

00781
37
24.

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO.
FACULTAD DE DERECHO.**

DOCTORADO POR INVESTIGACIÓN.

"DERECHO PROCESAL FAMILIAR"

**TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTORA
EN DERECHO PRESENTA:**

LIC. MARICRUZ SANTA ANA SOLANO.

TUTORA: DRA. MARIA LEOBA CASTAÑEDA RIVAS.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

1997



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

RESUMEN EN ESPAÑOL DE LA TESIS DERECHO PROCESAL FAMILIAR.

La tesis doctoral denominada Derecho Procesal Familiar, se desarrolla en cinco capítulos. En el primero se analizan los conceptos fundamentales de familia y Derecho procesal, para llegar al análisis del concepto y características del Derecho Procesal Familiar. En el capítulo segundo la autonomía y naturaleza jurídica del Derecho Familiar, ya que sostenemos que si la rama sustantiva, es decir, el Derecho familiar ha logrado la autonomía del Derecho Civil: la rama adjetiva, es decir, el procesal familiar, cuenta con los elementos para lograrlo y crear el Derecho procesal familiar encargado de resolver conflictos familiares, con normas propias, y sin que se le apliquen principios del procedimiento civil, como hasta ahora, puesto que se trata de cuestiones que nada tienen en común. En el capítulo tercero se estudian los antecedentes históricos del Derecho Procesal Familiar. El cuarto contiene el análisis del procedimiento familiar, los principios que lo rigen y las fases en que se desarrolla. En el último capítulo, denominado Tesis de la Tesis, contiene la propuesta de crear el Derecho procesal familiar con normas especializadas en resolver conflictos de carácter familiar, los cuales son distintos de los que se presentan en Derecho civil, por lo cual los primeros no deben someterse a la aplicación de normas que no han sido creadas para ello.

SUMMARY " FAMILY PROCEDURE LAW"

The title of these doctoral thesis is family procedure law, and de content is -
divided in five chapters.

The first chapter analyze the main concepts about family and procedure Law, to -
reach the definition and characteristics of family procedure law.

The second chapter explained the autonomy and legal ground of Family Law, the -
issue supported here is if the substantive law wich refers to family law has reached -
the autonomy of the civil law, and the adjectivo Law wich refers to family procedure -
had the elements to reach and create the Family Procedure Law. To challenged and so -
lition the family conflicts without applying the principles of civil procedure as - -
has been done until now, because the inquiry here is that both different laws has -- -
nothing in comun. In chapter three the investigation explained the historic background
of family procedure law. The fourth chapter content is the analysis of family procedure
and the main bases and principles that developed through to the concept. The last - -
chapter named thesis of the thesis content the proposal to create family procedure law,
with specific regulations which are able to solution family conflicts and I belive are
diferent to the ones presented in civil law, for these reason the rules applied to --
the first should not be applied to the rules or regulationes wich hadn't been created
to solution the conflicts of the second.

A mis padres como testimonio de gratitud a todos los momentos que han dedicado a mi formación como persona y profesionista, esperando que siempre exista un motivo que los haga sentir orgullosos de mi, como yo lo estoy de ellos.

Julio: Cuando como mujer encuentras la realización al lado del hombre que el corazón ha elegido y él te apoya incondicionalmente y comparte tus sueños e ilusiones, los retos son más fáciles de superar.

A Lorena y Rafael quiénes han compartido este proyecto desde su inicio y me han impulsado a seguir siempre adelante. Gracias por su cariño.

A Quién, cuando pequeña, me enseñó a amar las estrellas, con la certeza de que ahora, que ya no está físicamente con nosotros, se ha convertido en una de ellas.

" Haz triunfar a los que te rodean y siempre estarás en la cima."

A la Doctora María Leoba Castañeda Rivas, quién con sus amplios conocimientos en el campo del Derecho Familiar, me hizo sentir la necesidad de escribir mi tesis doctoral sobre el tema que ahora presento; me impulso día con día a la culminación de este sueño, ayudándome siempre a superar los problemas surgidos. Sin embargo, lo más importante para mí, no es sólo que gracias a su apoyo pude terminar mi trabajo, sino la verdadera amistad brindada desde hace ya muchos años. Gracias por ser una gran maestra, una gran guía, pero sobre todo gracias por el Ser Humano que sabe dar.

Al Doctor Julián Güitrón Fuentesvilla, pionero en el campo del Derecho Familiar, eminente jurista reconocido internacionalmente, a quién hace algunos años tuve la fortuna de conocer y comenzar mi formación dentro del campo del Derecho Familiar. Hoy gracias a él, alcanzo una meta que quizá nunca soñé, pero que siempre me inculco. Gracias por su apoyo, conocimientos, amistad, pero sobre todo por dejarme descubrir en él a un Ser Humano excepcional.

P R O L O G O

Superación, sufrimientos, responsabilidad, diferencia entre estudios de Licenciatura, Maestría y Doctorado, dedicar parte de la vida a cristalizar un sueño, intentar la formación de nuevos juristas y en nuestro caso concreto, proyectar la inquietud de crear una nueva rama jurídica dentro del mundo del Derecho, son retos que hoy, sometemos a la digna consideración del jurado, que nos examinará para alcanzar el grado máximo que otorga la Universidad Nacional Autónoma de México, el grado de Doctor en Derecho, nos compromete cómo cuando iniciamos nuestros estudios de Licenciatura, porque estamos conscientes de éste nuevo paso, que con la ayuda de mi familia, mi esposo, mis amigos y mis maestros, nos colocan en la situación, en la conciencia de resumir en una palabra éste paso tan trascendente. Para nosotros éste no es el final, sino el principio; al entrar en una nueva etapa de responsabilidades, de obligaciones académicas y sobre todo, de continuar en la formación de jóvenes, que al ser parte de nuestros alumnos, nos obligan a seguir estudiando, cada día con más ahínco, porque estamos convencidos que esto no es una situación de privilegio, sino por el contrario, una gran responsabilidad que asumiremos como lo hemos hecho con todos nuestros compromisos profesionales, académicos, familiares y sobre todo con quiénes incondicionalmente, me han tendido siempre la mano, con la certeza de que seguiremos su ejemplo hoy y siempre.

Larga ha sido la trayectoria, desde que iniciamos nuestros estudios de Licenciatura, para hoy verlos coronados después de arduos esfuerzos, desvelos y horas continuas de trabajo con el examen que con nuestra mayor responsabilidad, pretendemos realizar en un lapso breve.

Lejos quedaron los años de Licenciatura menos los de Maestría y con gran actualidad los de Doctorado. Hemos tenido atrás de nosotros siempre la palabra superación, porque estamos convencidos de que sólo por éste camino lograremos sumarnos al grupo de personas comprometidas con nuestro país, con la Universidad Nacional y sobre todo con los mexicanos.

Sería absurdo negar que hemos sufrido y hemos disfrutado los esfuerzos y los éxitos para lograr nuestras metas. Hemos suplido las deficiencias con tenacidad; con objetividad nos damos cuenta que existen grandes diferencias entre obtener un título de Licenciado en Derecho y obtener una especialidad, una maestría y un doctorado.

No podemos dejar de considerar que si logramos cruzar el umbral que nos permita recibir el grado de Doctor en Derecho, expresar que nuestras aspiraciones no terminan con la elaboración de una tesis y un examen de grado; pretendemos y ojalá sigamos contando con el apoyo de quiénes hasta éste momento lo han hecho con nosotros, que el Derecho Procesal Familiar sea una realidad en el Distrito Federal y en todo el país. Es nuestra meta que la tesis,

que hoy con toda humildad sometemos a la consideración y el buen juicio de nuestro jurado, con sus aportaciones, observaciones, puntos de vista, correcciones y lo que en el examen oral nos puedan transmitir, vendrá a formar parte de lo que en un futuro no lejano dejara de ser tesis, para convertirse en un libro de texto; de consulta, de motivación, de investigación, porque si hoy hemos realizado un trabajo eminentemente académico, científico, técnico, que tiene aspiraciones y dedicatoria específica a nuestro jurado; después de pasar éste que para mi es un hecho histórico, le daremos a ésta tesis el enfoque de un libro, que permitirá en un futuro no lejano formar nuevos juristas, especialistas en Derecho Procesal Familiar.

La expresión de las razones subjetivas, los motivos que nos han impulsado a llegar a éste momento histórico, han quedado plasmados en estas líneas; sin embargo, queremos dejar constancia de nuestro compromiso con México y nuestra Alma Mater; si éste honorable sínodo, así lo decide, desde hoy reiteramos el compromiso adquirido en el pasado de seguir en el camino de la superación, el único que nos permitirá, darle sentido a la vida académica y a los años que hemos pasado en la Universidad tanto como estudiantes cuanto como maestros.

INTRODUCCION

Después del análisis de varios temas de interés, se eligió el Tema "DERECHO PROCESAL FAMILIAR", por la inquietud que representa, la existencia desde el año de 1971 de Juzgados Familiares, creados especialmente para la solución de cuestiones relativas a la célula más importante de la sociedad: la familia. Hoy en día y debido al crecimiento de nuestra Ciudad y población, existen cuarenta juzgados familiares y dos Salas de lo Familiar, que se encargan de administrar justicia en materia familiar, en primera y segunda instancia.

No obstante lo anterior, sabemos que los Juzgados Familiares resuelven las controversias que se les plantean, apoyados en las normas del Código Civil y de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Situación que, desde nuestro punto de vista, no es correcta, ya que el Juez de lo Civil se encarga de resolver cuestiones meramente de tipo patrimonial y el de lo Familiar, las relativas a la familia.

En nuestra Tesis Doctoral, proponemos la creación de una nueva rama del Derecho: El Derecho Procesal familiar. Rama que se encargará de resolver todas las cuestiones procesales que se presentan dentro de la familia, considerando que el procedimiento familiar debe contar con una regulación autónoma, especializada en resolver cuestiones de alimentos, nulidad de matrimonio, divorcio, adopción, investigación de la paternidad, tutela, interdicción, etc.; juicios que deben ser resueltos por especialistas en materia familiar, con apoyo en principios y reglas creadas específicamente para ese fin.

En el capítulo primero, analizamos los conceptos generales relacionados con el Derecho Procesal Familiar. En primer lugar el concepto de familia, la evolución histórica de la misma; concepto de Derecho familiar, características de esta rama; concepto de Derecho procesal en general, para con base en éste, establecer nuestro concepto de Derecho Procesal Familiar, pues se trata de una creación de nuestra investigación doctoral.

En el capítulo segundo analizamos la Autonomía del Derecho Familiar, consideramos que si la norma sustantiva ha logrado su autonomía de la rama que le dio origen, es decir del Derecho civil, la adjetiva debe igualmente obtener su autonomía y surgir el Derecho Procesal Familiar, ya que el procedimiento familiar tiene características propias, distintas del civil. En ningún otro juicio, como en el familiar, el Juez tiene facultades inquisitoriales, puede ordenar las pruebas que considere necesarias, aún cuando las partes no las ofrezcan. Se requiere la intervención del Ministerio Público. No es suficiente para probar un hecho, la confesión espontánea de una de las partes. No se puede renunciar a los derechos controvertidos. Se prohíbe, que un juicio de carácter familiar, se comprometa en árbitros. Si el demandado no contesta la demanda, ésta se tiene por contestada en sentido negativo. Las sentencias, dictadas por un juez familiar, en ocasiones, producen efectos contra terceros.

