo hemos dicho entró en funciones a principios de 1980 y tiene como sede oficial San José, Costa Rica, sin embargo, puede celebrar reuniones en cualquier Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos.

Está compuesta de siete jueces nacionales de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, elegidos de entre juristas de la más alta calidad, resaltando que no puede haber más de un juez de la misma nacionalidad, su mandato dura seis años y pueden ser reelectos una sola vez.

Tiene funciones tanto jurisdiccionales como consultivas, donde las primeras encuentran su fundamento en los artículos 61, 62 y 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las cuales radican en que sólo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los Estados Parte que voluntariamente hayan aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tienen derecho a someter un caso a su decisión, implicando que se hayan agotado los recursos nacionales y por supuesto los

---

<sup>200</sup> García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, p. 49.

correspondientes ante la Comisión, mientras que su competencia consultiva está fundamentada en el artículo 64 de dicha Convención, donde los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, sin importar que sean parte de la Convención, además de los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, podrán requerir opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la interpretación de la propia Convención o de otros Tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos,<sup>201</sup>

Ahora bien, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que toda la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos será obligatoria para todos los jueces y deberán de aplicarla siempre y cuando resulte más benéfica para la persona, sin embargo, cuando en la Constitución exista una restricción expresa al ejercicio de los Derechos Humanos, prevalecerá lo dicho en nuestra Carta Magna. Esta restricción es la que marca el camino en México para el ejercicio del Control de Convencionalidad en su aspecto difuso, desde nuestro punto de vista necesitamos una protección de los Derechos Humanos de manera integral, no se trata evidentemente de elegir a la Legislación Internacional sobre la interna, ni mucho menos recurrir a instancias internacionales sin antes haber agotado las nacionales, es decir, en ningún momento se intenta confrontar lo internacional con lo interno, es más bien una ampliación a la protección de los derechos humanos.

La íntima relación y comunicación que debe existir entre la Comisión Interamericana Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es de suma importancia para la protección de Derechos Humanos en América, aquella debe ser constante y permanente ya que como lo hemos visto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tendrá un papel esencial para que los conflictos que surjan puedan ser solucionados

---

<sup>201</sup> *Ibidem*, p. 52.



sin llegar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y si no hay otro remedio, esta última tendrá que decidir.

Más allá de todo lo anterior, queremos mencionar que la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe ser aplicada por todos los jueces de nuestro país, logrando armonizar el aparato Internacional con el Nacional, si bien es cierto, surgirán problemas al aplicar dicha jurisprudencia, por lo cual debemos de recurrir a una “depuración” de aquellas disposiciones que puedan entrar en conflicto.

Hemos mencionado que nuestro país se adhiere a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1981, sin embargo, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es aceptada hasta 1998, en ese orden de ideas, se mencionaran los siete casos en los que el Estado Mexicano ha sido Condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya relevancia es fundamental ya que independientemente del punto de vista que se tenga sobre la Jurisprudencia emitida por esta Institución Judicial, queda algo muy claro, lo contenido en estos siete casos es de observancia obligatoria para los Jueces Nacionales:

- A) Caso Castañeda Gutman vs México (sentencia emitida el 06 de agosto de 2008)
- B) Caso Gonzáles y otras “Campo Algodonero” vs México (sentencia emitida el 16 de noviembre de 2009)
- C) Caso Radilla Pacheco vs México (sentencia emitida el 23 de noviembre de 2009)
- D) Caso Fernández Ortega y otros vs México (sentencia emitida el 30 de agosto de 2010)
- E) Caso Rosendo Cantú y otra vs México (sentencia emitida el 31 de agosto de 2010)
- F) Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México (sentencia emitida el 26 de noviembre de 2010)

G) Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs México (sentencia emitida el 26 de noviembre de 2013)<sup>202</sup>

Resulta muy curioso observar que el Estado Mexicano sólo ha sido condenado una vez a partir de las tan mencionadas reformas constitucionales en materia de Derechos Humanos de 2011, y hemos de aclarar que la última sentencia fue resultado de un acuerdo entre las partes en conflicto, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se limitó a obligar al Estado Mexicano a cumplir el acuerdo hecho con anterioridad, lo que nos lleva a concluir que pocos son los casos que terminan en sentencia, ya que la mayoría se refiere a medidas cautelares, sin embargo, debemos de estar al pendiente y sobre todo, a la difusión del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de los beneficios que nos ofrece y sobre todo del gran reto que representa en la actualidad para nuestro país en la protección de Derechos Humanos.

---

<sup>202</sup> <http://www.corteidh.or.cr/>

## CAPITULO IV

### PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO FAMILIAR

Hemos llegado al capítulo final de la presente investigación y es realmente donde se reflejará todo lo que estudiamos previamente, debido a esto tenemos que partir de la idea de que el análisis de los principios ha sido estructurado de manera diferente, de acuerdo al autor que se analice, esto no quiere decir que alguna de estas teorías sean erróneas, simplemente estudian los principios con un enfoque distinto. Como lo hemos visto, los principios y las reglas no son lo mismo, no se pueden utilizar de la misma manera y, su aplicación será distinta, por ello, dedicamos un capítulo especial para entender lo complejo que son los principios, así como los grandes retos que representan.

Desde nuestro punto de vista, el enfoque que el autor Ronald Dworkin le da a los principios, es el más completo y representa un verdadero desafío para lo que él denomina teoría dominante, razón por la cual destacamos la importancia de los principios en el Sistema Jurídico Mexicano, ya que como se ha visto en la actualidad, elementos como los Derechos Humanos han tomado una trascendencia impresionante, a tal grado que nuestra Carta Magna los reconoce en el artículo 1 Constitucional de manera esencial, incluyendo además Instrumentos Internacionales que sin duda alguna complementan y dan una mayor seguridad en la protección de estos derechos.

Ahora bien, más allá de las críticas que han surgido a raíz de las Reformas Constitucionales de 10 de junio de 2011, todos debemos coincidir en un punto esencial, y es que lo dispuesto por estas reformas ya es parte de nuestro sistema jurídico, por lo cual debemos aprender a convivir y analizar los desafíos que de ellas se derivan. Esta afirmación no significa que antes

de estas reformas nuestra Constitución no contara con principios, simplemente su aplicación resultaba limitada, precisamente porque se contaba con garantías individuales. Al día de hoy no se puede afirmar que los principios se apliquen de manera constante, esto se debe a que aún falta mucho en el estudio de éstos y sobre todo en la importancia que se les dé, por lo cual consideramos pertinente que en las Universidades se enseñe a los próximos juristas a pensar y razonar de una manera diferente, es decir, que se les enseñe la importancia de los principios no sólo desde un punto de vista doctrinal sino práctico, así como la elaboración de nuevos modelos teórico jurídicos que es un objetivo que también se debe perseguir, de esta manera tanto abogados como jueces tendrán conocimiento de lo esencial que resultan ser los principios.

El enfoque que se les da a los principios a través de diferentes teorías es fundamental, ya que de ello deriva la importancia que tengan éstos en un momento dado. Por ejemplo, Robert Alexy nos ofrece una teoría donde los principios y reglas son tratados de manera similar puesto que ambos son normas para este autor, además, los principios son tomados como mandatos de optimización, por consecuencia, se les da un enfoque mucho más acotado, mientras que en la teoría que nos ofrece Ronald Dworkin encontramos el esplendor de los principios, aunque de una manera general, a pesar de ello, ambas teorías tienen sus limitaciones, por lo tanto sería ilógico pensar que se solucionarían la totalidad de casos difíciles aplicando estas teorías, no obstante la segunda teoría nos ofrece un modelo mucho más amplio, en el cual los principios tienen un papel fundamental.

Como lo hemos dicho, los principios son pieza esencial en la solución de problemas jurídicos, son herramientas que no están estructuradas para entrar en conflicto con las normas jurídicas, al contrario, sirven para reforzarlas o en algunos casos provocar su modificación, y en un posible conflicto, funcionar como medio para encontrar la respuesta correcta.

En la actualidad, la legislación nacional mexicana y la internacional, contienen infinidad de principios y es raro encontrar de segundo enfoque, más bien han ido modificándose y evolucionando. Afirmamos en su

momento que no hay una distinción entre principios generales del derecho y principios jurídicos, esta división es más pedagógica que jurídica, puesto que es más fácil comprender estos dos enfoques cuando hacemos esta distinción, es por ello que Dworkin se refiere a ellos como principios obligatorios y principios extra-jurídicos,<sup>203</sup> no porque piense que los últimos no son parte del Derecho, sino porque la mayoría de los jueces se siente en libertad de aplicarlos o no, pasaba algo similar con la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los principios generales del Derecho son los parámetros jurídicos de decisión básicos que integran nuestro sistema jurídico, son fuentes formales del Derecho y ofrecen un juicio acerca de la conducta humana a seguir en cierta situación, aunque no estén plasmados directamente en alguna norma jurídica, organizan y dan sentido a muchas de ellas. También afirmamos que los principios no se pueden enlistar dado que son muy discutibles, son incontables, cambian y sufren modificaciones constantemente, por lo cual, resulta ser una labor titánica enlistar todos los principios generales del Derecho, el presente estudio no intenta enlistarlos, simplemente mencionar cuales son los principios generales del Derecho Familiar, además, como lo hemos expresado, la idea de considerar un conjunto de principios universales y absolutos es absurdo.

Los principios en nuestro sistema jurídico adquieren una relevancia enorme, dada la tradición jurídica de México, ya que están fundamentados en nuestra Carta Magna y en los Tratados Internacionales, por esta razón, los principios que analizaremos cumplen con estas características, esto se debe a que su peso o importancia es trascendental, se reconoce el gran esfuerzo que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto, debido a que a través de sus interpretaciones, logra estructurar muchos de estos principios, dándoles una gran magnitud.

---

<sup>203</sup> Dworkin, Roland, *Los derechos en serio, op. cit.*, p.82.

Podemos identificar principios en el Derecho, realizando una extracción de los mismos, utilizando diferentes criterios para su localización, entre ellos destacamos tres aspectos, para ubicar un principio se debe:

- A) *Mencionar cualquier caso anterior en que tal principio hubiera sido citado o figurase en la discusión.*
- B) *Mencionar cualquier Ley que pareciera ejemplificarlo (sería mejor si estuviera citado en el preámbulo de la ley, o en los informes de la comisión o en cualquier otro documento legislativo).*
- C) *Cualquier otro apoyo de algún antecedente institucional.*<sup>204</sup>

Es claro que estos criterios pueden ampliarse, siempre y cuando nos ayuden a ubicar de manera clara algún principio, no obstante estos aspectos son más efectivos para los principios de primer enfoque, puesto que los de segundo requieren una mayor abstracción para ser identificados, aunque como hemos dicho, en la actualidad es muy difícil encontrar un principio que no haya sido tomado en cuenta por algún Estado en la elaboración de su Legislación, o que ni siquiera figurase en alguna discusión.

En ese orden de ideas, en México encontramos diversas obras jurídicas dedicadas al estudio de los principios, donde se destaca la importancia que tienen estos parámetros y los beneficios de su aplicación, del mismo modo localizamos un enorme listado de principios, de los cuales muchos han ido evolucionando y modificándose, tal circunstancia no provoca que estos principios dejen de serlo, ni que pierdan su peso, ni mucho menos que dejen de ser aplicables, simplemente que cuando se quiera hacer uso de ellos en un caso concreto, evidentemente su peso será distinto de aquellos que se han ido actualizando, servirían como un antecedente para observar su progreso.

Los principios generales del Derecho no deben ser limitados en su esencia, esto quiere decir que los criterios que el Poder Judicial Federal elabore para la aplicación de cierto principio, no deben limitarlo en sus objetivos, puesto

---

<sup>204</sup> *Ibidem*, p. 95.

que si lo está acotando constantemente, lo único que provocará es que aquél se convierta en absoluto, por tanto aquellos criterios de aplicación deben estar enfocados en armonizarlo con la legislación y los demás principios y no en generar su inaplicabilidad.

Por otra parte, los principios que analizaremos son muy importantes para la solución de cualquier conflicto que involucre directamente a la familia, su aplicación es obligatoria para los jueces y constituyen una herramienta jurídica esencial, asimismo, los principios por ningún motivo intentarán sustituir de manera radical a alguna norma jurídica, simplemente tratan de perfeccionarla y de ofrecer un panorama más amplio para su interpretación y como lo hemos dicho, en algunos casos realizaran las funciones propias de una norma jurídica siendo la forma la única diferencia, por lo cual debemos tener muy clara la distinción entre reglas y principios.

El panorama de la aplicación de principios en México va de la mano de las Reformas Constitucionales en materia de Derechos Humanos, sumado a todos los esfuerzos por lograr que nuestro sistema jurídico sea justo, los principios son fortalecidos por estos derechos y viceversa, puesto que para el reconocimiento y protección de Derechos Humanos, se necesitan criterios jurídicos, es por ello que los principios generales del Derecho adquieren un papel elemental, no sólo para interpretar e integrar nuestro sistema, sino para guiarnos en cualquier cuestión jurídica, aunque como lo hemos mencionado, los principios no son absolutos, ni ilimitados, se van construyendo y perfeccionando de acuerdo a nuestra realidad, por lo tanto, es necesario que los próximos juristas conozcan la importancia de los principios en el Derecho, no sólo en la teoría sino en la práctica cotidiana, y sobre todo, que se tenga el hábito de ir puliendo aquellos principios, para que no pierdan su peso y sean rebasados por las circunstancias actuales, asimismo estimamos pertinente que el estudio de los principios sea anterior al análisis de los Derechos Humanos por una cuestión elemental, estos derechos reflejan el espíritu de los principios.

Para una protección efectiva de Derechos Humanos, no sólo requiere que sean reconocidos por algún instrumento normativo fundamental de gobierno,

sino que sean acompañados además de principios jurídicos, por directrices políticas las cuales atacarán un problema en particular y servirán para erradicarlo, en el Derecho Familiar el uso de Políticas Públicas es esencial, sirviendo como complemento de las disposiciones constitucionales, precisamente para que aquellas no sólo queden como fórmulas de buenos deseos.

Ahora bien, antes de comenzar con el estudio de los principios generales de Derecho Familiar, mencionaremos cuatro principios que son de Derecho Constitucional que resultan muy importantes para la familia, puesto que son complementarios de los de Derecho Familiar, nos referimos al principio de Constitucionalidad, Gradación, Igualdad y de Intervención Inmediata y Oportuna.

#### A) Principio de Constitucionalidad

El principio de constitucionalidad es el parámetro jurídico de decisión que busca que todo lo dispuesto en nuestra Carta Magna sea cumplido en su totalidad, asimismo nos permite observar si alguna disposición jurídica de menor rango es contraria a lo dispuesto por la Constitución, por lo tanto, como se ha mencionado los Instrumentos Internacionales han tomado gran relevancia, lo que implica que todas aquellas disposiciones contenidas en dichos instrumentos sean observadas, además que estos mecanismos a su vez contienen muchos principios que deberán de ser tomados en cuenta de manera obligatoria, ya que son vinculantes para todos los jueces. En este momento surgen muchas dudas en cuanto a los límites que tendría este principio puesto que en nuestro país la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como ya se ha visto tiene un criterio que al parecer acotaría este principio, ya que se podría aplicar cualquier disposición contenida en Tratados Internacionales siempre y cuando no vaya en contra de nuestra Constitución, al respecto tenemos que mencionar que este criterio lejos de ayudar, realmente está limitando el uso y aplicación de principios.



Este principio encuentra su fundamento en prácticamente todas las disposiciones contenidas en nuestra Carta Magna, específicamente en el artículo 1ro Constitucional del cual se deriva todo este mecanismo para la protección de Derechos Humanos, de igual manera en el artículo 133 Constitucional referente a la Ley Suprema de la Unión, donde se destaca desde nuestro punto de vista lo vinculante de los principios contenidos en los Tratados Internacionales y su jerarquía respecto de nuestra Carta Magna.<sup>205</sup>

Ahora bien, la aplicación de principios en nuestro país se encuentra en desarrollo y es fundamental que los criterios que emita nuestro máximo Tribunal vayan acorde a la realidad de nuestra sociedad, ya que resultaría muy benéfico para la solución de problemas jurídicos. La aplicación de este principio en el Derecho Familiar resulta esencial debido a los principios y derechos contenidos tanto en la legislación local como internacional, provocando que la protección de la familia sea más completa, ya que ahora no sólo estaremos ante lo dispuesto a nivel local, sino tendremos un panorama internacional lo suficientemente abundante, es decir, el principio de Constitucionalidad velara por el respeto a todo lo dispuesto tanto en el ordenamiento interno como en el externo. Los beneficios de la aplicación de este principio son innumerables, ya que en primer lugar cualquier norma jurídica que vaya en contra de nuestra Constitución podrá ser declarada como inconstitucional, por otra parte, como lo hemos visto la amplia variedad de tratados que involucran a la familia desencadenará que cada vez que el legislador pretenda crear una nueva ley, tenga presentes los principios contenidos a nivel internacional precisamente para evitar problemas futuros, recordando que una función esencial que tienen los principios es fomentar la creación o modificación de alguna norma jurídica. En general este principio debe de ser utilizado para fundamentar nuestros argumentos jurídicos en cualquier caso, debido a que prácticamente cualquier cuestión relativa a la aplicación de una disposición constitucional lo involucraría directamente,

---

<sup>205</sup> García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma Constitucional sobre Derechos Humanos (2009-2011)*, México, UNAM, Porrúa, 2011, p. 201.

además servirá en su caso para demostrar y sustentar la invalidez de alguna norma que no esté acorde a lo que dispone nuestra Constitución.

## B) Principio de Gradación

Cuando estudiamos el origen de la familia, hicimos mención al sentimiento que se formó entre ascendientes y descendientes de manera gradual, ahora no solo se trata de sobrevivir, sino implicaba velar por el bienestar de su familia, precisamente el principio de gradación va en ese sentido ya que uno de los vínculos que une a los miembros de la familia es el parentesco que nuestra legislación regula y reconoce los de consanguinidad, afinidad y civil. Ahora bien, debemos de preguntarnos hasta donde un miembro de la familia debe responder al cumplimiento de los deberes que contiene el Derecho Familiar, la respuesta es clara y contundente ya que siempre se deberá de cumplir con lo dispuesto en la legislación familiar puesto que es de orden público e interés social, por lo que no está sujeta a negociación alguna, no obstante este principio va encaminado a lo que se conoce jurídicamente como línea de parentesco, recordemos que cada generación forma un grado y la serie de grados constituye la línea de parentesco, y esta a su vez es recta o transversal, la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras, mientras que la transversal se compone de la serie de grados entre personas que a pesar de que no descienden unas de otras proceden de un mismo progenitor o tronco común.

En ese sentido, el principio de gradación es el parámetro jurídico de decisión que nos indica a través del número de grados y líneas de parentesco, cuál miembro de la familia será el obligado a cumplir los deberes familiares, ejercer algún derecho o en su caso encontrarse impedido para realizar algún acto jurídico, produciendo consecuencias jurídicas en diversas Instituciones de Derecho Familiar, por ejemplo, en el caso de los alimentos, patria potestad, tutela, curatela, etc.

En este aspecto reconocemos que el principio de gradación depende de manera significativa de la Sistemática Técnica Jurídica, es decir, en cada ordenamiento jurídico podemos encontrar variaciones en cuanto al alcance de los grados, en nuestro país en concreto en el Código Civil para el Distrito Federal se dispone que para el caso de la obligación recíproca que se desprende de los alimentos, deberá de ser cumplida a falta o imposibilidad de los ascendientes o descendientes, hermanos de padre y madre, por los parientes colaterales dentro del cuarto grado. Para el caso de la patria potestad, deberá de ser ejercida por los padres, a falta de ambos padres será ejercida por los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez. En cuanto a la tutela y curatela se impone una restricción a estos cargos, debido a que no se puede desempeñar simultáneamente por personas que tengan entre sí parentesco en cualquier grado de la línea recta, o dentro del cuarto grado de la colateral. En los casos de tutela legítima de los menores en el supuesto de falta o incapacidad de los hermanos, corresponderá a los demás colaterales dentro del cuarto grado.

Este principio se utiliza de igual manera para la Institución del Matrimonio puesto que un impedimento para contraerlo se refiere al parentesco de consanguinidad, sin limitación de grado en línea recta ascendiente o descendiente, en la línea colateral igual, este impedimento se extiende hasta los hermanos y medios hermanos, mientras que en la colateral desigual, se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en tercer grado y no hayan obtenido dispensa.

Como podemos observar la aplicación de este principio es fundamental, ya que desencadena muchas consecuencias jurídicas, resultando evidente su vinculación para los jueces y encontrando su fundamentación por ejemplo en el Código Civil para el Distrito Federal en los artículos 55, 156, 245, 296, 297, 299, 300, 303, 304, 305, 306, 315, 323 Quáter, 414, 447, 458, 459, 483, 484 y 653. El juez no debe de perder de vista este principio, a pesar de que este plasmado específicamente en algún artículo, debido a que en algunos casos donde hay varios miembros de la familia con el mismo grado de parentesco, él tendrá que decidir cuál miembro de la familia es más apto

para desempeñar algún cargo que resulte fundamental para el desarrollo de la familia. Como conclusión, los beneficios que se obtienen de la aplicación de este principio van encaminados a propiciar una mejor integración familiar ya que la gradación permite que los miembros de la familia más cercanos sean los encargados de velar por los intereses de su familia en primer lugar, es por ello, que se debe aplicar este principio de manera automática, y de igual forma debe ser regulado siguiendo esta idea, donde los familiares más cercanos sean los primeros en cumplir con sus deberes familiares.

### C) Principio de Igualdad

La lucha por lograr una verdadera igualdad ha sido constante y por supuesto no es nada nueva, específicamente en el Derecho se ha enfocado en lograr que un sistema jurídico sea lo más justo posible a través de un plano de igualdad para todos aquellos a los que va dirigido. Hablar de igualdad implica conocer las dos doctrinas que tienen puntos de vista diferentes sobre este aspecto, por un lado tenemos a la Doctrina Individualista que como su nombre lo indica se centra en el ser humano como un ente individual, el cual por el hecho de nacer libre, se le otorgan ciertos poderes o derechos, es decir, los derechos individuales naturales, no obstante ese conjunto de prerrogativas genera la obligación de observar y respetar los mismos derechos de los demás, estableciendo así una limitación a sus derechos individuales, por lo cual se presumiría que se respetaría el ejercicio de los derechos de todos, esta doctrina fue acogida en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.<sup>206</sup>

Por otro lado, tenemos a la Doctrina del Derecho Social apoyada por las ideas de Jean-Jacques Rousseau, León Duguit entre otros, la cual menciona que el hombre natural no nace aislado y con plena libertad e independencia,

---

<sup>206</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/22/pr/pr19.pdf>

sino nace en una sociedad, es decir, como miembro de esta y, por lo tanto este hombre natural desde su nacimiento está atado con los lazos de la solidaridad social.<sup>207</sup> De esta manera no se podría establecer la noción de un derecho ideal absoluto, ya que este debería de ser el mismo en todo tiempo y lugar, cuestión que en la actualidad es más que evidente que no sucede.

Como se puede apreciar, las doctrinas parten de supuestos diferentes, sin embargo, desde nuestro punto de vista se unen en un argumento y es en el bienestar tanto del individuo como el de la sociedad, es decir, se podría analizar la igualdad desde el plano individual como del colectivo, pero se llegaría a una misma idea, el ejercicio y el respeto de los derechos de todos.

Por lo tanto, el principio de igualdad es el parámetro jurídico de decisión que nos ayuda a observar que todos los miembros de una sociedad, tanto en el plano individual como colectivo tengan los mismos derechos pero también las mismas obligaciones, los cuales tendrán limitaciones en diversos aspectos, pero jamás se partirá de un plano de desequilibrio, es decir, donde un cúmulo de personas tengan más derechos que otros por el solo hecho de serlo, ya que esta circunstancia en todos los casos deberá de estar justificada y cuyo argumento nunca deberá de ir en contra del bien común, de la justicia y de la seguridad jurídica, asimismo las decisiones de los jueces al aplicar este y los demás principios, como lo hemos dicho, deben basarse en argumentos de principio, aunque muchas de las veces las consecuencias favorezcan al bienestar de la comunidad.

Ahora bien, cuando se habla de igualdad suele confundirse o utilizarse como sinónimo de equidad, aunque son términos que están ligados no significan lo mismo, ya que la igualdad se enfoca en ese plano de equilibrio de derechos, mientras que la equidad puede ser entendida de diferentes maneras, por ejemplo, como vocablo sinónimo de justicia, es decir, lo fundamentalmente justo, también como una interpretación justa de una norma genérica al caso particular o se puede hablar de equidad como los criterios que inspiran al juez a tomar su decisión. La segunda acepción de equidad es la que más se

---

<sup>207</sup> Enciclopedia Jurídica Omeba, *op. cit.*, Tomo X, p. 891.

utiliza y en lo personal nos parece correcta, aunque todos estos sentidos no son incompatibles entre sí, por lo tanto la equidad jurídica va dirigida a interpretar la ley, no precisamente a corregirla, es una manera correcta para interpretar todas las leyes de manera razonable.<sup>208</sup>

De modo que tenemos al principio de igualdad y al principio de equidad, distinguidos con las características antes mencionadas, donde ambos juegan un papel esencial no sólo en el Derecho Familiar sino en cualquier Sistema Jurídico, afirmando que cualquier sistema que pretenda ser protector de derechos, tiene que aplicar de manera constante estos principios.

Si un gobierno se jacta de proteger, reconocer y respetar los derechos de sus gobernados, tiene que tratarlos no sólo con consideración y respeto, sino con igual consideración y respeto, ya que no debe partir de la idea de que algunos ciudadanos tienen más derechos que otros, por esta razón no debe restringir su libertad con ese argumento, estos postulados enuncian lo que podríamos llamar la concepción liberal de la igualdad.<sup>209</sup>

En el caso específico del Derecho Familiar resulta trascendental el principio de igualdad ya que, como hemos dicho en esta rama del Derecho hay más deberes que cumplir que derechos que exigir, sin embargo, en cuestiones como la patria potestad, se tiene una idea preconcebida donde a la mujer se le considera más apta para cuidar a los hijos por consecuencia, se le otorga la guarda y custodia de los menores, cuestión que no se identifica o está plasmada concretamente en alguna norma jurídica, simplemente se debe a los ideales donde la mujer parecería ser la mejor opción para el desarrollo de los menores, aspecto que nos parece erróneo puesto que cada caso se debe analizar de forma especial, al menos en este aspecto ya que tanto el padre como la madre deben partir en una igualdad de condiciones, es decir, la práctica donde por inercia se le adjudica a la madre la guarda y custodia de los hijos transgrede el principio de igualdad y el de equidad de género

---

<sup>208</sup> *Ibidem*, p. 427.

<sup>209</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 389.

jurídico, con esto no queremos decir que la mujer no este capacitada para ello, al contrario si en la mayoría de los casos se encuentra que es la mejor opción no dudaremos en tal decisión, sin embargo, este principio obliga a cualquier impartidor de justicia a resolver con igualdad, al mismo tiempo que la equidad de género jurídico marca una pauta que nuestro juzgador debe observar, dicho planteamiento tuvo que ser aclarado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se ha pronunciado a través de la Tesis Aislada 1a. XCV/2012 (10a) donde se aclara que el Principio de Igualdad debe aplicarse entre Hombres y Mujeres en el otorgamiento de la Guarda y Custodia de un menor de edad, ya que tal decisión no debe estar basada en prejuicios de género, destacando que este principio es uno de los pilares fundamentales del sistema democrático, por lo cual los miembros fundadores de una familia gozan de los mismos derechos y en cuyo seno y funcionamiento han de participar y cooperar a fin de realizar las tareas de la casa y el cuidado de los hijos.<sup>210</sup>

El rol social que desempeña la mujer en la actualidad para nada debe ser equivalente a los dos aspectos antes mencionados, por lo tanto, si aplicamos este principio al Derecho Familiar resulta que todos los miembros de una familia se encuentran en un plano de igualdad; específicamente en el caso de los fundadores de la familia, encontramos que no debe existir ninguna preferencia por razón de su género, este punto sólo es uno de los tantos en donde se debe de aplicar este principio, precisamente para lograr que la familia se desarrolle de una manera armónica.