Para probar la autonomía de la rama sustantiva, y apoyar nuestra propuesta, estudiamos las tesis de los autores más importantes, que han hablado de la Autonomía del Derecho Familiar, entre los que se encuentran

Antonio Cicú, quién sostiene que el Derecho familiar no forma parte ni del público, ni del privado, sino que integra un nuevo género protector de un interés superior, el interés familiar, que se encuentra por encima del interés individual.

Tesis de Roberto de Ruggiero, tomando como base la tesis de Cicú, sostiene que mientras en las demás ramas del Derecho privado, lo más importante es el interés individual, en las relaciones familiares éste pasa a segundo plano, siendo lo más importante el interés familiar. Señalando al Derecho familiar como una rama autónoma del civil, al que no se le aplican los principios rectores de éste. Al Derecho familiar no se le aplica el principio de autonomía de la voluntad, la representación, las modalidades del acto jurídico, la cesión de derechos, la renuncia, la prescripción, la teoría de las nulidades, la transacción, etc.. Tomando como base ésta teoría, analizamos los principios rectores del procedimiento civil, no aplicables al procedimiento familiar, para demostrar la existencia del Derecho procesal familiar.

Guillermo Cabanellas, señala que para demostrar la autonomía de cualquier disciplina jurídica, deben aplicarse cuatro criterios: 1.- Criterio legislativo.- Consistente en determinar si existen leyes propias. 2.- Criterio didáctico.- Consistente en la enseñanza de manera autónoma de la rama que le dio origen. 3.- Criterio jurisdiccional.- Existencia de juzgados especialistas en la materia. 4.- Criterio científico.- Bibliografía especializada.

Tesis de Julián Güitrón Fuentevilla, quién tomando como base los principios expuestos por Guillermo Cabanellas, los aplicó en especial al Derecho familiar y demuestra que éste cuenta con leyes propias desde el año de 1917, cuando entra en vigor la Ley sobre Relaciones Familiares. El Derecho familiar, cumple con el criterio didáctico, pues su enseñanza es separada del civil. Cumple con el criterio jurisdiccional, pues desde el año de 1971 se crearon, por iniciativa del Presidente de la República Mexicana Luis Echeverría Álvarez, los juzgados familiares. El criterio científico, se cumple, ya que existe amplia bibliografía sobre Derecho Familiar.

José Barroso Figueroa, en su tesis, sostiene que para demostrar la autonomía de una disciplina jurídica, además de aplicarle los criterios establecidos por Guillermo Cabanellas, que Julián Güitrón aplicó en especial al Derecho Familiar, debe agregarse el criterio institucional, consistente en saber si la disciplina cuenta con instituciones propias, y el criterio procesal, que determina si el Derecho familiar cuenta con procedimientos propios o son los mismos que en el procedimiento civil .

El Derecho familiar prueba plenamente su autonomía del civil, dentro de nuestra investigación doctoral, probaremos la autonomía del procedimiento familiar y la creación de una nueva rama del Derecho que lo regule, que es el Derecho Procesal Familiar.

El Derecho familiar requiere de la creación del Derecho procesal familiar, para que ambos se complementen.

En el capítulo tercero de nuestra investigación analizamos la evolución del procedimiento en general, desde los hebreos y hasta nuestros días. A lo largo de la Historia del Derecho procesal, vemos que no existe el procedimiento familiar, debido principalmente al poder marital que ejerce el hombre en las civilizaciones más antiguas. El Derecho procesal familiar, es parte de nuestra creación y no encontramos ningún antecedente de él; sin embargo el procedimiento familiar, creado en México en el año de 1973, y la existencia del Código de Procedimientos Familiares de Hidalgo en 1983, son nuestros antecedentes más remotos, para probar la existencia del Derecho Procesal Familiar.

En el capítulo cuarto de nuestra investigación, tratamos todas las cuestiones que se refieren al procedimiento, dándole un enfoque especial a la materia familiar. Analizaremos los principios rectores de éste, que lo distinguen del procedimiento civil, y que nos apoyan para sostener que debe separarse el procedimiento familiar del civil y crearse el Derecho procesal familiar. Estos principios son entre otros los siguientes: En ningún otro juicio, como en el familiar, el Juez tiene facultades inquisitoriales, puede ordenar las pruebas que considere necesarias, aún cuando las partes no las ofrezcan. Se requiere la intervención del Ministerio Público. No es suficiente para probar un hecho, la confesión espontánea de una de las partes. No se puede renunciar a los derechos controvertidos. Se prohíbe, que un juicio de carácter familiar, se comprometa en árbitros. Si el demandado no contesta la demanda, ésta se tiene por contestada en sentido negativo. Las sentencias, dictadas por un juez familiar, en ocasiones, producen efectos contra terceros.

Dentro de éste capítulo proponemos que el juez de lo familiar sea un especialista en la materia; que trabaje apoyado con un grupo multidisciplinario, integrado por abogados, trabajadores sociales, médicos, psicólogos y pedagogos, que le auxilien en la impartición de la justicia familiar; que los juzgados familiares trabajen los 365 días del año, para vigilar, de manera constante, los conflictos familiares y darles pronta solución; entre las propuestas más importantes.

En el capítulo quinto denominado Tesis de la Tesis demostramos la existencia del Derecho Procesal Familiar y la razón por la cuál debe crearse un Código de Procedimientos Familiares que se encargue de resolver exclusivamente cuestiones de Derecho familiar, y acabar con el absurdo de aplicar normas del Código de procedimientos civiles al procedimiento familiar.

C A P I T U L O P R I M E R O

" C O N C E P T O S G E N E R A L E S "

La tesis doctoral representa una investigación original, en la que se hacen propuestas a la problemática planteada y se comprueban las hipótesis iniciales. Nuestro tema "Derecho Procesal Familiar", reviste importancia, por la necesidad de establecer normas y procedimientos adecuados para la solución de las controversias en la materia.

En éste capítulo analizaremos en primer lugar el concepto de familia y su evolución histórica. Si pretendemos hacer un estudio profundo del Derecho Procesal Familiar, debemos partir del significado de la palabra familia y cuál ha sido su evolución, tan trascendente que en nuestros días, nos permite hablar de instituciones y normas especializadas en regular las relaciones de sus miembros, así como, los procedimientos judiciales para hacer efectivas las normas citadas. De esto, se encargan el Derecho familiar y el Procesal Familiar, respectivamente.

I.- F A M I L I A.

A).- CONCEPTO ETIMOLÓGICO.- Desde el punto de vista etimológico la palabra familia, deriva del latín "familia, que significa conjunto de criados de una casa." (1)

1.- *Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Tomo V. Selecciones del Reader's Digest. México, D.F. 1979. p. 1436.*

José Castán Tobeñas, en su libro "Derecho Común y Foral", en el tomo relativo al Derecho de familia señala: "La palabra familia, según la opinión más general, procede de la voz `famulia`, por derivación de `famulus`, que a su vez procede del osco `famel`, que significa siervo, y más remotamente del sánscrito `vama`, hogar o habitación, significando por consiguiente, el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa." (2)

De aquí se infiere una noción muy general del concepto de familia, en la que se incluyen esclavos, siervos o criados.

B).- CONCEPTO GRAMATICAL.- La expresión familia tiene varias acepciones; significa "el grupo de personas emparentadas entre sí, que viven juntas bajo la autoridad de una de ellas. Conjunto de personas de la misma sangre; stirpe. Parentela inmediata, especialmente el padre, la madre y los hijos. Número de criados de unos, aunque no vivan dentro de su casa. Conjunto de individuos que tienen alguna condición común. Cuerpo de una

2.- Castán Tobeñas, José. *Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo V. Derecho de Familia. Vol. I. Instituto Editorial Reus, S.A. Madrid, España. p.25.*

orden o religión o parte considerable de ella. Grupo numeroso de personas."

(3)

Según Guillermo Cabanellas, el término familia tiene varias acepciones: "1o. como linaje o sangre, el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales con un tronco común y los cónyuges de los parientes casados. 2o. Con predominio de lo afectivo o de lo hogareño, familia es la inmediata parentela de uno; por lo general, el cónyuge, los padres, los hijos y hermanos solteros. 3o. Por combinación de convivencia, parentesco y subordinación doméstica, por familia se entiende, como dice la Academia, un conjunto de personas emparentadas entre sí que viven juntas bajo la autoridad de una de ellas. 4o. Por destacarse los fines genésicos, de crianza y de formación de la descendencia, los hijos o la prole. 5o. Iniciando ya las acepciones figuradas, recibe la denominación de familia todo grupo o conjunto de individuos con alguna circunstancia importante en común, profesional, ideológica o de otra índole; y así se habla, por ejemplo, de la familia militar, para referirse al Ejército en general; y así mismo, cuando reina armonía entre sus componentes, se exclama que los miembros de una empresa constituyen una gran familia. 6o. Ampliando más el sentido del vocablo, familia se aplica a cualquier conjunto numeroso de personas. En éste aspecto, la culminación se halla, con reconocimiento de la unidad de la especie y de la deseable convivencia entre ella, cuando se califica como la

gran familia humana a cuantos en una época dada, e incluso a través de todos los tiempos, habitan o han habitado nuestro planeta." (4)

Es decir, siguiendo el concepto de unidad, podemos decir que la familia comprende primeramente a las personas que descienden de un tronco común. Sin embargo, esta unidad ha sido adoptada para calificar a cualquier grupo numeroso de personas con alguna característica en común, por ejemplo, habitar el planeta, trabajar en una misma empresa, dedicarse a alguna actividad en común, elementos que conciben de manera muy general a la familia.

C).- CONCEPTO SOCIOLOGICO.- Desde el punto de vista sociológico, la palabra familia, tiene los siguientes significados:

El Sociólogo Maclaver señala: "La familia es un grupo definido por una relación sexual suficiente, precisa y duradera, para proveer a la procreación y crianza de los hijos." (5)

4.- *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo II. Guillermo Cabanellas. 12a. edición. Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires, República Argentina 1979. p. 331.*

5.- *Recaséns Siches, Luis. Tratado General de Sociología. Décimo octava edición. Editorial Porrúa S.A. México, D.F. 1980. p. 470*

Para Toennies, "La familia es una relación de hombre y mujer para procrear hijos de común voluntad; voluntad tanto del hombre como de la mujer, pero voluntad también, cuando no se logra ningún hijo, de vivir juntos, de protegerse mutuamente y de gozar de los bienes comunes." (6)

Sociológicamente presenta las siguientes características:

"1.- Una relación sexual continuada.

2.- Una forma de matrimonio o institución equivalente, de acuerdo con la cuál establece y se mantiene la relación sexual.

3.- Derechos y deberes entre los esposos y entre los padres y los hijos.

4.- Un sistema de nomenclatura, un modo de identificar a la prole.

5.- Disposiciones económicas entre los esposos y con especial referencia a las necesidades relativas a la manutención y educación de los hijos.

6.- Generalmente un hogar, aunque no es indispensablemente necesario que éste sea exclusivo." (7)

La institución de la familia, desde el punto de vista sociológico, tiene gran importancia, puesto que sin ella, las sociedades no existirían. Debemos

6- *Loc. cit.*

7.- *Loc. cit.*

recordar que estas últimas se han formado gracias a la unión de varias familias y que han existido en todas las épocas y sociedades a lo largo de la humanidad.

D).- CONCEPTO JURÍDICO.- Para el Diccionario Jurídico Mexicano, "familia es el grupo de personas que proceden de un progenitor o tronco común, teniendo como fuente de las relaciones jurídicas entre sus miembros al matrimonio y a la filiación matrimonial o extramatrimonial." (8)

Según Francesco Messineo, "Familia en sentido estricto es el conjunto de dos o más individuos que viven ligados entre sí por el vínculo colectivo, recíproco e indivisible del matrimonio, de parentesco o de afinidad y que constituye un todo unitario.