En nuestra Carta Magna a lo largo de su articulado podemos encontrar inmerso este principio, aplicado en diferentes esferas tratando de lograr una igualdad de derechos, igualdad social, igualdad de oportunidades; concretamente para el Derecho Familiar el artículo 4 Constitucional es clave para observar este principio, puesto que con las reformas constitucionales de diciembre del año 1974, como se ha mencionado se incluye la igualdad

---

<sup>210</sup> Tesis 1a. XCV/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro VIII, t. I, mayo de 2012, p. 1112.

entre el hombre y la mujer ante la ley por primera vez, además de la protección a la organización y desarrollo de la familia.<sup>211</sup>

En cuanto a los Instrumentos Internacionales, encontramos que la igualdad ha sido un pilar en su estructura, por ejemplo, En el caso del pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966 prácticamente en todo su contenido encontramos este principio aplicado en diferentes aspectos, específicamente en el artículo 23 dedicado a la familia, mientras que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 en su artículo 17 párrafo cuarto, se refiere a la igualdad que debe existir en la Institución del matrimonio y de manera más general este principio es expresado en el artículo 24, referente a la igualdad de las personas ante la ley.<sup>212</sup>

A raíz de todo esto, encontramos que los beneficios de la aplicación de este principio para la familia, resultan ser trascendentales puesto que la igualdad es un aspecto que desde nuestro punto de vista no puede dejarse en un segundo plano, ya que como lo hemos dicho la impartición de justicia debe de ir en ese sentido de igualdad, evidentemente no sólo en el Derecho Familiar.

#### D) Principio de Intervención Inmediata y Oportuna

La familia no puede ser descuidada bajo ninguna circunstancia, siempre debe contar con la protección necesaria para su desarrollo, estabilidad e

---

<sup>211</sup> DECRETO que Reforma y Adiciona los Artículo 4o., 5o., 3o y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la Igualdad Jurídica de la Mujer, Diario Oficial de la Federación, Estados Unidos Mexicanos, 31 de diciembre de 1974.

<sup>212</sup> Convención Americana Sobre Derechos Humanos de 1969, en: <https://www.scjn.gob.mx/libro/instrumentosconvencion/pag0259.pdf>.



integración, por lo cual, este principio se dedica precisamente a procurar que bajo ninguna circunstancia la familia se vea vulnerable. El principio de intervención inmediata y oportuna es el parámetro jurídico de decisión que obliga a cualquier servidor público independientemente de su cargo, a optar por las medidas necesarias para dar solución a cualquier problema que involucre a la familia de la manera más eficaz y rápida posible.

Este principio no se refiere específicamente a algún momento procesal, puesto que como es sabido el proceso tiene sus propios principios, en ese orden de ideas los tres poderes de la unión son fundamentales en la aplicación de este principio, debido a que cada uno de ellos desde su trinchera debe de velar por la protección familiar en este sentido.

Por consecuencia, debemos preguntarnos si a lo largo y ancho de la República Mexicana contamos con los mecanismos suficientes para el cumplimiento de dicho principio, puesto que los órganos públicos encargados de resolver los litigios familiares, dan servicio de lunes a viernes con sus respectivos horarios, por lo cual la familia quedaría aparentemente desprotegida los días sábado y domingo, sobre todo en casos como los de violencia familiar que por obvias razones no se pueden controlar, es decir, que pasa con aquellos casos que se presentan durante los días que no dan servicio los órganos públicos encargados para ello, ante esta situación, por ejemplo, en el Distrito Federal se cuenta con una Agencia Especializada para la atención de personas adultas mayores y víctimas de violencia familiar, pero lamentablemente su horario es de lunes a viernes, por lo tanto, los sábados y domingos dicha atención será brindada por la guardia de la Fiscalía de Procesos en Juzgados Familiares, sin duda alguna nos parece una medida acertada pero resulta ser insuficiente desde nuestro punto de vista ya que la familia al ser el núcleo más importante de la sociedad, merece que se tenga una Jurisdicción Familiar las 24 horas del día, los 365 días del año.<sup>213</sup>

---

<sup>213</sup> Güitrón Fuentesvilla, Julián. “Contenido General de los Proyectos de Código Familiares para el Estado de Durango”. Revista de Derecho Familiar

Durante el XVIII Congreso Internacional de Derecho Familiar que se llevó a cabo en el Estado de Durango en el mes de octubre de 2014, se presentaron diferentes aspectos que fortalecerían a la familia, entre ellos precisamente estaba la Jurisdicción Familiar las 24 horas del día, los 365 días del año, contenida en el Proyecto de Código Familiar para el Estado de Durango a cargo del Dr. Julián Güitrón Fuentesvilla, esta es una medida que sin duda alguna ayudaría en primer lugar a la protección de los miembros de la familia, además de la aplicación correcta del principio de intervención inmediata y oportuna, debido a que se lograría una especie de blindaje para la familia, lo cual evidentemente tendría un impacto positivo en el núcleo familiar. Los gastos que de esta idea se pueden generar son variados, ya que evidentemente se tendría que contar con una base de personal más amplia y una serie de recursos lo suficientemente abundantes, no dudamos que el esfuerzo que se llevaría a cabo sería impresionante, pero debemos recordar que la familia siendo el núcleo más importante, merece esto y más.

Con esto en mente, afirmamos que este principio no se debe limitar a la aplicación exclusiva por parte de los jueces, puesto que también el legislador debe observarlo en la creación o modificación de leyes, ya que resulta fundamental que la legislación familiar siempre este actualizada, es decir, que no sea rebasada por la realidad de nuestra sociedad, precisamente para lograr que este principio al menos en este aspecto se vea beneficiado. Como podemos observar la esfera que nos ofrece este principio es muy amplia, evidentemente no solo se reduce a la familia, al contrario debe ser observado en diversas cuestiones, sin embargo, la intervención inmediata y oportuna evitara que surjan más problemas ya que si se le da un trato oportuno a cada caso, se lograra que la familia no se vea desestabilizada en ningún momento.

El fundamento normativo de este principio puede ser encontrado en cualquier disposición que pretenda solucionar o prevenir cualquier problema

---

“Pater Familias”. Facultad de Derecho y Coordinación del Posgrado en Derecho UNAM. Número 2. México. 2013. p.495.

de la manera más diligente, por ejemplo, en el Código Civil para el Distrito Federal encontramos artículos que nos dan una claridad sobre la importancia de este principio, tal es el caso del artículo 160 relativo a la dispensa que se le puede otorgar al tutor cuando este desee contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, si no se cumple con lo mencionado en el artículo 159, el juez inmediatamente nombrará un tutor interino que reciba los bienes y los administre mientras se obtiene la dispensa, en este caso tendríamos muy clara la presencia del principio de intervención inmediata y oportuna, debido a que los actos jurídicos que se pueden llevar a cabo con los bienes señalados afectan indudablemente al titular de ellos, por lo tanto si el juez aplicando este principio y por supuesto fundamentado en esta disposición logrará evitar que surjan problemas que afecten directamente al titular de los bienes.

Otro caso significativo se encuentra en el artículo 282 del Código en comento, que se refiere a las medidas provisionales pertinentes que el juez deberá dictar cuando se presente la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio, en este aspecto tan delicado debe estar presente el principio mencionado, puesto que en un momento tan crucial como este, la familia puede verse vulnerable en diferentes aspectos, la intervención del juez es clave al tomar las medidas pertinentes, no debe dudar en brindarle la protección necesaria a cada uno de los integrantes de la familia; dentro de esta misma disposición se relaciona el aspecto del que ya se hizo mención, nos referimos a las controversias derivadas de violencia familiar donde de la misma manera el juez dictara las medidas que protejan a los miembros de la familia afectados. Estos son algunos ejemplos donde podemos observar la importancia de aplicar este principio en el Derecho Familiar donde no se puede poner en riesgo la integridad de la familia, por lo tanto, el conocer el panorama tan amplio que nos deja este estándar, es fundamental no solo para el impartidor de justicia sino también para cualquiera de nosotros, evidentemente hay muchos supuestos en donde se encuentra presente este principio, lo que nos servirá a la hora de realizar

nuestra argumentación jurídica, porque lo importante de este principio es el permanente cuidado de la familia.

Con esto en mente, comenzaremos con el estudio de los principios generales de Derecho Familiar, donde encontramos el principio de equidad de género jurídico, del interés superior del menor, interés superior de la familia, orden público e interés social, protección familiar, solidaridad familiar y pro persona.

## I. Principio de Equidad de Género Jurídico en Derecho Familiar

Cuando tocamos el principio de igualdad realizamos una primera distinción respecto de la equidad, mencionando diferentes acepciones de la equidad, concluyendo que es la interpretación justa de una norma genérica al caso particular, añadiendo que ésta interpretación debe ser razonable, por lo cual el principio que vamos a analizar es aún más profundo puesto que no sólo nos referimos a la equidad, sino a la equidad de género y por supuesto todo dentro de la regulación jurídica que aquella tiene.

Este principio se estructura en tres niveles, es decir, en primer lugar se debe conocer qué es la equidad, posteriormente conocer qué es la equidad de género y por último darle el contexto jurídico que es el que nos interesa, razón por la cual mencionaremos diferentes conceptos que nos ayudaran a comprender mejor este principio.

La palabra equidad: *“Proviene del latín æquitas, de æquus, igual. Es la herramienta esencial para la interpretación y aplicación de la ley que permite*

*al intérprete lograr la solución más justa y adecuada para el caso concreto, y por ello se lo considera un principio general del derecho”.*<sup>214</sup>

Ahora bien, la equidad encuentra su flexibilidad en la jurisprudencia, es decir, sirve como herramienta para que el juez al momento de realizar la interpretación encuentre la solución más justa, por tanto la equidad es la justicia del caso, que parte de la idea de una igualdad para todos en las mismas circunstancias, teniendo como límites aquellos que el mismo caso en concreto le permite la ley.<sup>215</sup>

Por otra parte, el género es: *“Una construcción social, histórica y cultural sobre las conductas, caracteres y contenidos que distinguen lo femenino y lo masculino, confiriéndoles significaciones específicas y disímiles que operan directamente en la constitución de la subjetividad de mujeres y varones. El sexo es biológico, mientras que el género es lo que presupone ser hombre o mujer en una sociedad y en un momento histórico determinado...”*<sup>216</sup>

En ese orden de ideas, la equidad de género se refiere a la justicia en el tratamiento de hombres y mujeres según sus respectivas necesidades,<sup>217</sup> dicho concepto es el resultado del principio de libertad y de igualdad donde el hombre y la mujer deben tener los mismos derechos y obligaciones, sin embargo, este concepto se encuentra en desarrollo puesto que depende mucho de la sociedad que se trate, debido a que por ejemplo, en cuanto al género como se ha dicho no es natural, no se nace con el, se aprende, de acuerdo con una sociedad y cultura específica, las cuales le atribuyen ciertas características a cada sexo, diferente de lo que es propiamente el sexo, que es un hecho biológico, con el que se nace, lo que nos lleva a decir que al

---

<sup>214</sup> Ackerman, Mario E, *op. cit.*, tomo. I, p. 551.

<sup>215</sup> Cano Martínez de Velasco, José Ignacio, *La Equidad en el Derecho Privado, Derecho y Justicia*, España, ed. Bosch, 2009, p. 54.

<sup>216</sup> Ackerman, Mario E, *op. cit.*, tomo. I, p. 631.

<sup>217</sup> Poder Judicial de la Federación, *La Equidad de Género en el Poder Judicial de la Federación*, México, Grupo Noriega eds., Serie el Poder Judicial Contemporáneo, 2006, p. 47.

entender este concepto, cada uno puede escoger su orientación sexual, excluyendo el concepto biológico que implica el sexo.

El principio de equidad de género jurídico es el parámetro jurídico de decisión que establece que los derechos y obligaciones del hombre y la mujer son iguales, implicando mejores oportunidades para ambos géneros en ciertas circunstancias, asimismo que toda norma que vaya en ese sentido, sea interpretada de manera razonable buscando la solución más justa posible.

En el Derecho Familiar este principio es muy importante debido a que las relaciones jurídicas en las que se ve inmersa la familia involucran evidentemente tanto a hombres como mujeres, si hablamos de una equidad de género jurídico, nos debemos centrar en lo que nuestras normas jurídicas ofrecen, que además son de orden público e interés social, es decir, los supuestos que ellas contienen se deben obedecer sin protestar.

El rol de género de la mujer en la familia, preponderantemente se relaciona con el hogar, cuestión que como se ha visto depende de la sociedad en la que vivimos, si bien es cierto que se relaciona de esa manera a la mujer, habría que preguntarnos como lograr una equidad de género jurídico ante tal cuestión, es por ello que desde las reformas constitucionales de 1974 donde se incluye en el artículo 4 por primera vez la igualdad entre hombres y mujeres, sumado al año de 1975 considerado como el año internacional de la mujer, celebrando la primera conferencia mundial sobre la mujer organizada en México por la Organización de las Naciones Unidas, observamos el deseo de eliminar las diferencias por razón de género, no obstante, para que este principio sea realmente observado, debe contar con mecanismos para evitar ese desequilibrio por el género.

Encontramos que desde el Código Familiar del Estado de Hidalgo de 1983 en su artículo 50 este principio se encontraba presente puesto que dicha disposición mencionaba que el trabajo realizado en el domicilio conyugal, por la cónyuge o el cónyuge en su caso, tendrá el valor equivalente de lo que en dinero entregue como gasto diario al otro cónyuge, lo cual se considerará

como aportación en numerario al sostenimiento de la familia. Siguiendo esta idea, debemos destacar que la equidad de género no solo implica mejores oportunidades para las mujeres, sino para ambos géneros, lo cual está reflejado en el artículo antes citado, puesto que a pesar del rol de la mujer en la familia, el hombre también puede aportar económicamente de esa manera al núcleo familiar.<sup>218</sup>

Por lo anterior, podemos concluir que la equidad de género jurídico no está dedicada a la protección exclusivamente de las mujeres, sino busca un equilibrio entre géneros, evidentemente a lo largo de la historia sabemos que el rol que desempeña la mujer es relacionado con los trabajos del hogar, así como de las desventajas de las que son objeto, por ello se le brinda mayor protección y suele relacionarse la equidad de género solo con las mujeres; si el Derecho Familiar dependiera de una distinción de género, es incuestionable que las mujeres son las que dan estabilidad y fortaleza al núcleo familiar por todo lo que aquellas realizan por el bien de la familia, sin embargo, como sabemos el Derecho Familiar va más allá del género.<sup>219</sup>

El fundamento jurídico nacional de este principio lo encontramos en el mencionado artículo 4 Constitucional, referente a la igualdad entre hombres y mujeres, sin embargo, hay otros artículos que hacen mención a la equidad bajo contextos diferentes del principio analizado, por ejemplo a la equidad referente a los pueblos indígenas, a la impartición de la educación, al acceso a la información, desarrollo social, crecimiento de la economía y sobre la equidad de la competencia de partidos políticos.