En sentido amplio, pueden incluirse en la familia, personas difuntas o por nacer: Familia como estirpe, descendencia, continuidad de sangre; o bien todavía en otro sentido, las personas que contraen entre sí un vínculo legal que imita al vínculo del parentesco de sangre (adopción); familia civil.

8.- *Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo IV. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F. 1983. p. 198.*

En sentido aún más amplio, o sea, no ya en el sentido naturalístico del término, parece que deba entenderse la 'familia' en la denominada comunidad agraria familiar." (9)

Por su parte Guillermo A. Borda en su Tratado de Derecho civil, en la parte relativa al Derecho familiar, establece: "En un sentido propio y limitado, la familia está constituida por el padre, la madre y los hijos, que viven bajo un mismo techo. En un sentido amplio, suele incluirse dentro de ella a los parientes cercanos que proceden de un mismo tronco o que tienen estrechos vínculos de afinidad." (10)

Para los franceses Henri, León y Jean Mazeaud, la familia es: "La colectividad formada por personas que a causa de sus vínculos de parentesco consanguíneo o de su calidad de cónyuges, están sujetos a la misma autoridad; la cabeza de la familia.

9.- Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo II. Derecho de la Personalidad. Derecho de la Familia. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, República Argentina 1954. p. 52*

10.- Borda A., Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Familia I. 6a. edición. Editorial Perrot, Buenos Aires, República Argentina. n.d. p. 22*

Por lo anterior, la familia no comprende más que al marido, la mujer y aquellos de sus hijos sometidos a su autoridad; es decir, sus hijos menores, solteros o emancipados, porque la autoridad paterna cesa con la mayoría de edad, el matrimonio y la emancipación del hijo." (11)

El concepto citado, restringe la familia, pues dentro de la sociedad mexicana aún cuando los hijos salen de la patria potestad, por el matrimonio, siguen siendo hijos de sus padres formando parte de la familia que les dio origen, aún cuando forman otro grupo familiar.

Para Santiago Carlos Fassi, "La familia comprende al conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de linaje, incluyendo los ascendientes, descendientes y colaterales del cónyuge que reciben denominación de parientes por afinidad." (12)

Existe una gran gama de conceptos de familia. Dentro de éste inciso hemos mencionado autores que restringen la familia y otros que amplían el grupo familiar, como el antes expuesto, en donde no sólo se considera

11.- Mazeaud, Henri, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. Vol. III. La Familia. Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo. Ediciones Juridicas Europa-América. Buenos Aires, República Argentina 1959. pp. 7, 8*

12.- Fassi, Santiago Carlos. *Estudios de Derecho de Familia. Editorial Platense. La Plata, Argentina 1962. p. 5*

familia a los ascendientes, descendientes y colaterales, sino también a la familia del cónyuge.

Para Antonio Cicú, la familia "es el conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico de consanguinidad o de afinidad." (13)

Por su parte Enrique Díaz de Guijarro ha expresado: "La familia es la institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación." (14)

Definiciones de familia expresadas por los estudiosos de la materia, podemos seguir mencionando muchas. Sin embargo con las anteriores, nos percatamos de que la mayoría de los autores coinciden en concebir a la familia como un conjunto de personas que descienden unos de otros, ligados por consanguinidad, afinidad o lazos de parentesco civil. Nosotros agregaríamos, que también es familia, la que surge de la fecundación artificial, en cualquiera de sus formas o la derivada de la maternidad subrogada o asistida.

13.- Cicú, Antonio. *El Derecho de Familia. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediar Sociedad Anónima Editores. Buenos Aires, República Argentina 1947. p. 27*

14.- Díaz de Guijarro, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. Tomo I. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, República Argentina 1953. p. 10.*

Los autores citados mencionan cómo se integra la familia, señalando al padre, la madre y los hijos; y en un sentido más amplio, la componen los ascendientes, los colaterales y en algunos casos los cónyuges de los hijos casados. Sin embargo, sólo la definición de Díaz de Guíjarro muestra a la familia como una institución social, permanente y natural emergente de la relación sexual entre un hombre y una mujer y de la filiación.

A nuestro juicio, ésta definición es la más apropiada al referirse a la familia como el grupo de personas, que emergen de la relación sexual y representan una institución social, permanente y natural.

Siguiendo con el análisis del concepto jurídico de familia, y no obstante la mala costumbre de los legisladores, de no conceptualizar lo que regulan; plasmaremos la definición de familia dada por los Códigos familiares de Hidalgo (México), El Salvador y Panamá.

El Código Familiar para el Estado de Hidalgo, señala en su artículo primero: "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." (15)

15.- Güitrón Fuentesvilla, Julián. *Legislación familiar del Estado de Hidalgo. Código Familiar. Edit. Litográfica Anselmo. 8º ed. México D.F. 1984. pp. 24, 25.*

El Código de Familia de la República de El Salvador en su artículo segundo dice: " La familia es el grupo social permanente, constituido por el matrimonio, la unión no matrimonial o el parentesco." (16)

El Código de la Familia de Panamá señala: " La familia la constituyen las personas naturales unidas por el vínculo de parentesco o matrimonio." (17)

Las anteriores acepciones de familia se encuentran en los códigos familiares más vanguardistas de nuestra época. En ellos, el legislador considera que la familia no solo se integra por aquellas personas que emergen de una relación matrimonial, o de una relación de hecho, como es el concubinato; por tratarse de las leyes de protección a la familia más modernas, protegen aquella familia integrada por una madre o padre soltero y sus hijos, al considerar al parentesco como una fuente de la familia.

Con ésta concepción de familia no dejamos fuera, como lo hacen los autores tradicionalistas, a aquellas familias originadas en relaciones de hecho, como el concubinato, y que hoy en día son una realidad. Además de dejar establecido que la familia es una institución social y jurídica, base de todas las sociedades; es permanente pues aún cuando se disuelva el vínculo en el cuál se origina -matrimonio o concubinato- la familia subsiste.

16.- Código de Familia de la República de El Salvador. Ministerio de Justicia. 1993. p. 5

17.- Código de la Familia de la República de Panamá. 1994. p. 3

El grupo de personas, emergentes de una relación sexual y que forman una institución social, permanente y natural, no se encuentra exenta de presentar problemas entre sus miembros, los cuales deben ser resueltos por tribunales, jueces y leyes especializadas. Aquí surge la necesidad de regular procesalmente los conflictos de Derecho familiar, de crear la rama idónea para resolver éste tipo de conflictos, por lo que nosotros proponemos la creación del Derecho procesal familiar, esa nueva rama del Derecho que se encargue exclusivamente de resolver conflictos de carácter familiar. No podemos seguir pidiendo normas prestadas al Derecho procesal civil, la familia es la célula más importante de toda sociedad y como tal debe contar con normas creadas a su medida y necesidades.

En México, por iniciativa de la XLVIII Legislatura de la Cámara de Senadores de fecha 29 de diciembre de 1970, aprobada el 16 de febrero de 1971 y publicada en el Diario Oficial del 18 de marzo de ese mismo año se establece, al reformar la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito y Territorios Federales, la creación una nueva categoría judicial denominada Jueces Familiares y como consecuencia la creación de nueve Juzgados de lo Familiar.

Esta reforma fue consecuencia de la preocupación del entonces presidente de la República Mexicana, Licenciado Luis Echeverría Álvarez, quién desde su campaña presidencial mostró gran preocupación por el resblandecimiento de la familia.

La Cámara de Senadores expuso que la creación de los Juzgados Familiares obedecía a que las tendencias modernas del Derecho civil buscan la separación de las normas del Derecho familiar, tanto por su destacada importancia como por la necesidad de un tratamiento especial en todo lo que se refiera al grupo fundamental de la sociedad: la familia. Con ésta reforma se busca dar a la niñez, a la juventud y en general a la familia una adecuada protección, a través de la creación de tribunales especiales que conozcan exclusivamente de problemas de Derecho familiar, para beneficio propio y el de la sociedad.

Hasta ésta reforma, algunas cuestiones relativas a menores e incapaces, que requerían de una intervención judicial, eran resueltas por los llamados jueces pupilares. Las demás asuntos referentes a la familia, como divorcios, nulidades de matrimonio, adopciones, etc., eran competencia de los jueces civiles. Sin embargo los senadores consideraron que la autonomía del Derecho familiar debía reflejarse en los órganos judiciales y en la especialización de quienes conocían de conflictos familiares; con esto pretendían lograr una mejor impartición de justicia, en la medida en que los jueces familiares se especializaran y dedicaran todo su esfuerzo al conocimiento de problemas familiares, olvidando los problemas civiles y mercantiles que hasta entonces absorbían todo su tiempo.

Esta iniciativa modificó la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito y Territorios Federales, creando la categoría particular de jueces familiares, quienes se encargarían de conocer de

los negocios de jurisdicción voluntaria relacionados con el Derecho familiar; juicios contenciosos relativos al matrimonio y divorcio, incluyendo los que se refieran al régimen de bienes en el matrimonio; de los que tengan por objeto modificaciones o rectificaciones en las actas del Registro Civil; de los que afecten al parentesco, a los alimentos, a la paternidad y a la filiación legítima, natural o adoptiva; de los que tengan por objeto cuestiones derivadas de la patria potestad, estado de interdicción y tutela y las cuestiones de ausencia y presunción de muerte; de los que se refieran a cualquier cuestión relacionada con el patrimonio de familia, como su constitución, disminución, extinción o afectación en cualquier forma; de los juicios sucesorios; de los asuntos judiciales concernientes a otras acciones relativas al estado civil, a la capacidad de la personas y las derivadas del parentesco; de las diligencias de consignación en todo lo relativo al Derecho familiar; de la diligencia de los exhortos, suplicatorias, requisitorias y despachos, relacionados con el Derecho familiar; de las cuestiones relativas a los asuntos que afecten en sus derechos de persona a los menores e incapacitados; así como, en general, todas las cuestiones familiares que reclamen la intervención judicial.

Los juzgados familiares, señalaron los senadores, deben estructurarse de tal manera que la finalidad que persigan sea realizada no sólo con base en la especialización, sino también con el ánimo de que la impartición de justicia en materia familiar, se lleve a cabo con espíritu humano, altruista y justiciero.

Como consecuencia de ésta iniciativa, los tres juzgados pupilares existentes, se convirtieron en juzgados familiares. Dos juzgados civiles, fueron transformados en familiares. Se creó un sexto juzgado familiar. En el partido judicial de Coyoacán se estableció un juzgado familiar. En los partidos judiciales de Xochimilco y Alvaro Obregón se establecieron jueces mixtos de lo familiar y de lo civil. Así mismo se propuso que dos de las Salas del Tribunal Superior se encargaran exclusivamente de asuntos de Derecho familiar.

La reforma analizada fue aprobada por unanimidad de votos y paso a la Cámara de diputados.(18)

En la Cámara de diputados al analizar las reformas a la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito y Territorios Federales, que proponía la categoría judicial de jueces familiares, se dijo que la alta misión de conciliar los intereses de la familia, que al entrar en conflicto amenazan su estabilidad, requieren la intervención y el cuidado de técnicas especializadas en ésta materia, con la experiencia suficiente como para salvaguardar la integridad de la familia y con ello fortalecer la base de una sociedad como la nuestra. Los problemas que directa o indirectamente afectan a la célula familiar, repercuten en toda la sociedad, por lo que sabedores de que ésta resultará más protegida en cuanto más protejamos a la familia.