Al ser la equidad de género un proceso para llegar a una igualdad de género, las normas jurídicas deben ir enfocadas en ofrecer las mismas oportunidades tanto para hombres como para mujeres, es por ello que en el Código Civil para el Distrito Federal encontramos en su artículo 2, que la

---

<sup>218</sup> Güitrón Fuentesvilla, Julián, *Legislación Familiar del Estado de Hidalgo*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>219</sup> Güitrón Fuentesvilla, Julián y Roig Canal, Susana, *Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México Distrito Federal del año 2000*, *op. cit.*, p.112.

capacidad jurídica es igual para el hombre y para la mujer, además de que no se podrá negar algún servicio o prestación a la que tenga derecho, ni restringir el ejercicio de sus derechos por su identidad de género, expresión de rol de género entre otras cosas. En el artículo 164 bis del Código en comento, se dispone que: *“El desempeño del trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos se estimará como contribución económica al sostenimiento del hogar”*, el mismo espíritu de lo que en la Codificación Familiar de Hidalgo ya se preveía, tan importante es esto para las familias, que es una disposición crucial para este principio.

En lo referente a la patria potestad encontramos que el principio de igualdad está inmerso así como el de equidad de género jurídico puesto que el juez al momento de otorgar la guarda y custodia de un menor o incapacitado, debe quitarse los prejuicios en razón del género, como lo apuntamos al mencionar el principio de igualdad, tan importante es este criterio que nuestro máximo tribunal a través de la Tesis P.XX/2015 (10a.) menciona que el reconocimiento de los derechos de la mujer a una vida libre de violencia y discriminación y de acceso a la justicia en condiciones de igualdad, exige que todos los órganos jurisdiccionales del país impartan justicia con perspectiva de género, que constituye un método que pretende detectar y eliminar todas las barreras y obstáculos que discriminan a las personas por condición de sexo o género, es decir, implica juzgar considerando las situaciones de desventaja que, por cuestiones de género, discriminan e impiden la igualdad. Lo que obliga a los jueces a eliminar los estereotipos preconcebidos en la legislación respecto de las funciones de cada género, por lo tanto, los obliga a decidir con neutralidad en la aplicación de las normas jurídicas.<sup>220</sup>

El fundamento internacional de este principio lo podemos encontrar en diferentes Instrumentos Internacionales, por ejemplo, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en su preámbulo la igualdad

---

<sup>220</sup> Tesis P.XX/2015, Gaceta del *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 22, t. I, septiembre de 2015, p. 235.



entre hombres y mujeres sirve como fundamento de toda esta declaración, mientras que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos encontramos en su artículo 24 la igualdad de todas las personas ante la ley.

Por otra parte, en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer, conocida como “Convención Belém do Pará”, encontramos a lo largo de sus 25 artículos, disposiciones que contienen el principio de equidad de género jurídico, puesto que se busca eliminar cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, asimismo esta convención establece una conexión directa con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como mecanismo para cumplir sus objetivos, dicho vínculo es de suma importancia, puesto que todos los Tratados Internacionales además de estar llenos de buenos deseos, deben contener los instrumentos necesarios para cumplir sus fines, y sobre todo, que estos realmente sean cumplidos por los Estados parte.<sup>221</sup>

Sin duda alguna este principio se complementa con el de igualdad, ya que no podemos concebir a la equidad sin igualdad y mucho menos una igualdad sin equidad, por lo cual es muy importante para el Derecho Familiar la aplicación del principio de equidad de género jurídico, no se puede permitir ningún criterio judicial que esté basado en algún prejuicio de género.

---

<sup>221</sup> Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar toda la Violencia en contra de la Mujer “Convención Belém do Pará”, en: <https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosConvencion/PAG0067.pdf>.

## II. Principio del Interés Superior del Menor<sup>222</sup>

Uno de los aspectos esenciales para el desarrollo de la familia, es el bienestar de los hijos y aún más cuando estos son menores de edad, si bien es cierto, la mayoría de edad en muchos casos se percibe como un simple trámite que se consuma con el derecho a votar, la verdad es que a raíz de este acontecimiento se producen una serie de consecuencias jurídicas sobre aquel que ha adquirido su capacidad de ejercicio, a la luz de esta capacidad resulta algo incomprensible que siendo menor edad se le permita testar pero no se le permita votar, ciertamente este no es un tema propio de tratar en este momento, pero sí nos parece significativo puesto que la protección que recibe un menor de edad es muy relevante, de esto se deriva lo fundamental de este principio.<sup>223</sup>

El principio del interés superior del menor es el parámetro jurídico de decisión que obliga al juez o a cualquier servidor público a proteger los derechos del menor sobre otros derechos, buscando lo que más beneficie para el desarrollo del menor bajo cualquier circunstancia, además implica que la interpretación de toda norma dedicada a este sector, sea en favor de aquel.<sup>224</sup> Este principio no debe ser aplicado bajo la idea de someter la decisión judicial a las pretensiones del menor, es decir, no significa que el juez habiendo escuchado al menor tenga que decidir solo bajo lo que aquel le expresó, sino debe basar su decisión en todos aquellos elementos que tenga a su disposición, por ejemplo, la opinión del Representante Social, las

---

<sup>222</sup> Cicú, Antonio. *op. cit.*, p. 209.

<sup>223</sup> Güitrón Fuentesvilla, Julián y Roig Canal, Susana, *Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México Distrito Federal del año 2000*, *op. cit.*, p. 344.

<sup>224</sup> Villanueva Castilleja, Ruth, *Derecho de Menores*, México, Porrúa, 2011, p. 4.

valoraciones psicológicas del menor, de los progenitores o de quien solicita en su caso la custodia.<sup>225</sup>

Ahora bien, lo que pretende este principio es que cualquier decisión sea la que más beneficie al menor, no necesariamente la que quiera aquel, por lo cual la experiencia del juez es de suma importancia, en este punto podríamos relacionar este principio con el de igualdad puesto que el juez al decidir con la mayor igualdad posible, lograra que el interés superior del menor no se vea afectado, esto no quiere decir que el juez interprete y aplique este principio como él quiera, al contrario, todo lo que resuelva debe estar fundado y motivado, debido a que como lo hemos dicho, el juez no tiene discreción al menos en el sentido que muchas veces se supone, y aunque existiera tal discreción encuentra sus límites en el interés superior de la familia y del menor, reforzado con el principio pro persona, es precisamente en este punto donde los principios lograrán que se unifiquen los criterios de los jueces familiares.<sup>226</sup>

La esfera tan amplia que nos ofrecen los principios nos sirve para encontrar más elementos para argumentar de mejor forma, en este caso es de relevancia aclarar que no sólo se refiere a las decisiones judiciales, sino a la aplicación en diversos campos, por ejemplo, desde el plano legislativo ya que la legislación familiar, específicamente aquellas disposiciones dedicadas a la protección y cuidado de los menores de edad, deben siempre buscar el cumplimiento de este principio, ya que sería un error no brindar la protección adecuada en este sentido a los integrantes de la familia.

El fundamento jurídico interno de este principio lo encontramos en múltiples disposiciones, por ejemplo, en nuestra Carta Magna lo encontramos en el párrafo noveno del artículo 4, cabe resaltar nuevamente que el principio del

---

<sup>225</sup> Cruz Gallardo, Bernardo, *La Guarda y Custodia de los hijos en las Crisis Matrimoniales*, España, ed. La Ley, 2012, p. 154.

<sup>226</sup> Sánchez Eznarriaga, Luis, *et. al.*, *Temas de Actualidad en Derecho de Familia*, España, Asociación Española de Abogados de Familia, ed. Dykinson, 2006, p. 31.

interés superior de la niñez fue elevado a rango constitucional en el año 2011, como consecuencia de las reformas al artículo 1 constitucional de junio del mismo año, dicho párrafo dispone que: *“en todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.”*

Por su parte, el Código Civil para el Distrito Federal menciona a este principio constantemente en los artículos 336, 380, 402, 414Bis, 416, 416Ter, 483, 494-B y 494-D, referentes a que toda decisión que tome el juez de lo familiar tiene que ir encaminada a la aplicación de este estándar, no es dejar todo el peso al juez ni mucho menos, simplemente se trata de conocer todos los aspectos que pueden afectar al menor en su desarrollo y a partir de ello tomar la mejor determinación.

El artículo 416 Ter del Código en comento, es fundamental para conocer en qué consiste este principio, debido a que esta disposición en primer lugar nos define lo que entiende como interés superior del menor, mencionando que: *“Para los efectos del presente Código se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona”*, enseguida nos hace mención los aspectos que deberán ser garantizados para el buen cumplimiento de este principio, encontramos al menos siete, referentes a: 1) Acceso a la Salud física y mental, 2) Acceso a la alimentación, 3) Acceso a la Educación, 4) Establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar, 5) Desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos, 6) Fomento de la responsabilidad personal y social así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional, y 7) Los demás

derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.

Como podemos observar, este principio implica garantizar muchos derechos, lo que provoca que la solución que sea tomada no necesariamente debe estar fundamentada únicamente en este principio, puesto que como lo hemos afirmado, los principios al no tener una relación jerárquica entre ellos, nos ofrecen un campo de aplicación diferente de las reglas, por ejemplo, se pueden aplicar dos o más principios de manera armónica al mismo caso para reforzar nuestra argumentación, particularmente el interés superior del menor conecta con demasiados principios, siendo el interés superior de la familia uno de los más importantes, debido a que ahora se velaría por la protección del menor como miembro de una familia, ya no solo del plano individual, sino como un integrante de la familia, lo que provoca que se tengan infinidad de puentes de conexión entre principios y por supuesto entre normas jurídicas, resaltando que el aspecto número siete conecta la legislación nacional con la internacional, lo que evidentemente es benéfico para la protección del menor.

La importancia que tienen los Tratados Internacionales sirve para reforzar este principio, ya que el juez ahora no sólo se debe de basar en la legislación nacional, sino conocer aquellos Derechos Humanos que están contenidos en los Instrumentos Internacionales, un ejemplo de ello es el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989,<sup>227</sup> que menciona que los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez de este. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya

---

<sup>227</sup> Convención sobre los Derecho del niño de 1989, en:

[http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/Programas/Discapacida d/ Conv\\_DNi %C3% B1o.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/Programas/Discapacida d/ Conv_DNi %C3% B1o.pdf).

sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la Tesis: 1a./J.13/2015 resuelve que la participación de un menor de edad en un procedimiento jurisdiccional no puede estar predeterminada por un regla fija en razón de su edad, ni aun cuando esté prevista en la ley, mencionando el principio de autonomía progresiva que se refiere a que la edad biológica no guarda necesaria correlación con la madurez y la posibilidad de formarse un juicio o criterio propio, por lo tanto, la incógnita que representa la mayoría de edad queda resuelta al menos en este aspecto, teniendo como resultado que el principio del interés superior del menor sea aplicado en consecuencia tanto de la legislación nacional como de la internacional que esté debidamente incorporada de acuerdo con el artículo 1ro Constitucional.<sup>228</sup>

Este principio busca que el menor bajo ninguna circunstancia se vea afectado, esto quiere decir que en cualquier asunto jurídico que involucre a un menor de edad, siempre se tendrá que velar por el respeto a este principio puesto que de no ser observado, ahora no sólo se estaría violentando nuestra legislación interna, sino también la internacional que como hemos visto no puede dejar de ser aplicada.<sup>229</sup>

En este mismo sentido, encontramos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 19 donde se plasma que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, es de gran importancia observar que con esta disposición se refuerza todo lo anterior, ya que no sólo se refiere a las afectaciones que puede recibir el menor de edad por

---

<sup>228</sup> Tesis 1a./J.13/2015, Gaceta del *Semanario Judicial de la Federación, Décima Época*, libro 18, t. I, mayo de 2015, p. 382.

<sup>229</sup> Paja Burgoa, José A, *La Convención de los Derechos del Niño*, España, ed. Tecnos, 1998, p. 60.

parte de alguna decisión del juez, sino en general a cualquier perjuicio que puede sufrir el menor.<sup>230</sup>

### III. Principio del Interés Superior de la Familia<sup>231</sup>

La familia es más importante incluso que el propio Estado, razón por la cual no es de extrañarse que exista una gran cantidad de disposiciones dedicadas a la protección de esta o de alguno de sus miembros, infinidad de debates en torno a su evolución y actualidad nos dejan observar que muchos aspectos en su estructura han cambiado, algunos desde nuestro punto de vista atentan contra la familia, no obstante se trata de una actualización de la legislación familiar. El desarrollo de la familia tanto en el plano sociológico como jurídico debe guardar una estrecha relación, al igual que las normas jurídicas y los principios, ya que se deben actualizar conforme a la evolución de esta (no significa que los principios enuncien un objetivo social en particular), sin embargo, esto no representa que se desnaturalicen muchas de las Instituciones de Derecho Familiar, en realidad consiste en que las normas jurídicas protejan a la familia de la manera más completa posible, sabemos que existen diversas directrices políticas encaminadas precisamente a un fin en particular que ayude al desarrollo de

---

<sup>230</sup> Convención Americana Sobre Derechos Humanos de 1969, en: <https://www.scjn.gob.mx/libro/instrumentosconvencion/pag0259.pdf>

<sup>231</sup> Güitrón Fuentesvilla, Julián. *“Naturaleza Jurídica del Derecho Familiar”*. Revista de Derecho Familiar “Pater Familias”. Facultad de Derecho y Coordinación del Posgrado en Derecho UNAM. Número 1. México. 2013. p. 204.

la familia, esto es fundamental debido a que estas medidas resultan ser muy importantes para que nuestra sociedad progrese.<sup>232</sup>

Ahora bien, el principio del interés superior de la familia es el parámetro jurídico de decisión que protege los derechos de los miembros de la familia tanto de manera individual y como miembros de esta, buscando el bienestar, desarrollo e integridad de la familia.<sup>233</sup> Consiste en que desde el plano legislativo, ejecutivo y judicial se analice la situación actual de la familia y a partir de ese estudio se logre identificar en su caso, aquellas pautas que nos ayudaran a modificar la forma en que se regula jurídicamente a la familia, que aquellas normas jurídicas estén a la altura de la realidad familiar, esta función es delicada puesto que involucra demasiados aspectos que no deben perderse de vista, uno de ellos es el origen de las Instituciones de Derecho Familiar, es decir, conocer cómo funcionaban estas figuras jurídicas en la antigüedad lo cual ya hemos descrito en el capítulo dedicado al enfoque histórico del Derecho Familiar, otro aspecto elemental es la realidad social que la podemos observar en el caso de la regulación actual del Matrimonio en algunas partes de la República Mexicana, no pretendemos realizar un crítica a tal regulación, simplemente consideramos que el permitir los Matrimonios entre personas del mismo sexo es desnaturalizar en cierta medida esta Institución, sin embargo, la realidad social a la luz de los Derechos Humanos sin duda alguna permite que se pueda lograr este tipo de uniones, en este caso el principio del interés superior de la familia tiene un gran peso ya que partimos del supuesto de que hay tantos tipos de familias como actos jurídicos pueda haber, por lo tanto si esta regulación favorece a la familia, no se debe dudar en su aplicación.