18.- *Memoria de la XLVIII Legislatura. 1970 - 1973. Cámara de Senadores. Edit. Bodoni S.A. México, D.F. 6 de agosto de 1976. pp. 880, 881, 882, 883, passim.*

Los ciudadanos diputados aprobaron las reformas a la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito y Territorios Federales, el 23 de febrero de 1971 por unanimidad de votos. (19)

No cabe duda que la iniciativa que creó los juzgados familiares fue buena, que las razones expuestas por senadores y diputados demuestran que buscaban la protección de la familia, sin embargo, establecer nueve juzgados especializados en resolver cuestiones relativas a la familia, no fue suficiente. En ninguna parte de la exposición de motivos o del proyecto de decreto se señaló como iban a alcanzar la especialización los nuevos jueces familiares. Algunos de ellos eran, hasta entonces, jueces civiles o pupilares que de un día a otro se convirtieron en jueces familiares. Tampoco se pensó en crear la herramienta con la que iban a trabajar los nuevos jueces familiares, es decir, un Código de Procedimientos Familiares. Las leyes con las que dichos tribunales resuelven conflictos de carácter familiar no son especializadas, se juzga con las normas y procedimientos civiles y de derecho común y no con criterios especiales que desde nuestro punto de vista, deben plasmarse en un Código de Procedimientos Familiares.

La creación del Derecho procesal familiar, Derecho procesal compuesto por normas especializadas para resolver conflictos de carácter

19.- *Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. XLVIII Legislatura. Año I. Tomo I. Num. 19. Periodo Extraordinario. pp. 3, 4.*

familiar es la razón de ésta tesis doctoral. Nuestra posición ideológica y personal en ella, es demostrar que los conflictos presentados en el seno de la familia, son distintos de que los pueden presentarse en Derecho civil por lo tanto los primeros no pueden someterse a normas que no han sido creadas para ello.

Sostenemos que los jueces familiares deben ser verdaderos especialistas en Derecho familiar y en Derecho procesal familiar, y ésta especialización no se logra por decreto, es necesario que se les de todo el apoyo necesario para que estén consientes de que resuelven problemas de la célula más importante de la sociedad, que es la familia y con tal delicadeza debe ser tratada. En el transcurso de ésta investigación demostraremos que el Derecho procesal familiar es distinto del procesal civil, por lo que debe crearse un Código de Procedimientos Familiares que contenga normas de Derecho procesal familiar.

Hoy, en 1996, continuamos resolviendo los conflictos del orden familiar, con los procedimientos y las normas del Derecho civil y del Derecho común, y no por reglas especializadas.

Por lo anterior sostenemos la propuesta de promulgar un Código de Procedimientos Familiares para el Distrito Federal, y después uno para cada Estado de la República Mexicana, que contenga normas especiales para resolver cuestiones relativas a la familia, pues es innegable la especial naturaleza jurídica del Derecho familiar y del Derecho procesal familiar.

E).- BREVE REFERENCIA HISTÓRICA DE LA FAMILIA.- La familia ha existido desde los tiempos más remotos de la humanidad, aunque no en las condiciones y organización que conocemos hoy en día. Por lo tanto consideramos importante hacer, dentro de éste inciso, una breve referencia del origen y la evolución de la institución familiar desde los primeros tiempos de la humanidad hasta nuestros días.

1.- Estado Salvaje.- Se encuentra dividida en tres periodos:

a).- Inferior.- Los hombres habitaban, cuando menos parcialmente, en las copas de los árboles y se alimentaban principalmente de frutas y raíces.

b).- Medio.- El hombre descubre el fuego, se alimenta de pescado y comienza a utilizar instrumentos de piedra.

c).- Superior.- El hombre practica la pesca y la cacería, gracias a la aparición del arco y la flecha. Hay indicios de la residencia permanente en aldeas.

2.- Barbarie.- Se divide en tres periodos.

a).- Inferior.- Surge la alfarería. Los hombres crían y domestican animales. Inicia el cultivo de plantas.

b).- Medio.- El hombre domestica animales para surtirse de leche, carne y satisfacer sus necesidades. Labra metales.

c).- Superior.- Comienza la fundición del hierro. El arado tirado por animales domésticos. Surge la agricultura. Con el descubrimiento de la

escritura alfabética, comienza la civilización. (20)

3.- Promiscuidad.- Fue la organización social más antigua de la que se tiene conocimiento. Hubo un comercio sexual promiscuo. Cada mujer pertenecía a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres. Esto originó el matrimonio por grupos, puesto que los hombres de una tribu, buscaban relacionarse con mujeres de otras tribus.

Durante esta época, existió el matrimonio por compra, donde la mujer era un objeto de comercio. Al momento de casarse entraba a formar parte del patrimonio del comprador, primer antecedente de la monogamia; respecto a la mujer, ya que al ser propiedad exclusiva del hombre comprador-, debía tener una relación sexual exclusiva con él, lo cuál se cree, originó el patriarcado.

Existió el matrimonio por raptó. La raptada quedaba bajo el dominio exclusivo del raptor, teniendo la obligación de mantener relaciones sexuales exclusivas con él.

En el matrimonio consensual, la sola manifestación de la voluntad del hombre y la mujer, creaban un estado de vida permanente, para ayudarse mutuamente y perpetuar la especie.

Con ésta última forma de matrimonio, fase final de la promiscuidad, surge la monogamia femenina, puesto que existía una relación sexual íntima y exclusiva de ella con él, pero no del hombre hacia la mujer, quien continuaba practicando la poligamia. (21)

4.- Familia Consanguínea.- Los cónyuges se encuentran divididos por generaciones. Se presentan relaciones sexuales entre hermanos, estando únicamente excluidos de los deberes y derechos del matrimonio, los ascendientes y los descendientes; es decir, los padres y los hijos, por lo cuál además del vínculo de hermano, en la familia consanguínea, este traía como consecuencia la relación sexual entre hermanos.

5.- Familia Punalúa.- De la consanguínea surge la punalúa. Se prohíben las relaciones sexuales entre hermanos y hermanas que descienden de la misma madre. Un grupo de hermanas eran mujeres comunes de sus maridos comunes, de los que quedaban excluidos sus hermanos, estos maridos, no se llamaban entre sí hermanos, sino "punalúa", "compañero íntimo". Igualmente un grupo de hermanos tenían en matrimonio común un grupo de mujeres, que entre sí se denominaban punalúas.

Como consecuencia de la comunidad de cónyuges que existía en la familia punalúa, era difícil establecer la paternidad de los hijos, por lo cuál

21.- *Ibidem* pp. 42, 43.

a descendencia sólo se reconocía por vía materna. (22)

6.- Familia Sindiásmica.- Los matrimonios por grupos buscan un compañero con quién pasar un tiempo más o menos largo en forma exclusiva, teniendo en éste caso la mujer, la obligación de mantener relaciones sexuales sólo con ese compañero elegido, dándose así un antecedente de la monogamia, respecto de la mujer, pues el hombre seguía practicando la poligamia, siendo la mujer seriamente castigada en caso de infidelidad. Este vínculo podía disolverse por voluntad de cualquiera de las partes, teniendo en éste caso la mujer, la obligación de cuidar a los hijos.

Los sindiásmicos excluyen a sus hermanos, a sus parientes más cercanos y posteriormente a los lejanos para contraer matrimonio, llegando poco a poco a desaparecer el matrimonio, lo que trajo como consecuencia la escasez de mujeres y el regreso del matrimonio por raptó, ya que los hombres salían de su entorno, a buscar mujeres de otros grupos.

La mujer se dio cuenta de que era productopreciado y comenzó a presionar a su marido, exigiéndole una relación de tipo monogámico, situación que dio origen a la filiación paterna.

22.- *Ibidem* pp. 44, 45.

7.- Familia Monogamica.- Fue consecuencia de la familia sindiásmica, con la diferencia fundamental de que ésta establece lazos familiares que no pueden ser disueltos por el sólo deseo de uno de los cónyuges, por lo que aquellos devienen más duraderos, pudiendo el hombre repudiar a la mujer, por infidelidad o causa grave. (23)

8.- La "Gens" Iroquesa.- La palabra latina "gens", proviene de la raíz común "gan" que significa engendrar. Fue usada por primera vez por Lewis Morgan para referirse a aquel grupo familiar descendiente de un tronco común. Para explicar la organización y funcionamiento de una gens, se tomó como modelo la Iroquesa, en donde se incluía sólo a los miembros derivados de la filiación femenina, con la diferencia que los hermanos no podían contraer matrimonio con sus hermanas, debiendo casarse con mujeres pertenecientes a otras gens, de manera que los hijos nacidos de éste matrimonio quedaban fuera del grupo familiar del marido; se reconocían como miembros de la familia, sólo a aquellos que descendían de una misma madre.

Los grupos familiares denominados "gens", formaban tres tipos de asociaciones: la gens, propiamente dicha; un grupo de cuatro gens integraba una fratria y dos fratrias integraban una Tribu; así por ejemplo, la tribu

Seneca se integraba por ocho gens y cada una de ellas se diferenciaba de las otras con el nombre de un animal, aún cuando todas tenían las mismas costumbres, entre las que destacan las siguientes:

Elegían entre todos los miembros de la gens a un Jefe comandante de guerra y a un director en tiempo de paz, denominado Saquem. Tenía poder ilimitado pero no coercitivo. Podían deponer al Saquem y al jefe comandante de guerra, pasando a ser nuevamente miembros de la gens. A la muerte de alguno de sus integrantes, sus bienes pasaban a manos de los demás miembros del grupo. No se permitía que los esposos se heredaran mutuamente. Quienes integraban la gens se debían ayuda, protección y auxilio mutuos, de tal modo que si uno de ellos era ofendido por un miembro de otra gens, el ataque le afectaba a toda ella. Cada gens poseía nombres de su exclusivo uso, lo que indicaba a que grupo pertenecía. Se permitía la adopción de extraños en la gens. Tenían solemnidades propias. Poseían un cementerio común. En cuanto a la organización política, contaban con una asamblea democrática, integrada por todos los gentiles adultos, residiendo en ellos el poder soberano del pueblo; todos los gentiles, tanto hombres como mujeres, tenían los mismos derechos y obligaciones que cumplir. (24)

24.- *Ibidem* pp. 46, 47, 48, 49, 50.

9.- La "Gens" Griega.- Dentro de este grupo familiar imperaba el sistema patriarcal. Se prohibía contraer matrimonio con miembros de la misma gens, excepto con herederas o huérfanas. Tenían obligación de socorrerse, ayudarse y asistirse en caso de necesidad. En general, las características de la gens griega eran muy similares a la de la iroquesa. (25)

10.- Familia Nómada.- Son miembros ligados por vínculos de sangre. La familia cambiaba continuamente de tierras. Buscaban un mejor estado de vida. Su principal actividad era el pastoreo. El jefe de familia, a quien debían obediencia y fidelidad, era su representante ante el Consejo de la Tribu.

11.- Familia Celta y Germana.- En la celta existía el matrimonio con la elección de un sólo compañero o compañera; sin embargo la unión no era indisoluble, sino hasta después de transcurridos siete años de convivencia. Para evitar que el matrimonio se formalizara, los cónyuges podían separarse tres noches antes de cumplirse el tiempo reglamentario. Al darse su separación los bienes adquiridos durante el tiempo que duró el matrimonio, se repartían por partes iguales.

La familia germana estaba organizada de igual manera que la celta; con la diferencia, que las doncellas contrajeran matrimonio siendo vírgenes.

25.- *Ibidem* pp. 51, 52, 53, 54, 55, 56, y s.s.

12.- La Familia en los Pueblos Orientales.-

a).- Egipto.- Se practicaba el matrimonio poligámico entre los ricos y monogámico entre los pobres. La celebración del matrimonio se realizaba a través de ritos solemnes, por medio de la compraventa de la mujer. En algunos casos se permitía el matrimonio entre familiares, para conservar la raza pura y los bienes dentro de una misma familia; ésta situación trajo como consecuencia degeneraciones de raza. Era común contraer matrimonio a edad temprana, por lo que las familias eran muy numerosas. Se permitía el divorcio por adulterio comprobado.

b).- Babilonia.- El matrimonio era arreglado por los padres de los contrayentes, a través de dinero y regalos. La mujer debía llegar virgen y era de tipo monogámico. Se permitía el divorcio por adulterio comprobado, esterilidad, incompatibilidad de caracteres, de humor y por negligencia; cuya consecuencia fue la inestabilidad total de la familia babilónica.

c).- Asiria.- Eran eminentemente guerreros. La familia estaba organizada patriarcalmente, bajo un régimen severo, buscando siempre el aumento y la perpetuación de la especie. La mujer guardaba una situación de inferioridad frente al hombre. Debían siempre aparecer con el rostro oculto, obedecer ciegamente a su marido, serle fiel, aún cuando el hombre podía tener tantas mujeres como recursos económicos poseyera, y el matrimonio se limitaba a una simple compraventa.

d).- Israel.- El matrimonio se celebraba a través de la compra. La mujer debía llegar virgen. Era obligatorio después de los veinte años, aunque con carácter disoluble. Se permitía el divorcio por adulterio comprobado, castigándose a la adúltera con la muerte y si el hombre era quién cometía el adulterio, pagaba su culpa con una cantidad de dinero; defectos físicos de la mujer, que era suficiente para rechazarla; esterilidad, debido a que las costumbres y las leyes de éste pueblo, exaltaban la maternidad, pues consideraban que la población debía multiplicarse para sobrevivir. La autoridad paterna era ilimitada, sin llegar al extremo de decidir por la vida de los hijos, pero estos debían obedecer ciegamente al padre y el primogénito lo sucedía en derechos y obligaciones.

e).- Persia.- En el libro sagrado de los persas, "Zend - Avesta", se regula la conformación de la familia. Se permitía la poligamia. El matrimonio era arreglado entre los padres de los contrayentes.

f).- India.- El matrimonio era por consentimiento, compraventa o raptó de la mujer. Los ricos podían practicar la poligamia que era considerada como un lujo. Se veía a la mujer como una máquina para tener hijos y así conservar la especie.

g).- China.- El matrimonio se realizaba por arreglo entre los padres, quienes escogían a los cónyuges de sus hijos, los cuales se conocían hasta el día de la boda. La familia tenía un carácter esencialmente patriarcal. Se practicaba la poligamia generalmente por los ricos.

13.- La Familia en la Edad Media.- Se convierte en un organismo cuyo fin primordial, era bastarse a sí misma. Producían lo necesario para satisfacer sus necesidades, alimentos, telas, etc. Muchas familias, sobre todo aquellas con menos recursos económicos, se dedicaban por generaciones a la producción de una cosa determinada; por ejemplo artesanía, ya que los conocimientos y las herramientas eran transmitidos de padres a hijos.

Respecto a la familia feudal, su organización era distinta. La situación del primogénito era buena, ya que sucedía al padre en derechos y obligaciones, pero la situación de los demás hijos era pésima, principalmente por el temor de desmembrar el poderío del señor feudal .

En esta época, encontramos también la difusión del cristianismo, que en materia familiar, trajo como consecuencia la indisolubilidad del matrimonio, dando a la mujer mayor dignidad ubicándola en una situación de privilegio. La Iglesia coloca a la mujer en un lugar preponderante, quitándole el lugar de esclava, que tuvo en otras épocas.

14.- La familia en la Revolución Francesa.- 1789 representó un retroceso en materia familiar. Se le quita al matrimonio su carácter religioso. Se le ubica como simple contrato, en el cuál ambos consortes manifiestan su consentimiento, como consecuencia poco a poco la familia se fue derrumbando pues al considerar al matrimonio como contrato, se permite llegar a un nuevo acuerdo para su disolución.

15.- La Familia en el Código Napoleón.- Uno de los productos de la Revolución Francesa, fue la creación del Código Napoleón de 1804. Se pretende dar leyes de protección a la familia, sin embargo se cometen graves errores al reglamentar una autoridad marital casi absoluta. La mujer no puede manejar sus bienes. Se le niega el derecho a la sucesión intestamentaria. Se reglamenta el divorcio. Fue el principio de la decadencia de la organización familiar, contribuyendo a ello el desarrollo de la industria, los hijos abandonan el hogar para obtener un salario, que no lograban ayudando al desarrollo de la familia, lo que trajo como consecuencia que la mujer también saliera a luchar por la supervivencia. La poca vida familiar que queda, se ve destruida por las largas horas de jornada de cada uno de los miembros de la familia.

16.- La familia en nuestros días.- Podemos considerar a la familia moderna integrada por el padre, la madre y los hijos, en donde ambos progenitores tienen la misma autoridad, los mismos derechos y las mismas obligaciones. Que las relaciones entre la pareja y sus descendientes van produciendo consecuencias que dan origen al Derecho familiar. (26)

Con éste análisis del origen, evolución de la familia y el matrimonio, nos percatamos que ésta fue evolucionando poco a poco y de la promiscuidad, en donde todos los hombres pertenecían a todas las mujeres y viceversa, llegando hasta la familia monogámica, surgiendo una relación sexual y exclusiva, como se conoce en la actualidad.

Para llegar a la forma de familia que conocemos hoy en día, ésta organización transitó por todas las formas de familia que hemos mencionado. Así el hombre, al principio tenía relaciones sexuales con sus propias hermanas, o con varias mujeres; y la mujer, con varios hombres. Luego se dio cuenta de la necesidad de excluir a sus hermanos de la relación sexual, después excluir a la mujeres comunes y buscar una para tener una relación sexual exclusiva, hasta llegar a la familia monogámica, formada por los progenitores y los hijos sujetos a su autoridad, en el sentido más restringido del concepto de familia, ya que, al ampliarse ésta idea, se extiende también a los parientes hasta el cuarto grado en la línea colateral desigual y a los originados en lazos de afinidad civil, adopción por ejemplo.

La familia se ha transformado y lo seguirá haciendo, por lo cuál es necesario crear normas protectoras, adecuadas a la realidad de la familia del siglo XXI, sobre la base de un Código de Procedimientos Familiares regulador de los problemas presentados en el seno familiar, resueltos por expertos en Derecho familiar, apoyados en leyes familiares para la protección de la base de toda sociedad.

No es posible que México siga regulando las relaciones familiares con base en el Código Civil de 1928, cuyo antecedente más remoto es el Código Napoleón de 1804, el cuál, como ya hemos mencionado en éste capítulo, fue uno de los principales retrocesos en materia familiar. México merece normas familiares hechas especialmente para la familia mexicana.

II.-CONCEPTO DE DERECHO FAMILIAR

En el desarrollo de éste apartado, nos proponemos analizar el concepto de Derecho familiar, sus características y ubicación, para posteriormente, tomar ésta exposición como base y pasar a una de las partes medulares de la presente investigación, ya que para hablar del Derecho procesal familiar, requerimos determinar la naturaleza jurídica del Derecho familiar.

Hemos analizado el concepto de familia, su constitución y la trascendencia de ésta institución dentro de la sociedad. Por ésta importancia, una parte del Derecho, el Familiar, se encarga de regular las cuestiones relativas a la familia. Esta disciplina contiene normas que regulan éstas relaciones, y junto a éste encontramos el Derecho procesal familiar, complementario del primero, cuya finalidad es resolver los conflictos familiares, que como demostraremos en la presente investigación, requieren de un código especializado en la materia.

El Derecho familiar tradicionalmente se ha ubicado como parte del Civil, postura que no compartimos, pues en el desarrollo de éste trabajo probaremos que el Derecho familiar es una disciplina jurídica autónoma del Derecho civil y del privado.

Actualmente, unos cuantos autores se han preocupado por dar una definición de Derecho familiar, ya que la mayoría lo integran dentro del contenido del Derecho civil. Sin embargo, existen ideas, propuestas y conceptos autónomos del Derecho familiar.

Para Santiago Carlos de Fassi "El Derecho de familia es el conjunto de reglas de derecho, de orden personal y de orden patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto, es presidir a la organización, a la vida y a la disolución de la familia." (27) . Debiera decir "familiar" como genero y no "de familia" como especie, en virtud de que el Derecho familiar incluye la regulación jurídica de todas las relaciones familiares.

Ese conjunto de normas que regulan la organización, la vida y la disolución de la familia, son especiales. Sólo se aplican al Derecho familiar y no al civil. Por ello sería adecuado ubicar éstas disposiciones, de manera autónoma en un Código Familiar especializado, como ha ocurrido desde 1917 en que se promulga la Ley sobre Relaciones Familiares, en 1983 el Código Familiar para el Estado de Hidalgo, en 1986 el Código Familiar para el Estado de Zacatecas, en 1994 el Código Familiar de El Salvador, 1995 Código Familiar de Panamá. Hoy en día algunos tratadistas mantienen dentro del Derecho Civil y doctrinariamente el Derecho Familiar es una realidad.

27.- Fassi, Santiago Carlos. ob. cit. p. 8

Para Julián Güitrón Fuentevilla, primer mexicano que sostuvo en el año de 1964, la autonomía del Derecho familiar, lo define como: " conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de los miembros de una familia, entre sí y los que éstos tienen con otras familias, con la sociedad y el Estado." (28)

El autor mencionado defiende la autonomía del Derecho familiar y la separa de la naturaleza jurídica propiamente dicha; reconoce que se ha separado del Derecho civil, cuyo interés jurídicamente protegido es de carácter individualista, económico y particular. Características contrarias al interés del Derecho familiar, el cuál representa un interés superior incluso por encima de la sociedad y el Estado mismo. (29)

Compartimos la posición de Güitrón Fuentevilla, porque el Derecho familiar aún cuando ha formado parte del Derecho civil, hoy en día es una realidad que ha adquirido plena autonomía, y ha dejado de formar parte del Derecho civil. Por lo cual es necesario no solo la creación de un código familiar, sino también uno de Procedimientos Familiares.

28.-Güitrón Fuentevilla, Julián. *¿Cuál es la Naturaleza jurídica del Derecho Familiar?* Revista Convergencia. Órgano Informativo del CONEPOD. México, D.F. 1993. p. 23

29.-Güitrón Fuentevilla, Julián. *Concepto de Derecho Civil Y Derecho Familiar.* Revista de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M. Tomo XXIX. Num. 112. Enero-Abril 1979. México, D.F. pp. 170 y 171.

Para Julien Bonnecase, el concepto de Derecho familiar, tiene dos sentidos, uno amplio y restringido; aquel es "el conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia." (30)

Bonnecase agrupa dentro del Derecho familiar, las reglas de carácter personal y patrimonial, dentro del Código civil francés, como reglas de orden personal. Sin embargo, ésta no es la realidad, ya que el Derecho familiar no sólo regula el matrimonio, la filiación o la patria potestad, también se encuentran dentro de sus normas las relativas al patrimonio de familia, sucesiones, testamentos, etc..