Este principio no significa que sirva para justificar los matrimonios de personas del mismo sexo, debido a que este principio no obedece a algún fin en particular, en tal caso estaríamos ante la presencia de una directriz política, que parecería que entraría en conflicto con este principio, lo cual es un error debido a que nuestro principio se refiere a lo que más le convenga a

---

<sup>233</sup> Cicú, Antonio. *op. cit.*, p. 195.



la familia y no solamente a un sector, tales decisiones que se tomen siempre deben de tomar en cuenta este principio. Este ese orden de ideas el interés superior de la familia se enfoca en la protección de todos los miembros de la familia, tanto individualmente y como integrantes de un conjunto, así como el principio del interés superior del menor se encaminaba a protegerlo cómo un miembro de la familia, en el caso de este principio significa que cualquier decisión que se tome en torno a la familia debe estar encaminada al bienestar de todos sus miembros, y de manera individual siempre y cuando no afecte al desarrollo, bienestar e integración de la familia; es por ello que habrá en algunos casos donde se tomen medidas sobre cierto integrante, precisamente para beneficiar a la familia, es decir, hablamos de una unidad de intereses.<sup>234</sup> Hasta este momento surge una interrogante sobre la colisión que puede existir entre varios principios, cuestión que hemos mencionado en el primer capítulo de esta investigación, no obstante se debe enfatizar en la dimensión de peso que tienen los principios, la cual depende de la aplicación al caso concreto puesto que en algunos asuntos un principio puede tener mayor importancia que otro, en el caso del Derecho Familiar como podemos observar los principios están íntimamente ligados, provocando que se puedan aplicar varios principios armónicamente, por supuesto, cada uno con diferente peso lo que marcara el rumbo del asunto sobre todo en los casos difíciles, tal confrontación sucede en cuestiones puntuales que desde nuestro punto de vista los mismos principios nos dan la solución, por ejemplo, en la adopción de un menor de edad, donde el interés superior del menor será primordial observarlo, y también el interés superior de la familia que pretende adoptarlo, ambos principios deben ser observados de manera paralela, por un lado está el menor al cual se busca integrar, y por el otro se busca que la familia se vea beneficiada por la integración de aquel, por lo cual no se trata de una confrontación sino de una aplicación armónica de principios.

El sustento de este principio lo encontramos en diversos artículos Constitucionales, siendo el artículo 4, donde se observa de manera más

---

<sup>234</sup> Cicú, Antonio. *op. cit.*, p. 149.

clara este principio, puesto que además de resaltar la importancia de la familia, nos menciona diferentes directrices que ayudarán al cumplimiento de este principio, recalcando el papel tan elemental que tiene el Estado en el desarrollo del núcleo familiar.

Por otra parte, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 localizamos en sus artículos 11, 17, 19, 27 y 32 referentes a la importancia de la familia en la sociedad y cada uno de sus miembros, una serie de medidas que pretenden mejorar el desarrollo del núcleo familiar así como los derechos de cualquier persona para formar una familia. La presencia de este principio es fundamental ya que todas las medidas que se pretendan adoptar deberán tener como finalidad el interés superior de la familia.<sup>235</sup>

#### IV. Principio de Orden Público e Interés Social en Derecho Familiar

Llegamos a un principio sumamente delicado y fundamental, debido a que es el que le da fuerza y regula toda la legislación familiar, por lo cual debemos entender que no significa lo mismo orden público en sentido general y el orden público del Derecho Familiar, esta diferencia es fundamental para comprender la importancia de la aplicación de este principio.

El origen del orden público lo encontramos en el Derecho Romano, pieza fundamental en el desarrollo del Derecho Mexicano, en donde la clasificación del Derecho se resumía en dos vertientes: derecho público y

---

<sup>235</sup> Convención Americana Sobre Derechos Humanos de 1969, en: <https://www.scjn.gob.mx/libro/instrumentosconvencion/pag0259.pdf>

privado, el primero se refiere a la organización y funciones del Estado, a sus relaciones con los particulares y a las que pueda mantener con otros Estados, es decir, las normas de derecho público no pueden ser alteradas por pacto entre particulares, mientras que el derecho privado se refiere únicamente a las relaciones entre los particulares, las que pueden ser de carácter familiar o patrimonial y sí pueden ser modificadas por estos.<sup>236</sup>

No hace falta mucho estudio para darnos cuenta de que esta clasificación ubica al Derecho Familiar dentro del privado, y que contiene el fundamento del orden público, de hecho algunos de los postulados de esta clasificación los adopto el Código Civil de los franceses de 1804, pero no sólo en el Derecho Familiar sino en el Derecho Civil en general, y es precisamente en este punto como bien lo afirma el Dr. Julián Güitrón Fuentevilla, cuando encontramos que: *“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”*.<sup>237</sup>

Hay diferentes teorías que nos ayudan a conocer de manera específica al orden público, por ejemplo, tenemos a la teoría *clásica* que deriva del Derecho Romano, la *descriptiva* que narra su contenido, citando únicamente sus características, la *conceptual* donde encontramos diferentes ideas sobre el orden público, *del elemento concreto* que pretende fundarse en cuestiones económicas de derecho privado, que no se alcancen con el derecho público (ámbito administrativo, seguridad social y paz pública), otra teoría es la de la *noción del orden público* que se vincula con la paz y la tranquilidad, la de la *ley imperativa* que menciona que todas las leyes lo son, incluso algunas que se refieren a la autonomía de la voluntad y por último, está la teoría de la

---

<sup>236</sup> Morineau Iduarte, Marta e Iglesias González, Román, *Derecho Romano*, 4ta ed., México, Oxford, 2009, p. 31.

<sup>237</sup> Güitrón Fuentevilla, Julián. *“El orden público y el Derecho Familiar”*. Revista de Derecho Familiar “Pater Familias”. Facultad de Derecho y Coordinación del Posgrado en Derecho UNAM. Número 2. México. p. 126.

*suplantación* donde el orden público no puede ser sintetizado ni organizado.<sup>238</sup> Dichas teorías nos dejan observar al orden público en sentido general, sin embargo, no alcanzan a cubrir el contenido para aplicarlo al Derecho Familiar.

En ese orden de ideas, se ha hecho referencia a la autonomía de la voluntad que en un principio estaba incluida en las disposiciones familiares, ya que estas se consideraban parte del derecho civil, no obstante, dicho principio es propio del derecho privado, por lo cual supone la idea de separarlo completamente del Derecho Familiar. El principio de la autonomía de la voluntad según el maestro Villoro Toranzo implica cuatro supuestos: “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*.”<sup>239</sup>

El mismo autor enseguida menciona que estos cuatro elementos son los que apartan a este principio de la filosofía individualista que le dio origen, lo que quiere decir que bajo esta nueva concepción vemos una autonomía individual que ya no es omnipresente, que se subordina a lo previamente establecido en el orden jurídico, este argumento parecería bastante tentador para la inclusión de este principio en el Derecho Familiar, sin embargo, debemos recordar que en esta rama del Derecho no hay excepciones ni casos específicos, puesto que todas las normas referidas a la organización de la familia son de orden público.<sup>240</sup>

---

<sup>238</sup> *Ibidem*, p. 128.

<sup>239</sup> Villoro Toranzo, Miguel, “*Derecho Público y Derecho Privado*”. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Tomo XXV. No 99-100. México. 1975. p. 917.

<sup>240</sup> Güitrón Fuentesvilla, “*El orden público y el Derecho Familiar*”, *op. cit.*, p.133.

De lo anterior se desprende que ni siquiera en el Derecho Privado la autonomía de la voluntad, permite celebrar actos jurídicos arbitrarios o totalmente libres, simplemente da un margen de actuación a los particulares, sobre actos previamente establecidos, en otras palabras, la autonomía de la voluntad está sometida a la ley.

Tenemos en consecuencia que el orden público está presente en el Derecho Familiar de una manera diferente, es decir, la autonomía de la voluntad está ausente en su totalidad, puesto que la voluntad de alguna de las partes es incapaz de producir efectos jurídicos, ya que en esta rama del Derecho la ley no reconoce ni garantiza por sí misma el propósito práctico que los particulares quieran perseguir.<sup>241</sup>

En México desde el Código Familiar de Hidalgo de 1983, se disponía que las normas contenidas en dicho ordenamiento son de orden público, posteriormente lo mismo sucede con los Códigos Familiares de Zacatecas de 1986, Michoacán de 2004, Morelos de 2006, San Luis Potosí de 2008, Sonora de 2009, Yucatán de 2012 y Sinaloa de 2013.

Por su parte en el caso del Código Civil para el Distrito Federal es hasta el año 2000, cuando hay una declaración expresa de que todas las normas de Derecho Familiar son de orden público, específicamente en el artículo 138 TER del Código Civil que dispone lo siguiente:

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

De esta manera, podemos observar que a partir del año 2000 tenemos en el Distrito Federal un “Nuevo Derecho Familiar”, entre otras cosas por la inclusión del orden público, que se ve reflejado en diversas figuras jurídicas como el divorcio, concubinato, filiación, etc., lo que nos lleva a decir que este principio en el Derecho Familiar es esencial, no se puede dejar al arbitrio de algún particular ninguna disposición relativa a la familia, ni siquiera con una

---

<sup>241</sup> *Ibidem*, p. 135.

ley que delimite su actuación, por ende, el orden público tiene una aplicación subjetiva, sólo puede ubicarse en un tiempo y lugar determinados, puesto que se deben de encuadrar cuestiones políticas, filosóficas, morales y privadas, por lo tanto, como lo afirma el Dr. Julián Güitrón Fuentevilla *“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; [...] Debemos reiterar, que la esencia del orden público, es el mandato impuesto por el Estado, para proteger a la familia.”*<sup>242</sup>

Con esto en mente podemos afirmar que el principio de orden público e interés social es el parámetro jurídico de decisión que establece un conjunto de normas jurídicas impuestas por el Estado que deben ser obedecidas sin protestar, dándole fuerza a toda la legislación familiar tenga o no tenga una codificación especial para ella, por ende, todos los derechos que se refieran a la familia son intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles, asimismo no podemos dejar del lado al interés social que de igual manera se va estructurando en un lugar y tiempo determinado, de modo que este principio se debe ir actualizando constantemente.

El fundamento interno de este principio lo encontramos en el mencionado Código Civil para el Distrito Federal, como en los Códigos Familiares vigentes, asimismo nuestra Carta Magna se refiere al orden público de distintas formas, por ejemplo, en algunos casos se refiere a las alteraciones graves al orden público, conectando con la teoría de la noción, vinculándolo con la paz y la tranquilidad, no obstante, en el párrafo segundo del artículo 16 Constitucional encontramos que las disposiciones de orden público constituyen una excepción a los principios que rigen la protección de datos personales, esta idea de orden público es la que más se asemeja a lo que hemos estado estudiando, la fuerza de todas aquellas disposiciones que se consideren de orden público e interés social.

---

<sup>242</sup> *Ibidem*, p.142.

Por su parte nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de varios criterios jurisprudenciales ha resaltado la importancia del orden público en el Derecho Familiar, tal es el caso de la Tesis: I.5o.C. J/11, que desde nuestro punto de vista es una de las más importantes puesto que nos da el concepto de Derecho Familiar, mencionando que: *“En el sistema jurídico mexicano, basado en un sistema constitucional y democrático, el derecho familiar es un conjunto de principios y valores procedentes de la Constitución, de los tratados internacionales, así como de las leyes e interpretaciones jurisprudenciales, dirigidos a proteger la estabilidad de la familia y a regular la conducta de sus integrantes entre sí, y también a delimitar las relaciones conyugales, de concubinato y de parentesco, conformadas por un sistema especial de protección de derechos y obligaciones respecto de menores, incapacitados, mujeres y adultos mayores, de bienes materiales e inmateriales, poderes, facultades y deberes entre padres e hijos, consortes y parientes, cuya observancia alcanza el rango de orden público e interés social.”*<sup>243</sup> Dicho concepto nos ayuda a comprender la importancia de la aplicación de principios en el Derecho Familiar y por supuesto la fuerza que le da específicamente el principio de orden público e interés social. Otro ejemplo lo encontramos en la Tesis: VI.2o.C. J/16 (10a), donde se dispone que la visita y convivencia de los menores con sus progenitores es un derecho fundamental que tiende a proteger el interés superior de aquéllos, por lo tanto, su observancia es de orden público e interés social, donde la convivencia se impedirá únicamente cuando se estime razonadamente que resultaría más perjudicial que benéfico al menor, este criterio refuerza nuestra idea de la armonización de principios, ya que en este caso se aplica el principio de orden público e interés social y el de interés superior del menor, cada uno en su justa medida.<sup>244</sup>

---

<sup>243</sup> Tesis I.5o.C. J/11, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época*, t. XXXIII, marzo de 2011, p. 2133.