Durante siglos se ha considerado a la familia como un organismo, constituido por la unión íntima y jerarquizada de un grupo de personas y de la comunidad de bienes pertenecientes a ella. Bajo esta forma, la familia constituía reglas de carácter personal y patrimonial.

El Código Napoleón, agrupó las reglas de Derecho familiar, de orden personal y patrimonial en tres categorías.

En la primera incluyó la mayor parte de las reglas relativas al

30.- Bonnecase, Julien. *La Filosofía del Código Napoleón aplicada al Derecho familiar. Traducción de José M. Cajica Jr. Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, Puebla México. n.d. p. 33.*

matrimonio, el parentesco y la filiación.

En la segunda, agrupó las normas relativas a la reglamentación de los regímenes matrimoniales.

En la tercera, están las sucesiones y donaciones, tomando en consideración la transmisión de los bienes de una persona. El legislador al reglamentar ésta transmisión lo hace atendiendo al parentesco, protegiendo a ciertas categorías de herederos.

En sentido estricto el Derecho familiar, según Bonnacase está integrado por el matrimonio, los regímenes matrimoniales y el parentesco.
(31)

Nos inclinamos más por el concepto amplio del Derecho familiar, que expone Bonnacase, ya que no podemos únicamente considerar dentro del Derecho familiar a las relaciones familiares derivadas de un grupo de personas, cuyo origen es el matrimonio; debemos tomar en cuenta las relaciones de las familias originadas por uniones de hecho, adopción e inseminación artificial en cualquiera de sus formas.

Para Enrique Díaz de Guíjarro el Derecho familiar, "es el conjunto de normas que, dentro del Código Civil y de las leyes complementarias, regulan

31.- Ibidem pp. 34, 36, 37

el estado de familia tanto de origen matrimonial como extramatrimonial, los actos de emplazamiento en ese estado y sus efectos personales y patrimoniales." (32)

Díaz de Guíjarro ubica al Derecho familiar dentro del civil, con lo que no estamos de acuerdo, pues como lo demostraremos más adelante hoy en día de es una disciplina jurídica autónoma de la que le dio origen es decir, del Derecho civil.

Para Heinrich Lehmann el Derecho de familia debe reglamentar las relaciones familiares, son aquellas que derivan del matrimonio y del parentesco. (33)

Este autor, como otros, comete el error de señalar que el Derecho familiar sólo se debe ocupar de regular las relaciones que derivan del matrimonio y el parentesco, lo cuál es una aberración, pues de éste modo deja sin protección a los grupos familiares que tienen su origen en uniones de hecho. Familias con derechos y deberes semejantes a las que derivan de una unión matrimonial.

32.- *Díaz de Guíjarro, Enrique. ob. cit. p. 293.*

33.- *Lehmann, Heinrich. Tratado de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de familia. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1953. p. 11.*

Genéricamente para Augusto Cesar Belluscio el Derecho de familia es " el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares" (34)

Como podemos observar las dos últimas definiciones señaladas, coinciden en considerar al Derecho familiar como aquel que regula las relaciones familiares, sin emitir juicio alguno acerca de la ubicación dentro del Derecho, ni limitar su contenido.

En cambio el francés Lafaille considera al Derecho familiar como "el conjunto de instituciones jurídicas de orden personal y patrimonial que gobiernan la fundación, estructura, la vida y la disolución de la familia" (35)

Su antecedente es la definición de Julien Bonnecase. Dentro de ella el autor ubica todas las instituciones jurídicas que puedan presentarse dentro de la familia, tanto de orden personal -matrimonio, adopción, patria potestad, filiación etc.- como de orden patrimonial - sucesión legítima, testamentaria, regímenes matrimoniales, etc.

Rébora lo define como "el conjunto de normas y de principios concernientes al reconocimiento y estructura del agregado natural que recibe el nombre de familia; a las funciones que el mismo agregado llena y debe

34.- Belluscio, Augusto Cesar. *Manual de Derecho de Familia. Tomo I. 3a. edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, República Argentina 1979. p. 21.*

35.- *Loc. cit.*

llenar, del punto de vista de la formación y protección de los individuos que lo integran; a las relaciones de estos individuos entre sí y con el agregado, como a las de éste con la sociedad civil, con la sociedad política y con los sucesivos órganos constitutivos de la una y de la otra, y a las instituciones apropiadas para su preservación y, según las circunstancias, para su restauración o reintegración." (36)

En la evolución histórica de la familia que hemos analizado, vimos que la familia inició como un grupo de personas que emergen de un hecho natural, que es la relación sexual. La definición de éste autor reconoce que el Derecho familiar es el conjunto de normas y principios que viene a reconocer y a regular las funciones que desempeña ese grupo emergente de un hecho natural. Es decir, como primero surge la familia y después la ley, ésta debe adaptarse a aquella. El Derecho familiar regula no sólo las relaciones existentes entre los miembros de una familia, sino también las relaciones que guarda con otras familias, con la sociedad y con el Estado; también comprende las instituciones necesarias para restaurar a ese grupo familiar, cuando dentro de él se presentan conflictos que deben resolverse siempre pensando en la permanencia de la familia.

Dentro de la definición de Derecho familiar, Rébora integra al Derecho procesal familiar, pues contempla la posibilidad de que los miembros de éste grupo pueden llegar a tener conflictos. Nosotros no estamos de acuerdo en

36.- *Loc. cit.*

mezclar al Derecho procesal familiar dentro de las normas de Derecho familiar. Proponemos la creación de una nueva rama del Derecho que se encargue de regular los conflictos presentados en el seno familiar.

Otra definición de Derecho familiar es la de Arturo Luis Torres Rivero para quien "el Derecho de familia es el cuerpo de reglas jurídicas , personales y patrimoniales, atinentes a las personas como miembros del grupo familiar." (37)

Este autor para dar su definición de Derecho familiar, toma como base la expuesta por Julien Bonnecasse. Ambos se refieren a dos tipos de normas, las que se ocupan de las relaciones personales surgidas entre los miembros de una familia y normas que regulan aspectos patrimoniales dentro de la misma. Desde nuestro punto de vista, el Derecho familiar no se limita a la regulación de normas patrimoniales y personales sino que va más allá contemplando las relaciones que surgen entre sus miembros, las de éstos con otras familias, con la sociedad y con el Estado mismo.

Fernando Fueyo Laneri establece que "el Derecho de familia es el conjunto de normas que regulan relaciones que mantienen entre sí los miembros de la familia." (38)

37.- Torres Rivero, Arturo Luis. *Derecho de Familia. Tomo I. Parte general. Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela. 1967. p. 4*

38.- *Loc. cit.*

Limitar de tal manera el Derecho familiar, es un error, recordemos que se trata de la rama jurídica que protege y regula a la célula más importante de toda sociedad. La familia.

El chileno José Luis La Cruz Berdejo sostiene: "El Derecho de familia es el que regula las situaciones de cónyuges y parientes en cuanto a tales." (39)

No estamos de acuerdo con la definición de este autor, pues considerar que el Derecho familiar sólo regula las relaciones existentes entre los cónyuges y parientes es absurdo. Dejar fuera de protección legal a aquellas familias que tienen su origen en uniones de hecho. Cerrar los ojos a la realidad no es proteger a la familia, en 1996 no todas las familias surgen por un vínculo jurídico, como es el matrimonio, existen otras, que merecen protección, y que surgen por uniones de hecho.

El uruguayo Saúl D. Cestau define al Derecho familiar como "el conjunto de reglas de derecho que rigen la constitución, el funcionamiento y la disolución de la familia" (40)

No compartimos la opinión de éste autor, pues aún cuando puede

39.- *Loc. cit.*

40.- *D. Cestau, Saúl. Derecho de Familia y Familia. Vol. I. 3a. Edición. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay 1982. p. 8*

disolverse el vínculo que da origen a la familia, como puede ser el matrimonio o el concubinato, la familia subsiste, pues no puede pensarse siquiera en disolver a los hijos habidos en esa unión, ni las relaciones con sus progenitores.

El Derecho familiar, también ha sido definido por el mexicano Ignacio Galindo Garfias quien dice: "El Derecho de familia es un conjunto de normas jurídicas destinadas a regir la conducta de los miembros del grupo familiar entre sí, creando las relaciones conyugales y constituidas por un sistema de derechos y obligaciones, poderes, facultades y deberes entre consortes y parientes. Esas facultades y deberes de carácter asistencial, que nacen entre los parientes colaterales (hermanos, tíos, sobrinos, etc.), tienen entre ascendientes y descendientes un aspecto de potestades y sujeciones establecidas para la protección de los hijos." (41)

No estamos de acuerdo que se considere al Derecho familiar sólo como regulador de las relaciones entre los miembros de la familia. Hemos mencionado que el Derecho familiar no sólo se encarga de regular las relaciones de los miembros de la familia entre sí, sino también regula las relaciones de los miembros de esa familia con otros miembros de otras familias, con la sociedad y con el Estado.

41.- Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia.* Tercera edición. Editorial Porrúa S.A. México, D.F. 1979. p. 437.

Por otra parte, es un absurdo considerar que el Derecho familiar solo regula las relaciones de la familia que tiene su origen en un vínculo jurídico. No podemos negar que cada día, con más frecuencia, encontramos familias que tienen su origen en situaciones de hecho, como el concubinato. Este autor estima que para que la familia pueda ser objeto de protección jurídica debe tener su origen en el matrimonio. Fuera del matrimonio no hay familia. No compartimos éstas opiniones, porque sabemos de la gran cantidad de familias que tienen su origen en el concubinato y como juristas reconocemos que tienen derecho a una adecuada regulación.

Si queremos proteger a la familia, no debemos permitir ésta clase de consideraciones, recordemos que antes que la ley existió la familia, como tal merece protección sin importar si su origen es un vínculo jurídico o una situación de hecho.

A).- CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO FAMILIAR: El Derecho familiar tiene caracteres especiales, que lo hacen distinto de otros, inclusive del propio Derecho civil. Más adelante en el desarrollo de ésta investigación, analizamos las tesis que fundan la autonomía científica del Derecho Familiar.

El Derecho Familiar tiene elementos diferentes al civil. En primer lugar, los individuos a quienes protege, es decir a la familia, en donde lo más importante no es el interés individual, como sucede en las relaciones reguladas

por el Derecho civil, sino el interés de la familia. El Derecho familiar posee características propias, que lo hacen distinto a otras ramas del Derecho, nada hay más privado que los intereses y la vida conyugal y sin embargo la ley no deja a los esposos libertad para constituir, regular, o disolver sus relaciones. No hay libertad para constituir el matrimonio, para reconocer a sus hijos; para adoptarlos, siendo indispensable la intervención de un funcionario público. No hay libertad para regular los deberes y derechos de los cónyuges están predeterminados y los esposos no pueden celebrar ni siquiera en cuanto a las relaciones patrimoniales. No hay libertad para extinguirlo. Procede el divorcio si se prueban las causales ordenadas por la ley. (42)

Entre las características que distinguen al Derecho familiar del privado, en general y del civil en particular, son las siguientes:

1.- Limitan la autonomía de la voluntad .- Esta característica es la más importante. En asuntos de Derecho, familiar las partes no pueden regular sus propias relaciones familiares, su voluntad esta supeditada a buscar el bienestar familiar. Al Estado le interesa la estabilidad de la familia; velar por su protección y una manera de hacerlo, es vigilando que los particulares no establezcan normas que perjudiquen a la célula principal de la sociedad, que es la familia. (43)

42.- Antoni, Jorge S. "La ubicación de la familia en el Derecho". Revista Juridica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Tucuman. San Miguel de Tucuman. República Argentina 1969. p. 22

43.- Lehmann, Heinrich. ob. cit. pp. 28, 29.