<sup>244</sup> Tesis VI.2o.C. J/16, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época*, libro 17, t. II, abril de 2015, p. 1651.

El fundamento internacional se encuentra en diferentes disposiciones, por ejemplo, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1948 en el numeral 2 del artículo 29 se destaca que aun cuando a las personas se les reconozcan ciertos derechos y libertades, en el ejercicio o disfrute de estos, no pueden dejar de observar las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática, por lo tanto, este artículo fortalece la idea de que el orden público e interés social, es diferente de acuerdo a la sociedad a la que se refiera, sin embargo, en el Derecho Familiar compartimos la idea de que en cualquier sociedad lo que se debe buscar es la protección de familia en todos sus aspectos.<sup>245</sup>

Por otra parte, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, en sus artículos 13, 15, 16 y 22 sigue la misma idea de la Declaración antes mencionada, destacando al orden público como un límite para algunos derechos y libertades, esto se debe a que el hombre vive en sociedad y como tal, debe respetar ciertos parámetros justos sin protestar.<sup>246</sup>

Como conclusión tenemos que el principio de orden público e interés social estructura la esencia del Derecho Familiar, la protección de la familia y de todos sus miembros de manera contundente, provocando que todas las disposiciones relativas a la familia sean respetadas y obedecidas por todos los ciudadanos sin protestar.

---

<sup>245</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1948, en: <https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosDeclaracion/PAG0131.pdf>.

<sup>246</sup> Convención Americana Sobre Derechos Humanos de 1969, en: <https://www.scjn.gob.mx/libro/instrumentosconvencion/pag0259.pdf>.



## V. Principio de Protección Familiar

Hemos mencionado que los fines esenciales del Derecho son tres, el bien común, la justicia y la seguridad jurídica, de tal modo que si alguno de estos objetivos llegara a faltar, el Derecho se convertiría en una simple técnica de control social. Con esto en mente debemos preguntarnos si en la actualidad se tiene una protección familiar lo suficientemente sólida o si las circunstancias del presente nos obligan cada día a modificar la esencia de las Instituciones de Derecho Familiar, provocando que dicha seguridad jurídica de la familia se vea afectada directamente, a pesar de que, la protección de la familia lo que debe prevalecer pese a todo.<sup>247</sup>

Los cambios sociales han provocado que en muchos casos se “actualice” todo el aparato jurídico, no sólo en el campo legislativo sino en las decisiones judiciales, las cuales son fundamentales en la aplicación del principio de protección familiar.

Ahora bien, el principio de protección familiar es el parámetro jurídico de decisión que protege todos los derechos de la familia o de alguno de sus miembros, buscando en primer lugar que todas aquellas normas jurídicas dedicadas específicamente a la protección de estos derechos brinden una adecuada seguridad jurídica para la familia, es decir, que se le dé un verdadero cuidado y defensa estable al núcleo familiar, que aquellas disposiciones estén a la altura de la familia. En segundo lugar, este principio busca que en su aplicación aquellas disposiciones jurídicas protectoras de la familia sean interpretadas de manera que brinden la protección más amplia posible, de esta forma dicho principio nos servirá para propiciar la defensa de la integración familiar, sumado a ello, debemos mencionar que la protección familiar debe empezar desde el núcleo familiar.

---

<sup>247</sup> Güitrón Fuentesvilla, Julián, *¿Qué es el Derecho Familiar?*, op. cit., p. 198.

En este punto debemos recordar que los principios al ser generales brindan mayor protección a los individuos, ya que si los limitamos, perderían su eficacia a tal grado que nos servirían de poco. Por esta razón, el principio de protección como tal, no puede limitarse a la defensa únicamente de la familia, ya que se puede aplicar a todas las ramas del Derecho, evidentemente al ser objetivo de la presente investigación mencionar los principios generales de Derecho Familiar, nos enfocamos en este, sin embargo, aquellos principios deben ser aplicados a todo lo que denominamos Derecho.

El fundamento interno de este principio, lo podemos encontrar en diversas disposiciones de nuestra Carta Magna, desde el artículo 1 Constitucional donde se reconocen y protegen los Derechos Humanos, hasta en el articulado transitorio, ciertamente no sólo se refiere a la protección familiar como lo hemos aclarado, ya que se mencionan cuestiones como la protección de la salud, datos personales, de la víctima, ofendidos, testigos, de derechos políticos, del ambiente, etc.

Específicamente en el artículo 4 Constitucional base elemental para la protección familiar, se describe la forma en que la ley deberá de proteger la organización y el desarrollo de la familia, por lo cual, este mandato constitucional debe permear en todo nuestro sistema jurídico, obligando que cualquier disposición que pueda afectar directa o indirectamente a la familia, debe emerger de la base el principio de protección familiar; como sabemos los principios son diferentes de las directrices políticas sin embargo, tienen mucha relación sobre todo en la práctica, puesto que para la protección de todos estos derechos humanos fundamentales reconocidos en el artículo 4 Constitucional, además de principios se necesitan políticas públicas para su cumplimiento, debido a que por ningún motivo deben quedar como letra muerta, es decir, no puede haber reglamentación obsoleta que no vaya con la realidad social de la familia.<sup>248</sup>

---

<sup>248</sup> *Ibidem*, p. 306.

Por otra parte, el artículo 29 Constitucional que ya hemos estudiado, el cual se refiere a la restricción o suspensión del ejercicio de los Derechos Humanos y de sus garantías, menciona que en los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de diferentes derechos, entre los cuales figura la protección de la familia, de lo cual podemos extraer la importancia de este principio, que como lo afirmamos, los principios se pueden encontrar plasmados en alguna norma jurídica de manera evidente, por esta razón, es de suma importancia que el impartidor de justicia realice un estudio profundo para contemplar aquellas disposiciones que los contengan y aún más, si no existiera tal referencia, encontrarlos y aplicarlos a través de la interpretación.

A nivel internacional ubicamos a este principio en diferentes instrumentos, por ejemplo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 donde a lo largo de su estructura encontramos reflejado el principio de protección, específicamente en el campo familiar en su artículo 17 donde se dispone que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado, además se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, así como el deber de los Estados Partes de dicha convención para tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. Es necesario resaltar que este artículo 17 es uno de los más importantes para la familia puesto que establece una conexión entre principios que a lo largo de este capítulo hemos descrito, esto sin duda alguna refuerza la idea de la necesaria aplicación de principios en un sistema jurídico donde se pretenda reconocer y proteger Derechos Humanos.<sup>249</sup> Un aspecto significativo es que dicha disposición es idéntica al artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1948, lo que nos deja observar que la familia siempre ha sido muy importante en la sociedad.

---

<sup>249</sup> Convención Americana Sobre Derechos Humanos de 1969, en: <https://www.scjn.gob.mx/libro/instrumentosconvencion/pag0259.pdf>.

Por último, es indispensable mencionar que este principio también se ve reflejado en las resoluciones de nuestro máximo Tribunal, donde a través de tesis aisladas, jurisprudencia y resoluciones de contradicciones de tesis, se aplica dicho estándar de diversas formas, provocando que la familia se vea beneficiada. En ese orden de ideas, encontramos la aplicación de este principio en un tema que ha sido motivo de mucha discusión, nos referimos a la regulación del concubinato, el cual ha sido reconocido en el Derecho Mexicano para brindar una mayor protección a la familia, ya que a pesar de que es un hecho jurídico, sin duda alguna produce consecuencias jurídicas determinantes para los miembros de aquellos que conforman una familia y que no han decidido contraer matrimonio, este es otro ejemplo para demostrar que los principios son clave en el Derecho Familiar.<sup>250</sup> Encontramos en la tesis: 1a. VI/2015 (10a) los motivos que fundamentan la necesaria regulación de este hecho jurídico destacando que la legislación civil o en el mejor de los casos la familiar, deben regular de manera efectiva esta situación, dando una gran certeza jurídica a la familia.<sup>251</sup>

Como conclusión, afirmamos que la elaboración de codificaciones familiares a lo largo de nuestro país y en una idea más unificadora, la creación de un Código Familiar Federal o la armonización de la legislación local, representarían la aplicación efectiva del principio de protección familiar, ya que no se encontraría dispersa la regulación para la familia y por lo tanto, la seguridad jurídica de la familia sería más estable.<sup>252</sup>

---

<sup>250</sup> Güitrón Fuentesvilla, Julián y Roig Canal, Susana, *Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México Distrito Federal del año 2000*, op. cit., p. 173.

<sup>251</sup> Tesis 1a. VI/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro. 14, t. I, enero de 2015, p. 749.

<sup>252</sup> Güitrón Fuentesvilla, Julián, *Proyecto de Código Familiar Tipo para los Estados Unidos Mexicanos*, op. cit., p. 15.

## VI. Principio de Solidaridad Familiar

Este estándar es un claro ejemplo de la aplicación de principios que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la jurisprudencia, tesis aisladas y resoluciones de contradicción de tesis, donde a pesar de que este principio lo encontramos plasmado de manera tenue, por ejemplo, en el artículo 138 Sextus del Código Civil para el Distrito Federal, podemos sin lugar a duda identificarlo, además como lo afirmamos, los principios deben mantener su carácter “general” para que sean aplicados de una mejor manera, es decir, los principios son identificados de una forma más clara cuando se realiza una interpretación de alguna disposición jurídica o bien, cuando se busca una óptima impartición de justicia.

Cualquiera que pretenda explicar la solidaridad, la relaciona con el cumplimiento de las obligaciones, cuestión que es diferente cuando se toma a la solidaridad como un principio, derecho o valor, aunque no deja de ser solidaridad, simplemente se enfoca en cuestiones diferentes, es por ello, que cuando nos referimos al principio de solidaridad familiar nos centramos en las repercusiones jurídicas que tiene dentro del núcleo familiar, como un deber entre los miembros de la familia, en consecuencia se aplica directamente el concepto de Derecho Familiar expuesto en el primer capítulo.<sup>253</sup>

El principio de solidaridad familiar es el parámetro jurídico de decisión que establece la asistencia, ayuda mutua y el comportamiento que debe existir entre los miembros de una familia, basado en lo expresado por la legislación familiar, que más que una obligación sería un deber, además incluye todas las acciones que los integrantes de la familia pueden realizar para el desarrollo e integración de esta. Cada Estado debe observar dicho principio

---

<sup>253</sup> Güitrón Fuentesvilla, Julián y Roig Canal, Susana, *Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México Distrito Federal del año 2000*, op. cit., p. 69.

en todo su ordenamiento jurídico, en favor del bien común de la sociedad, por ende, este principio no sólo está dedicado a los individuos como miembros de una familia, sino a los legisladores que lo estructuraran de manera diferente debido a su naturaleza circunstancial y a los jueces, donde tendrán que interpretar las normas jurídicas existentes bajo la idea de solidaridad.

Hasta ahora, parecería ser que este principio es simplemente un ideal, que no tendría aplicación práctica, donde únicamente se involucra la ética y la moral de cada uno de los individuos, cuestión que no es errónea, sin embargo, para la aplicación específica de este principio en un caso jurídico en concreto requiere mucho más que una simple descripción general.

La aplicación de este principio se puede observar por ejemplo, en la obligación de otorgar alimentos a cargo de los ascendientes, descendientes, hermanos o parientes colaterales hasta el cuarto grado, donde retomamos la idea del principio de gradación que nos sirve para identificar cuál miembro de la familia tiene el deber de otorgar alimentos, pero cabría preguntarse ¿por qué se les tiene que otorgar alimentos?, en primer lugar, porque el principio de orden público e interés social en el Derecho Familiar es claro como lo hemos descrito, y segundo, porque el principio de solidaridad familiar se traduce en una pauta de comportamiento para los miembros de determinado núcleo familiar, al respecto la Primera Sala de nuestro máximo Tribunal a través de la tesis aislada: 1a. CCCLXI/2014 (10a) menciona que la existencia de vínculos sanguíneos o afectivos produce una expectativa de ayuda recíproca denominada solidaridad familiar, que se actualiza ante un escenario de necesidad, mientras que la patria potestad se traduce en una protección permanente que los progenitores o quien ejerza la misma deben llevar a cabo respecto a los menores. En este caso la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resalta la necesidad como elemento esencial para el otorgamiento de los alimentos, así como la importancia de la patria potestad,

cuestión que es clave para observar cómo opera este principio en el Derecho Familiar.<sup>254</sup>

Por otra parte, un caso que de igual manera involucra al principio de solidaridad familiar, que dicho sea de paso, deriva de la tesis antes mencionada, ya que la Primera Sala de nuestro máximo Tribunal interpretó el artículo 357 del Código Civil para el Estado de Guanajuato, el cuál dispone lo siguiente:

*ARTÍCULO 357. Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos desde el momento en que son concebidos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximas en grado. (Artículo Reformado. P.O. 17 de mayo de 2013)*

Con la sola lectura del texto, nos queda claro lo que quiere decir, al menos en un plano general, no obstante en un caso en concreto, donde una madre en representación de sus dos hijos menores de edad, demandó al abuelo paterno de los menores el pago de una pensión alimenticia, debido a que el padre de estos habría renunciado a su trabajo para no cumplir con dicho deber. En un primer momento se le obligó al abuelo a cubrir los alimentos, sin embargo, dicho asunto llegó hasta la Primera Sala de la SCJN, la cual resolvió que para que se actualice dicha obligación, se traduce en escenarios en los cuales se encuentra justificada la carga alimentaria de los abuelos, es decir, a falta o imposibilidad de quienes ejercen la patria potestad, por lo cual libera de la carga a los abuelos, a pesar de ello, las obligaciones de los abuelos respecto de sus nietos, aun cuando cuenten con sus padres, derivan del principio de solidaridad familiar.

Como podemos observar, en estos dos casos el principio de solidaridad familiar tiene diferente peso o importancia, ya que en el primer caso donde se explica de manera general las características de dicho principio, se concluye que es muy importante para justificar la carga alimentaria sobre aquel que determine el principio de gradación, sumado a la fuerza que le da

---

<sup>254</sup> Tesis 1a. CCCLXI/2014, Gaceta del *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 11, t. I, octubre de 2014, p. 590.

el principio de orden público e interés social, es decir, dicho principio es fundamental, mientras que en el segundo caso se aplica el principio de solidaridad familiar en primer lugar a los padres de los menores, para concluir que ellos tienen el deber de darle alimentos a sus hijos, dado que son los que ejercen la patria potestad, pese a ello los abuelos tendrán la obligación para con sus nietos derivada precisamente de aquellos comportamientos que no son jurídicamente obligatorios, pero sí muy importantes para la integridad de la familia, es decir, los abuelos no pueden ser obligados a cumplir una obligación que deben satisfacer los padres, no obstante, debido a los lazos afectivos, sí que podrían ayudar en lo que ellos pudieran, no necesariamente en lo económico, sino en algo que beneficie a sus nietos, por lo tanto en este caso el principio de solidaridad familiar, no resulta ser tan determinante como en el primer caso, ya que no tiene la suficiente fuerza para obligar a los abuelos a otorgar alimentos a sus nietos.

Al llegar a este punto, parecería ser que al menos en este caso, no se estaría aplicando eficazmente el principio de solidaridad familiar, puesto que una de sus características es la expectativa de ayuda recíproca entre los miembros de una familia, y al liberar de la obligación alimentaria a los abuelos, no se estaría cumpliendo dicha característica, al respecto tenemos que aclarar que un principio sobrevive intacto aun cuando no prevalezca, lo que quiere decir que puede orientar un caso hacia una dirección pero no de manera concluyente,<sup>255</sup> por lo tanto en el segundo caso es menos determinante el principio de solidaridad familiar, debido a que hay alguien quien ejerce la patria potestad, lo que refuerza su naturaleza circunstancial y la forma en que convive con las Instituciones y otros principios generales de Derecho Familiar.

---

<sup>255</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 89.



## VII. Principio Pro Persona en Derecho Familiar

Llegamos al último principio de nuestro capítulo, esto no significa que los principios hasta ahora mencionados, constituyan la totalidad de principios aplicables al Derecho Familiar, ya que como lo afirmamos, los principios dada su naturaleza no pueden ser enlistados de una manera concluyente, simplemente ofrecen un marco para la solución de problemas que involucran a la familia, así como fomentar su desarrollo e integridad, evidentemente la aplicación de estos no solo van dirigidos a los jueces, debido a que la función legislativa es fundamental para construcción de un sistema que contenga y sobre todo aplique principios.

El principio pro persona o también denominado pro homine ha tomado gran relevancia en nuestro sistema jurídico a partir de las Reformas Constitucionales en materia de Derechos Humanos de 2011, puesto que antes de dichas modificaciones se centraba el análisis en la protección de las llamadas garantías individuales que protegían a su vez Derechos Humanos, pero de una manera restringida, es decir, nuestra Carta Magna contenía la totalidad de esos derechos y garantías, sin incluir los demás Derechos Humanos contenidos en Tratados Internacionales, lo que provocaba que no existiera una urgencia por formular criterios de aplicación del principio pro persona, ya que no se aplicaba de la forma tan específica como en la actualidad.<sup>256</sup>

El principio pro persona es el parámetro jurídico de decisión que brinda la protección más amplia o la interpretación más extensiva de las normas jurídicas, por ende, la que más favorezca a la persona en la protección de sus Derechos Humanos.

---

<sup>256</sup> García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma Constitucional sobre Derechos Humanos (2009-2011)*, op. cit., p. 66.

Como podemos observar este principio tiene dos enfoques, el primero se refiere a la aplicación de la norma que más favorezca a la persona en la protección de sus Derechos Humanos, y el segundo se refiere tanto a la interpretación más amplia en la protección de los mismos, como a la interpretación más restrictiva de sus limitaciones, de esta manera este principio tiene una función de aplicación normativa y una interpretativa.

En la actualidad la aplicación del principio pro persona involucra tanto a la Legislación Interna como a la Internacional de una manera más estricta, lo que provoca la necesidad de formular una serie de criterios de operación para este principio en nuestro sistema jurídico, ya que en muchos casos se podría encontrar antinomias o contradicciones de leyes, es por ello, que debemos recordar lo importante del ejercicio del control difuso de convencionalidad, así como la aplicación de la cláusula de interpretación conforme, que sin duda alguna facilitarían la eficacia del principio pro persona.

En ese orden de ideas, el principio pro persona ha sido aplicado y estructurado a nivel Internacional, específicamente en la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde hace mucho tiempo, podemos identificar una primera definición en el año 1986 por parte del juez Rodolfo E. Piza Escalante en uno de sus votos adjuntos a una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde mencionaba que este principio es un criterio fundamental que a su vez está sujeto a la naturaleza de los Derechos Humanos y obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen.<sup>257</sup> Esta definición nos muestra el panorama de este principio a nivel internacional, y nos atreveríamos a decir que nos ejemplifica los objetivos de dicho principio, sin embargo, en la actualidad esta descripción resultaría poco práctica ya que al incluir temas como el control de constitucionalidad y en su caso el control de convencionalidad (concentrado

---

<sup>257</sup> Medellín Urquiaga, Ximena, *Principio pro persona*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013, p. 17.

y difuso), encontraríamos que dicho principio se ve sumamente limitado de acuerdo a los criterios que cada Estado formule para su aplicación.

Debemos resaltar que el Principio pro persona también propone a los legisladores nacionales crear leyes internas que sean más protectoras para las personas, que sean compatibles con la Legislación Internacional y que de ninguna manera busquen limitar Derechos Humanos arbitrariamente. En ese orden de ideas, las limitaciones a los Derechos Humanos deben estar justificadas y ser legítimas, al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 estableció que:

*“Al leer el artículo 30 en concordancia con otros de la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de la siguientes condiciones: a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida; b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a “razones para el cual han sido establecidas”. Este criterio teleológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder; y c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas.”<sup>258</sup>*

Por lo anterior, podemos establecer que las limitaciones o restricciones a los derechos no pueden ser arbitrarias ni desproporcionadas, lo que contribuye a la adecuada aplicación del principio pro persona al momento de interpretar dichos límites, de tal manera que este principio no es un sustituto de otros principios de interpretación, sino que proporciona en primer lugar la obligación de apegarse a la interpretación que más favorezca a la persona,

---

<sup>258</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva oc-6/86 del 9 de mayo de 1986, serie A, núm. 6, párr. 18.

por esta razón, en algunos países también se le ha denominado como principio de favorabilidad.

En una “versión” óptima e ideal del principio pro persona, no tendría que limitarse su aplicación, ya que una de las características de los principios es la generalidad, aunque esta no debe ser estricta sino flexible ante el caso concreto, sí constituye un elemento fundamental puesto que brinda más protección a la persona, sin embargo, el limitar la esfera de actuación de un principio puede provocar que este se vuelva “absoluto” y que su aplicación se considere inviable en un sistema determinado, asimismo cuando encontremos una posible “colisión de principios”, tendríamos que aplicar el ejercicio de ponderación, en el sentido que expusimos al analizar la teoría de Robert Alexy.

Nuestro país forma parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde 1981, sin embargo, la declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se formuló hasta el 16 de diciembre de 1998,<sup>259</sup> lo que provocó la necesidad de establecer criterios específicos para armonizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con la emitida por nuestro Poder Judicial, lo que afecta directamente al principio pro persona ya que la aplicación de este principio debe permear en todo nuestro sistema jurídico, no se puede limitar sólo cuando involucre normas secundarias, dado que pueden surgir conflictos con lo expresado en nuestra Carta Magna y lo establecido en algún Instrumento Internacional del que el Estado Mexicano sea parte, al respecto en la parte final del capítulo III de la presente investigación estudiamos cómo funciona de manera general el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, donde la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es fundamental,

---

<sup>259</sup> DECRETO por el que se aprueba la Declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Diario Oficial de la Federación, Estados Unidos Mexicanos, 8 de diciembre de 1998.

asimismo mencionamos la limitación que nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación le asignó al principio pro persona, la cual consiste en que cuando en nuestra Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los Derechos Humanos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional, esto sin duda alguna interfiere con el alcance del principio pro persona cuando involucra normas Constitucionales e Internacionales, es aquí donde se encuentran los problemas más graves de antinomias, lo cual es solucionado a través de dicha limitación, que dicho sea de paso no estaba contenida en el proyecto original del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, no obstante nos parece que es una medida que lejos de ser benéfica, restringe la aplicación no sólo del principio pro persona sino de cualquier otro que se pudiera aplicar.

Como podemos observar, el margen de aplicación del principio pro persona es muy extenso, al menos a nivel Internacional, y es precisamente en este punto donde el Estado Mexicano tendría que proteger de una mejor manera los Derechos Humanos, puesto que la limitación antes mencionada constituye una protección de derechos parcial, esto quiere decir que los protegerá siempre y cuando no entren en conflicto con el texto constitucional, lo que provoca que los Instrumentos Internacionales queden sin el efecto que se pretendía en las Reformas Constitucionales de 2011, esto no quiere decir que no sirvieron de nada estas modificaciones, pero sin duda alguna se han visto acotadas.

El fundamento nacional de este principio lo encontramos en el párrafo segundo del artículo 1ro Constitucional, donde se menciona que se favorecerá en todo tiempo a las personas la protección más amplia, es decir, impone a cualquier administrador o impartidor de justicia la aplicación del principio pro persona, sin embargo, como lo hemos visto nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación formula criterios específicos para la aplicación de este principio en casos especiales, por ejemplo, a través de la tesis aislada: I.5o.C.9 K (10a) emitida por los Tribunales Colegiados de Circuito en el mes de junio de 2015, se dispone que en las sentencias de amparo, el análisis de las cuestiones planteadas debe realizarse tomando en

consideración el ámbito de competencia que corresponde a los operadores jurídicos que han intervenido en el acto de autoridad, todo esto conforme al artículo 1ro Constitucional, por ende, se debe de aplicar el principio pro persona sin que su aplicación conduzca a la vulneración de otros derechos previstos a favor de personas diversas al impetrante, por lo tanto según esta tesis aislada este principio no implica que se dejen de observar las normas que regulan la actuación de los juzgadores, en la instancia que les corresponda, ya que si no se observaran los principios rectores de la labor jurisdiccional se generaría una vulneración a la seguridad jurídica.<sup>260</sup>

Todo lo anterior, refuerza nuestra idea que consiste en que se pueden aplicar diversos principios en un caso concreto, sin necesidad de descalificar alguno de estos, simplemente se trata de aplicarlos en la medida que se requiera, no necesariamente debe existir una colisión de principios cuando a la menor provocación encontráramos un argumento que nos indique que hay un enfrentamiento entre dos principios, por ejemplo, hemos dado dos “limitaciones” al principio pro persona, la primera de ellas referente a la restricción expresa de algún derecho en nuestra Carta Magna, y la otra referente a las sentencias de amparo, debemos notar que ambas constituyen una barrera para dicho parámetro, sin embargo, existe una gran diferencia, mientras la primera vulnera la aplicación efectiva del principio, la segunda nos sirve para armonizarlo con los demás estándares, es decir, una le da un carácter más “absoluto” al principio y la otra lo “armoniza”, por esta razón cuando entra en una posible colisión con el principio de seguridad jurídica en el segundo caso, no es más que una armonización de principios.

Ahora bien, el fundamento Internacional del principio pro persona lo encontramos en prácticamente todos los Tratados Internacionales de Derechos Humanos o en aquellos que contengan alguno, debido a que el objetivo principal de estos, es la protección de derechos, por lo cual al aplicar este principio a nivel internacional se tendrá que elegir aquel

---

<sup>260</sup> Tesis I.5o.C.9 K, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 19, t. III, junio de 2015, p. 2363.

instrumento que más favorezca a la persona. Ya hemos hablado del papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la estructura de este principio, así como la importancia de su jurisprudencia, de igual manera la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aplica este principio en sus informes y resoluciones, enfocando más su atención en la preferencia de normas en diversos Instrumentos Internacionales, inclusive no se limita a los Tratados Interamericanos sino en aquellos que protejan derechos en los Estados Americanos, provocando que el alcance de este principio sea aún más amplio, lo que beneficia a la familia directamente puesto que se aplicarían disposiciones como la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.<sup>261</sup>

En ese orden de ideas, en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 encontramos diferentes pautas para la interpretación de las normas de la misma convención, disponiendo lo siguiente:

*Artículo 29. Normas de Interpretación*

*Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:*

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;*
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;*
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y*

---

<sup>261</sup> Castañeda, Mireya, *El principio pro persona. Experiencias y expectativas*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2014, p. 52.

*d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.*<sup>262</sup>

Como se puede observar, este artículo es fundamental en el estudio del principio pro persona ya que nos menciona la interpretación de las normas en cuanto se refieran a limitaciones o restricciones en el goce o ejercicio de algún derecho, esto no es más que una advertencia para que los Estados parte de dicha Convención armonicen la Legislación Local con la Internacional, asimismo destaca el enfoque interpretativo del principio pro persona.

Por último, debemos reconocer que este principio es tal vez uno de los más variables, por ende, cambia con tal rapidez que es muy importante mantenerlo actualizado, por ejemplo, este principio se va robusteciendo cuando el Estado Mexicano adquiere más compromisos a nivel internacional asimismo, cuando nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación establezca criterios para su aplicación, será estructurado. En conclusión podemos afirmar que el principio pro persona es uno de los más importantes no sólo para el Derecho Familiar, sino para el Derecho en general, lo que nos invita a reflexionar sobre su trascendencia en nuestro sistema jurídico, no obstante, debemos aceptar que con este principio no se invocan los demás, es decir, no es un principio que incluya todos los demás principios, ya que no es absoluto, simplemente nos ayuda a identificar la norma o su interpretación que más favorezca a la persona, sin embargo, cuando este es aplicado puede armonizar diferentes principios, lo cual será un consecuencia benéfica, más no la razón de ser de este principio.

---

<sup>262</sup> Convención Americana Sobre Derechos Humanos de 1969, en: <https://www.scjn.gob.mx/libro/instrumentosconvencion/pag0259.pdf>



## CONCLUSIONES

PRIMERA.- La aplicación de los Principios Generales del Derecho es esencial en el Sistema Jurídico Mexicano y, deben ser observados, no por la vinculación que tengan éstos, sino por la importancia que ellos pueden adquirir en la solución de un caso. Esto no quiere decir, que los principios pretendan sustituir a las normas jurídicas, restarles importancia o causar algún tipo de desequilibrio en el sistema, al contrario, su aplicación beneficiará en la perfección de aquellas normas y nos ayudarán para crear, integrar e interpretar nuestro ordenamiento jurídico.