En la celebración del matrimonio, la función de la voluntad es completamente distinta a la función que persigue la voluntad en la celebración de un contrato. En el matrimonio se dirige a la creación de una relación familiar, de una familia; en el contrato ve una relación de carácter patrimonial. (44)

En ambas la voluntad actúa, sin embargo para crear y regular a la familia, existe un interés superior al individual de las relaciones patrimoniales, por lo cuál la ley no permite que la voluntad del particular forme la relación familiar, principio que también se aplica al Derecho procesal familiar.

2.- No procede el principio de representación.- En Derecho civil, los particulares pueden delegar su voluntad a una tercera persona que los represente. En Derecho familiar, se requiere la comparecencia del interesado en forma personal para cumplir sus deberes o exigir sus derechos. Este principio es aplicable en materia procesal familiar, donde para tramitar un juicio de carácter familiar, es indispensable que los interesados concurren ante el Juez de manera personal y no a través de representante, en la mayoría de los casos.

44.- Díaz de Guijarro, Enrique. "Cuestiones de Derecho de Familia". Revista Cubana de Derecho. Año XXVIII. Abril - Junio de 1956. Num. 11. La Habana, Cuba 1956. p.8.

3.- No son aplicables las modalidades del Acto Jurídico.- Las relaciones familiares no son susceptibles de limitarse por término o condición, ya que esto es contrario a la naturaleza de los efectos que produce el Derecho familiar. (45) Estamos en presencia de los actos jurídicos familiares y no civiles, lo mismo ocurre con los actos procesales familiares.

Los actos jurídicos pueden establecer un término o una condición, y de éstas modalidades puede depender el nacimiento o la producción de los efectos del acto jurídico. En Derecho familiar esto no puede ocurrir, es imposible pensar en un matrimonio celebrado por un tiempo determinado; o que la patria potestad produzca efectos sólo si el hijo respeta a sus padres. Estas situaciones no pueden presentarse en normas de Derecho familiar, pues se pondría en grave peligro la estabilidad familiar y el Estado no puede permitir que la voluntad de los particulares esté por encima del interés que la familia representa como base fundamental de toda sociedad.

4.- Los derechos derivados de los actos jurídicos familiares son irrenunciables.- Las partes no pueden renunciar voluntariamente a sus deberes ni a sus derechos familiares.(46) En ocasiones se perderían como sanción al no cumplir con lo establecido por la ley, pero las partes nunca pueden renunciar a ellos, como en el caso de un acto jurídico civil.

45.- Beltrán de Heredia José. "La Doctrina de Cicú sobre la posición sistemática del Derecho de Familia". *Revista de Derecho Privado*. Octubre 1965. Madrid, España. p. 835.

46.- D. Cestau, Saül. *ob. cit.* p. 11

5.- Los derechos familiares son intransmisibles.- Se otorgan a una persona determinada por su status familiar respecto de otra, y no puede transmitirse ese derecho. (47) Sería absurdo pensar en que un padre transmita a una tercera persona sus deberes en relación a la educación de su hijo; o que un cónyuge transmita sus derechos conyugales a un tercero. Por la naturaleza especial de los derechos familiares solo pueden ejercerse por la persona a favor de quién se otorga. Esta situación resalta la enorme diferencia entre los derechos familiares y los civiles.

6.- Los derechos familiares son imprescriptibles.- Los derechos de familia no se pierden o se adquieren por el simple transcurso del tiempo. (48) En Derecho procesal familiar, ocurre lo mismo, por ejemplo en materia de alimentos no se pierde la acción para reclamarlos, por el simple transcurso del tiempo.

7.- Los conflictos derivados de la relación familiar, no pueden someterse a árbitros.- El Código de Procedimientos Civiles , prohíbe expresamente que las cuestiones relativas a la familia se sometan a arbitraje. (49) Al Estado le interesa proteger a la célula más importante de la sociedad, que es la familia, por lo tanto no permite que un arbitro resuelva un conflicto

47.- *Loc. cit.*

48.- *Loc. cit.*

49.- *loc. cit.*

de carácter familiar. La manera en que el Estado vigila los intereses familiares, cuando existe un conflicto, es a través de un juez familiar, funcionario público nombrado por el Estado.

La renuncia, la transmisión y la prescripción, entre otras, son figuras jurídicas que se aplican en Derecho civil; el cumplimiento de una obligación puede renunciarse, transmitirse y por el simple transcurso del tiempo el deudor puede liberarse de esa obligación. Esto no puede presentarse cuando se trata del cumplimiento de un deber de Derecho familiar, ya que la protección de la familia está por encima de la voluntad de los particulares. Del mismo modo, en Derecho Procesal Familiar no se permite que los juicios se comprometan en árbitros, pues el Estado está interesado en vigilar y resolver los problemas que se susciten dentro de la familia.

8.- Sentido ético.- En ninguna otra rama jurídica, tienen un alto sentido ético como en el Derecho familiar, en virtud de que por siglos la vida familiar de muchos pueblos estuvo gobernada de acuerdo a las tradiciones, costumbres y a la moral. Por lo anterior es común encontrar normas de Derecho familiar carentes de sanción o con una sanción atenuada. (50)

En relación a lo anterior Julien Bonnacase ha expresado lo siguiente: "El Derecho es impotente para realizar, por si sólo, una obra verdaderamente eficaz en el terreno de la familia; aunque los textos de la ley sean conformes

50.- *Ibidem* p. 9.

al derecho, y estén calcados exactamente los estudios naturales sobre la vida social, valdrán tanto como un cuerpo sin alma, si desdeñan a la Moral y al sentimiento. El sentimiento moral es el alma de la familia. Es verdad que frecuentemente y con razón, se habla del sentimiento del Derecho. Parecería que, para vivificar la regla de Derecho y asegurar su observancia, debía bastar la conciencia que traduce de su necesidad y de su bondad. De hecho es así en numerosos dominios del Derecho de familia. Es que el sentimiento del Derecho se reduce al sentimiento del menor sacrificio de parte de cada uno, en tanto que el sentimiento de la moral, es el de extremo sacrificio. Ahora bien si el sentimiento del menor sacrificio es el único necesario para el restablecimiento de la paz entre vecinos respecto de un muro medianero, sólo el sentimiento de extremo sacrificio dará al marido y a la mujer, a los padres y a los hijos, la energía para hacer frente a todos los deberes, cuyo cumplimiento es el secreto de la dicha familiar." (51)

9.- La solemnidad.- Por la importancia que revisten los actos jurídicos de Derecho familiar, la ley ha considerado prudente elevarlos a la categoría de solemnes. Por lo cual es necesario producir efectos jurídicos, que se realicen cumpliendo ciertas formalidades establecidas por la ley. Por ejemplo, para contraer matrimonio, los interesados deben expresar su voluntad frente al Oficial del Registro Civil, de lo contrario no producirá efectos jurídicos como tal.

51.- *Bonnecase, Julien. ob. cit. pp. 26, 27.*

10.- Las normas de Derecho familiar son inderogables. El Derecho familiar, está integrado por un conjunto de normas, que son de orden público, por lo tanto imperativas y que no pueden ser modificadas por voluntad de los particulares. (52) La manera en que el Estado vigila los intereses de la célula más importante de su sociedad es prohibiendo que las partes integrantes de la familia puedan formarla con sus propias reglas. Los particulares no tienen libertad para constituir, regular o disolver sus relaciones familiares. La ley ordena como debe protegerse a la familia.

11.- El contenido del Derecho familiar debe ser de carácter nacional.- La protección de la célula más importante de la sociedad, exige al legislador, la creación de normas idóneas al tipo de familia que se pretende proteger, tomando en cuenta su idiosincrasia y sus costumbres. (53)

Estas son las características más importantes del Derecho familiar, las cuales lo hacen distinto de otra ramas del Derecho, inclusive del que le dio origen, que fue el Derecho civil, ya que como hemos expresado no se le aplican principios en los que se apoya el Derecho civil. Si después de analizar estos principios rectores del Derecho familiar, alguien puede sostener que forma parte del Derecho civil se expone a presentarse como un ignorante. Después de esta demostración científica no podemos negar que el Derecho familiar es autónomo.

52.- *Torres Rivero, Arturo Luis. ob. cit. p. 19*

53.- *Loc. cit.*

III.- CONCEPTO DE DERECHO PROCESAL.

Dentro de éste apartado analizaremos diversas definiciones de Derecho procesal, las cuales nos van a servir para integrar el concepto de Derecho procesal familiar.

El Derecho procesal se entiende como "conjunto de normas jurídicas relativas al proceso jurisdiccional" (54). Obviamente entra aquí la jurisdicción familiar, creada en el año de 1973, por iniciativa del entonces Presidente de la República Mexicana Luis Echeverría Álvarez, que propuso la adición al Código de Procedimientos Civiles del Capítulo denominado 'De las Controversias de Orden Familiar'.

Es también un "conjunto de disposiciones que regulan la sucesión concatenada de los actos jurídicos realizados por el juez, las partes y otros sujetos procesales, con el objeto de resolver las controversias que se suscitan con la aplicación de las normas de derecho sustantivo" (55). Dentro del Derecho procesal familiar el juez es familiar; las partes son la familia misma; los sujetos procesales pueden ser los parientes; las controversias que se suscitan se refieren al matrimonio, el divorcio, la adopción, la tutela, las sucesiones, etc.; las normas aplicables, en este caso, son de Derecho familiar.

54.- *Diccionario de Derecho procesal civil*. Pallares, Eduardo. Undécima edición. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1978. p.244.

55.- *Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo III. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M. México, D.F. 1983. p. 199*

En el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas manifiesta: "el Derecho procesal es el que contiene los principios y normas que regulan el procedimiento, la administración de justicia ante los jueces y tribunales de las diversas jurisdicciones." (56)

Este conjunto de principios que regula el procedimiento es tan variado, como las ramas del Derecho mismo. Cada una de ellas presenta procedimientos singulares,- el familiar por ejemplo- por lo cuál podemos encontrar en diversas obras jurídicas los conceptos de Derecho procesal civil, penal, administrativo, agrario, internacional, etc.; sin embargo y aún cuando todos sabemos que existen procedimientos familiares, con principios que no se aplican a ninguna otra clase de controversias, no existe el Derecho procesal familiar. Nuestra tarea en ésta investigación es probar su existencia, crear sus conceptos fundamentales y analizar sus singularidades que lo hacen tan distinto, sobre todo del Derecho procesal civil, donde más por tradición e ignorancia, todavía podemos encontrarlo.