SEGUNDA.- Los principios son delicados, especiales y esenciales para el Derecho, a pesar de que su aplicación efectiva dependa de los criterios que cada sistema jurídico estructure para éstos, deben de ser observados de manera constante y no sólo recurrir a ellos cuando no quede opción, ya que no exigen condición alguna para su empleo, además, son más amplios que una norma jurídica, por ende, el impartidor de justicia tendrá más elementos para decidir en un sentido o en otro.

TERCERA.- Los principios no son normas jurídicas, puesto que estos no se pueden enlistar de manera concluyente, no tienen fecha de caducidad, no desaparecen, simplemente evolucionan, además, poseen la dimensión de peso o importancia, son diferenciados por su cualidad y no por su grado, coexisten, ninguno tiene más peso que otro, hasta que son aplicados al caso en concreto.

CUARTA.- La familia es el núcleo más importante de la sociedad, pieza esencial para el buen funcionamiento de cualquier Estado, su evolución nos muestra que siempre ha sido fundamental su protección, es por ello, que la

regulación de las relaciones familiares debe ser óptima y especializada, razón por la cual, el Derecho Familiar como un tercer género al lado del Público y del Privado, se encarga de brindarle seguridad y estabilidad a la familia.

QUINTA.- El reconocimiento y protección de Derechos Humanos, por parte de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos representa un gran reto para el Derecho Familiar, debido a la existencia de Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos dedicados a la protección de la familia o de alguno de sus miembros, los cuales contienen principios que deben ser armonizados con los establecidos en la Legislación Local.

SEXTA.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación debe formular criterios específicos para la aplicación de principios, que busquen maximizar sus objetivos y jamás limitarlos en su esencia o convertirlos en absolutos.

SÉPTIMA.- En México, a raíz de las Reformas Constitucionales en materia de Derechos Humanos de 10 de junio de 2011, los principios han adquirido mayor solidez, puesto que son robustecidos por todos aquellos criterios nacionales e internacionales que sirven para su efectiva aplicación.

OCTAVA.- Los principios generales del Derecho son los parámetros jurídicos de decisión básicos que integran nuestro sistema jurídico, son fuentes formales del Derecho y ofrecen un juicio acerca de la conducta humana a seguir en cierta situación, aunque no estén plasmados directamente en alguna norma jurídica, organizan y dan sentido a muchas de ellas.

NOVENA.- Los Principios Generales de Derecho Familiar son una herramienta imprescindible para el juez al momento de tomar una decisión, ya que afectara directamente a la familia o alguno de sus miembros, por lo cual deberá de resolver con la mayor humildad posible, y en caso de que exista algún tipo de discreción judicial, ésta encontrará en el Derecho Familiar su límite, en el Interés Superior de la Familia y de los menores.

DÉCIMA.- Los Principios Generales de Derecho Familiar son el de Equidad de Género Jurídico, Interés Superior del Menor, Interés Superior de la Familia, Orden Público e Interés Social, Protección Familiar, Solidaridad Familiar y Pro-Persona.

UNDÉCIMA.- El principio de Equidad de Género Jurídico es el parámetro jurídico de decisión que establece que los derechos y obligaciones del hombre y la mujer son iguales, implicando mejores oportunidades para cada género en ciertas circunstancias, asimismo que toda norma que vaya en ese sentido, sea interpretada de manera razonable buscando la solución más justa posible.

DUODÉCIMA.- El principio del Interés Superior del Menor es el parámetro jurídico de decisión que obliga al juez o a cualquier servidor público a proteger los derechos del menor sobre otros derechos, buscando lo que más beneficie al menor bajo cualquier circunstancia, además implica que la interpretación de toda norma dedicada a este sector, sea en favor de aquel.

DECIMOTERCERA.- El principio del Interés Superior de la Familiar es el parámetro jurídico de decisión que protege los derechos de los miembros de la familia tanto de manera individual y como miembros de esta, buscando el bienestar, desarrollo e integridad de la familia.

DECIMOCUARTA.- El principio de Orden Público e Interés Social en Derecho Familiar es el parámetro jurídico de decisión que establece un conjunto de normas jurídicas impuestas por el Estado que deben ser obedecidas sin protestar.

DECIMOQUINTA.- El principio de Protección Familiar es el parámetro jurídico de decisión que protege todos los derechos de la familia o de alguno de sus miembros, buscando en primer lugar que todas aquellas normas jurídicas dedicadas específicamente a la protección de estos derechos brinden una adecuada seguridad jurídica para la familia.

DECIMOSEXTA.- El principio de Solidaridad Familiar es el parámetro jurídico de decisión que establece la asistencia, ayuda mutua y el comportamiento que debe existir entre los miembros de una familia.

DECIMOSÉPTIMA.- El principio Pro Persona en Derecho Familiar es el parámetro jurídico de decisión que brinda la protección más amplia o la interpretación más extensiva de las normas jurídicas, por ende, la que más favorezca a los integrantes de la familia en la protección de sus Derechos Humanos.

## BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 3ra reimpresión., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

\_\_\_\_\_, *El concepto y la naturaleza del derecho*, trad. de Carlos Bernal Pulido, España, Marcial Pons, 2008

\_\_\_\_\_, *Derechos sociales y ponderación*, México, Fontamara, 2010.

AUSTIN, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, trad. de Felipe González Vicen, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

AYALA CORAO, Carlos M., *La Jerarquía Constitucional de los Tratados*, México, colección FUNDAp, 2003.

AZÚA REYES, Sergio T, *Los Principios Generales del Derecho*, 5ta ed., México, Porrúa, 2007.

BORDA, Guillermo A, *Tratado de Derecho Civil, Familia I*, 9na ed., Argentina, ed. Emilio Perrot, 1993.

BRICEÑO RUÍZ, Alberto, *Derecho de la Seguridad Social*, México, Oxford, 2010.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio, *La Equidad en el Derecho Privado, Derecho y Justicia*, España, ed. Bosch, 2009.

CASTAÑEDA, Mireya, *El principio pro persona. Experiencias y expectativas*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Printing Arts México, 2014.

- CASTAÑEDA RIVAS, María Leoba, *El Derecho Civil en México, dos siglos de Historia*, México, Porrúa, 2013.
- CASTELLAN, Yvonne, *La familia*, 2da reimpresión, trad. de Hugo Martínez Moctezuma, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- CHÁVEZ ASECIO, Manuel F, *La Familia en el Derecho*, 2da. ed., México, Porrúa, 1990.
- CICÚ, Antonio, *El Derecho de Familia*, trad. de Santiago Sentis Melendo con adiciones de Víctor Neppi, ed. EDIAR, Buenos Aires, 1947.
- CRUZ BARNEY, Oscar, et al. *Derecho Civil y Romano. Culturas y Sistemas Jurídicos comparados*, coord. por Adame Goddard, Jorge, México, UNAM-IIJ, 2006.
- CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La Guarda y Custodia de los hijos en las Crisis Matrimoniales*, España, ed. La Ley, 2012.
- DE LA MATA PIZANA, Felipe, *Derecho Familiar*, México, Porrúa, 2004.
- DWORKIN, Ronald, *¿Es el derecho un sistema de reglas?*, Cuadernillo de crítica 5, trad. Javier Esquivel y Juan Rebolledo G, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1977.
- \_\_\_\_\_, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, España, Planeta-Agostini, 1993.
- \_\_\_\_\_, Dworkin, Roland, *El imperio de la justicia*, 3ra reimpresión, trad. de Claudia Ferrari, España, Gedisa, 2008.
- \_\_\_\_\_, Dworkin, Roland, *Una cuestión de principios*, trad. de Victoria Boschioli, Argentina, Siglo veintiuno editores, 2012.

ENGELS, Federico, *El Origen de la Familia, de la Propiedad Privada y del Estado*, 12va ed., España, ed. Fundamentos, 1987.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *El Control Difuso de Convencionalidad: Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, FUNDAp, 2012.

\_\_\_\_\_, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, México, UNAM-IIJ, 2013.

FLORIS MARGADANT S, Guillermo, *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*, 14 ed., México, ed. Esfinge, 1997.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007.

\_\_\_\_\_, y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma Constitucional sobre Derechos Humanos (2009-2011)*, México, UNAM, Porrúa, 2011.

GAVIRIA LIÉVANO, Enrique, *Derecho Internacional Público*, 6ta ed., Colombia, TEMIS, 2005.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *Legislación Familiar del Estado de Hidalgo*, Gobierno del Estado de Hidalgo, Pachuca de Soto, Hidalgo, México, 1983.

\_\_\_\_\_, *¿Qué es el Derecho Familiar?*, 2da. ed., México, Promociones Jurídicas y Culturales, S.C., 1987.

\_\_\_\_\_, *Derecho Familiar*, 2da ed., México, UNACH, 1988.

\_\_\_\_\_, *Tesis*, México, Promociones Jurídicas y Culturales, 1991.

\_\_\_\_\_, y Roig Canal, Susana, *Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México Distrito Federal del año 2000, (correlacionado, comparado y comentado), art 1º. Al 746 bis*, México, Porrúa, 2003.

\_\_\_\_\_, *Compendio de Términos de Derecho Civil*, coord. por Jorge Mario Magallón Ibarra, México, Porrúa-UNAM-IIJ, 2004.

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

HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, 2da. ed., trad. de Genaro R. Carrió, Argentina, ed. Abeledo-Perrot, 1992.

\_\_\_\_\_, *Post Scriptum al concepto del derecho*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2000.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. De Roberto J. Vernengo, 10ma ed., México, Porrúa, 1998.

LE FUR, Louis, *Los Fines del Derecho*, trad. de Daniel Kuri Breña, 4ta ed., México, UNAM, 1967.

MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena, *Principio pro persona*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013.

MORALES HERNÁNDEZ Manuel, *Principios Generales del Derecho*, México, Porrúa, 2009.

MORINEAU IDUARTE, Marta e Iglesias González, Román, *Derecho Romano*, 4ta ed., México, Oxford, 2009.

OCHA HOFMANN, Alfonso Estuardo, *Ética y derechos humanos*, México, IURE editores, 2006.



- PAJA BURGOA, José A, *La Convención de los Derechos del Niño*, España, ed. Tecnos, 1998.
- PÉREZ DE LOS REYES, Marco Antonio, *Historia del Derecho Mexicano*, 5ta reimpresión, México, ed. Oxford, 2012.
- PÉREZ DUARTE, Alicia, *Derecho de Familia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- RAZ, Joseph, *El concepto de Sistema Jurídico*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, México, ediciones Coyoacán, 2011.
- RECASENS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del Derecho*, Decimosexta ed., México, Porrúa, 2009.
- RICO ÁLVAREZ, Fausto, *De la persona y de la familia en el Código Civil para el Distrito Federal*, México, Porrúa, 2006.
- SÁNCHEZ EZNARRIAGA, Luis, *et. al.*, *Temas de Actualidad en Derecho de Familia*, España, Asociación Española de Abogados de Familia, ed. Dykinson, 2006.
- SERRANO GUZMÁN, Silvia, *El control de Convencionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, GVG Grupo Gráfico, 2013.
- SERRANO MIGALLÓN, Fernando, *et.al.* *Código de Napoleón*, México, Porrúa, UNAM, 2005.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Historia del Derecho Mexicano*, 15va ed., México, Porrúa, 2012.

SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, 14va ed., México, Porrúa, 2011.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho*, 1ra reimpresión, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986.

\_\_\_\_\_, *Los publicistas Medievales y la formación de la tradición Política de Occidente*, México, UNAM, 2005.

VILLANUEVA CASTILLEJA, Ruth, *Derecho de Menores*, México, Porrúa, 2011.

ZANNONI, Eduardo A, *Derecho de Familia*, tomo II, 2da ed., Argentina, ed. Astrea, 1989.

## LEGISLACIÓN

Código Civil Francés de 1804

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917

Ley sobre Relaciones Familiares de 1917

Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1928

Código Civil de Veracruz Llave de 1868

Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia federal de 1928

Código Familiar del Estado de Hidalgo de 1983

Código Familiar del Estado de Zacatecas de 1986  
Convención sobre los Derechos del niño de 1989  
Código Civil para el Distrito Federal del 2000  
Código Familiar del Estado de Michoacán de 2004  
Código Familiar del Estado de Morelos de 2006  
Código Familiar del Estado de San Luis Potosí de 2008  
Código de Familia para el Estado de Sonora de 2009  
Código de Familia para el Estado de Yucatán de 2012  
Código Familiar del Estado de Sinaloa de 2013

## DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

ACKERMAN, Mario E, *et al. Diccionario Jurídico*, Argentina, Rubinzal-Culzoni eds., tomo. II, 2012.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA MEXICANA, IJ, 2da ed., México, UNAM, Porrúa, tomo. V, 2004.

ENCICLOPEDIAS JURÍDICAS CIVITAS, *Enciclopedia Jurídica Básica*, ed. Civitas, vol. III, 1995.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Editorial Bibliográfica Argentina, Director: Bernardo Lerner, Argentina, tomo. XI, 1986.

FERRATER MORA, J, *Diccionario de Filosofía*, Ariel, Barcelona, tomo III, 1975.

NUEVO DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, tomo II, 2000.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Segunda ed., España, 2001.

## REVISTAS

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO, Número 68, México, UNAM, 1967.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO, Número 99-100, México, UNAM, 1975.

REVISTA DE DERECHO FAMILIAR “PATER FAMILIAS”, Número 1, México, Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho UNAM, 2013.

REVISTA DE DERECHO FAMILIAR “PATER FAMILIAS”, Número 2, México, Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho UNAM, 2014.

## MEDIOS ELECTRÓNICOS

[www.cmq.edu.mx](http://www.cmq.edu.mx)

[www.cndh.org.mx](http://www.cndh.org.mx)

[www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)

[www.diputados.gob.mx](http://www.diputados.gob.mx)

[www.scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx)

[www.sitios.scjn.gob.mx](http://www.sitios.scjn.gob.mx)

[www.un.org](http://www.un.org)

[www.oas.org](http://www.oas.org)