Para el autor Prieto Castro el Derecho procesal "es el conjunto de normas que ordenan el proceso. Regulan la competencia del órgano público que actúa en él, la capacidad de las partes y establece los requisitos, forma y eficacia de los actos procesales, los efectos de la cosa juzgada y las

56.- *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Cabanellas, Guillermo. Tomo II. 12ª edición. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, República Argentina 1979. p. 613.*

condiciones para la ejecución de la sentencia, fija en una palabra, normas para el desenvolvimiento del proceso." (57)

Aún cuando suelen confundirse los términos proceso y procedimiento, tienen distintos significados. El proceso es el método establecido por la ley para definir la justicia. El procedimiento son los actos realizados por el juez, las partes, los terceros, los auxiliares de justicia, etc., en un momento determinado de acuerdo a lo establecido por la ley. Por lo tanto un proceso puede contener varios procedimientos y a cada rama del Derecho procesal, corresponde un procedimiento especial. (58) V. gr. Uno de los procedimientos dentro del Derecho procesal civil, es el procedimiento familiar. Nosotros no compartimos ésta postura. Sostenemos la creación de una nueva rama del Derecho, el Derecho procesal familiar, conjunto de normas que regule el procedimiento familiar; el conjunto de actos que deben realizar el juez familiar; la familia cuando se encuentre en conflicto; el Ministerio público; los auxiliares de la justicia familiar, para resolver los conflictos que se presentan en el seno familiar, que requieren un tratamiento especial por el valor que la familia representa para la sociedad y el Estado.

Los conflictos entre los particulares, han existido desde los tiempos más remotos y hay dos formas para resolverlos; por acuerdo entre los

57.- *Diccionario de Derecho Procesal Civil. ob. cit. p. 245*

58.- *Alsina, Hugo. Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial. 2ª ed. Ediar Sociedad Anónima Editores. Buenos Aires. República Argentina 1963. p. 200*

afectados, lo que generalmente no ocurre, sobre todo cuando ello representa la pérdida de bienes o intereses que se persigan; otra es la solución del conflicto con ayuda de un tercero, de un Juez, nombrado por el Poder Público, quien se encargará de manera imparcial y con base en un proceso previamente establecido, de dirimir la controversia.

Este tercero resolverá los conflictos en base a las normas de Derecho procesal. Dependiendo de el tipo de conflicto las partes acudirán ante un juez civil, penal, administrativo o familiar, en su caso. Cada rama del Derecho tiene sus propias normas para la solución de problemas. En el caso del Derecho procesal familiar, las normas aplicables siguen siendo las del proceso civil, las cuales han sido rebasadas, porque la familia representa un interés superior y debe tener sus propias reglas procesales. No es lo mismo dirimir una controversia derivada de un contrato de compra venta, que una que derive de la disolución del vínculo matrimonial, a través del divorcio. Nuestra tesis; posición ideológica original, sostenida en ésta investigación es proponer la creación de un Código de Procedimientos Familiares que regule jurídica y procesalmente la solución de todas las controversias de tipo familiar; juicios sobre cuestiones matrimoniales, nulidad de matrimonio, divorcio, protección económica de la familia, paternidad, filiación, patria potestad, adopción, incapacidad, interdicción, organización judicial para enajenar o gravar bienes de menores e incapaces, modificación a las actas del Registro del Estado familiar, emancipación, tutela, ausencia, presunción de muerte, providencias cautelares, impedimentos, excusas, recusaciones, incidentes y recursos.

A).- CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PROCESAL.-Entre sus características encontramos las siguientes:

1.- El Derecho procesal forma parte del Derecho público. Reglamenta la actividad del poder judicial, órgano del Estado. Busca la paz social, a través de la administración de la justicia.

2.- El Derecho procesal esta integrado por normas instrumentales y materiales. La mayoría tienen aquel carácter. Las instrumentales de manera indirecta resuelven al conflicto, nombrando una autoridad y otorgándole el poder suficiente para resolver los conflictos que le presentan.

En cambio las normas materiales crean obligaciones para quienes intervienen en un conflicto; v. gr, el pago de costas, la declaración de algún tercero en un juicio, etc.

3.- Por ser el Derecho Procesal parte del Derecho público, sus preceptos son absolutos y su cumplimiento no puede ser dejado al arbitrio de los particulares. Sin embargo, existen algunas normas de interés privado, que pueden ser renunciadas por voluntad de estos.

4.- La finalidad que persigue el Derecho procesal es la solución de los conflictos de intereses que se ventilan en un juicio.

5.- En el Derecho procesal es necesario, además de normas de carácter procesal idóneas, que los secretarios, jueces y magistrados, tengan la formación profesional adecuada para aplicar las leyes procesales.

6.- Gran parte de las disposiciones procesales son formalistas. Establecen las ritualidades del procedimiento. El Derecho procesal es adjetivo; sin embargo necesita el derecho sustantivo para funcionar. Para ser. Sin substancia no hay proceso. Sin esencia, no hay calificación. El Derecho procesal puede ser considerado como un todo, que reglamenta el proceso en general, pudiendo siempre diferenciarse el Derecho procesal civil, del mercantil, del administrativo, del familiar; según sea la ley que se aplique al proceso. (59)

El Derecho Familiar surge como parte del Derecho civil, y logra su autonomía al demostrar que por encima del interés individual, está el familiar, por lo que no se le aplican teorías en las que se apoya el Derecho civil. Lo mismo ocurre con el Derecho procesal familiar sin embargo éste sigue dentro del Procesal civil, aplicándose a los conflictos de carácter familiar normas de proceso civil, por lo que estamos proponiendo la creación de un Código de Procedimientos Familiares que se encargue exclusivamente de la resolución de conflictos de carácter familiar. Los problemas relativos a la familia deben ser resueltos por leyes especialmente creadas con ese objeto y por funcionarios especialistas en la materia que busquen siempre el bienestar de la familia.

59.- *Diccionario de Derecho Procesal Civil. ob. cit. pp. 245, 246.*

Dentro del Derecho procesal debe nacer una nueva rama, el Derecho procesal familiar. Los jueces familiares, creados por iniciativa de la Cámara de Senadores en el año de 1971, no pueden seguir dictando resoluciones que afectan a la célula más importante de la sociedad, la familia, con apoyo en 17 artículos relativos a las Controversias de Orden Familiar y aplicando las normas del proceso civil. Hemos analizado cómo las normas de Derecho civil no son aplicables al Derecho familiar, al igual que las de proceso civil no son aplicables al familiar. Nuestra tesis; posición ideológica original sostenida en ésta investigación doctoral, es manifestar la existencia del Derecho procesal familiar y la necesidad urgente de crear un Código de procedimientos familiares para cada uno de los Estados de la República Mexicana para protección de la familia.

B).- CATEGORÍAS DEL DERECHO PROCESAL.- En el Derecho procesal existen tres grandes categorías en las cuales, podemos ubicar todos los procesos.

PRIMERA.- El Derecho procesal dispositivo.- En él se encuentran las normas procesales civiles y mercantiles. Reposita sobre un principio de Derecho privado, que es la Autonomía de la Voluntad, y se identifica con el principio dispositivo. El proceso sólo puede iniciarse a instancia de partes. Su impulso depende de la actividad de éstas, quienes pueden disponer la controversia; fijar el objeto del proceso, por medio de las peticiones establecidas en la demanda y en la contestación y el Juez no irá más allá de lo

Dentro del Derecho procesal debe nacer una nueva rama, el Derecho procesal familiar. Los jueces familiares, creados por iniciativa de la Cámara de Senadores en el año de 1971, no pueden seguir dictando resoluciones que afectan a la célula más importante de la sociedad, la familia, con apoyo en 17 artículos relativos a las Controversias de Orden Familiar y aplicando las normas del proceso civil. Hemos analizado cómo las normas de Derecho civil no son aplicables al Derecho familiar, al igual que las de proceso civil no son aplicables al familiar. Nuestra tesis; posición ideológica original sostenida en ésta investigación doctoral, es manifestar la existencia del Derecho procesal familiar y la necesidad urgente de crear un Código de procedimientos familiares para cada uno de los Estados de la República Mexicana para protección de la familia.

B).- CATEGORÍAS DEL DERECHO PROCESAL.- En el Derecho procesal existen tres grandes categorías en las cuales, podemos ubicar todos los procesos.

PRIMERA.- El Derecho procesal dispositivo.- En él se encuentran las normas procesales civiles y mercantiles. Reposa sobre un principio de Derecho privado, que es la Autonomía de la Voluntad, y se identifica con el principio dispositivo. El proceso sólo puede iniciarse a instancia de partes. Su impulso depende de la actividad de éstas, quienes pueden disponer la controversia; fijar el objeto del proceso, por medio de las peticiones establecidas en la demanda y en la contestación y el Juez no irá más allá de lo

solicitado. Las partes fijan el objeto de la prueba limitándolo a los hechos controvertidos; sólo las partes están legitimadas para impugnar las resoluciones emitidas por el juez y por regla general la cosa juzgada sólo surte efectos entre las partes. En una palabra permite a las partes manejar el proceso. (60)

a).- Derecho procesal civil.- Rama del proceso encargada de solucionar los litigios de carácter civil que afectan los intereses de los particulares, v. gr. litigios relativos a la propiedad privada, validez, nulidad o cumplimiento de toda clase de contratos, todo tipo de obligaciones civiles, concursos o liquidaciones de patrimonio de personas no comerciantes.

Corresponde al órgano legislativo de cada Estado la expedición de las leyes civiles y procesales civiles, por lo que cada uno de los 31 Estados de la República cuenta con su propio Código de Procedimientos Civiles.

b).- Derecho procesal mercantil.- Regula el proceso destinado a solucionar los conflictos de carácter mercantil. A diferencia de lo que ocurre con las normas procesales civiles, que son competencia del legislativo local, la legislación mercantil y procesal mercantil es competencia del legislativo federal. Son expedidas por el Congreso de la Unión y tienen vigencia en todo

51.- Ovalle Favela, José. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Harla. México, D.F. 1980. pp. 7, 9, 10.

el territorio nacional. La parte actora puede elegir entre los Tribunales del Poder Judicial Federal o por los Tribunales del Poder Judicial de los Estados, cuando se trate de conflictos que sólo afecten a intereses particulares.(61)

SEGUNDA.- El Derecho procesal social.- Comprende las normas para resolver las controversias donde intervienen personas físicas o jurídicas en situación desfavorable desde el punto de vista social, económico o cultural. Existen varias ramas:

a).- El Derecho procesal laboral, cuyo fundamento jurídico es el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Las normas procesales se encuentran en la Ley Federal del Trabajo, destinada a solucionar los litigios derivados de los contratos, nombramientos o relaciones de trabajo. En ésta rama procesal existen dos clases de procedimientos: el destinado a la solución de los conflictos que surgen entre patrones y trabajadores; y el que soluciona litigios surgidos con motivo de relaciones de trabajo establecidas entre las dependencias y entidades de la administración pública y sus empleados. El primero lo regula el apartado A del artículo 123 constitucional y su ley reglamentaria, la Ley Federal del Trabajo promulgada el 23 de diciembre de 1969. El segundo tipo de procedimiento se encuentra

61.- Fix Zamudio, Hector y Ovalle Favela, José. Derecho Procesal. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1991. pp. 10, 12, 13.

regulado por el apartado B del mismo artículo constitucional y su ley reglamentaria, la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, promulgada el 27 de diciembre de 1963. A éste segundo procedimiento, algunos autores le denominan Derecho procesal burocrático.

c).- El Derecho procesal agrario.- Esta rama regula la solución de conflictos relacionados con la propiedad, la posesión y la explotación de los terrenos rurales, que surgen entre los propietarios privados y los núcleos de población ejidal y comunal, entre estos grupos entre sí o entre sus miembros. Tiene su fundamento en el artículo 27 constitucional y su ley reglamentaria, la Ley de la Reforma Agraria promulgada el 22 de marzo de 1971.

La solución de los conflictos agrarios corresponde al Presidente de la República, quien es auxiliado en ésta materia por la Secretaria de la Reforma Agraria, a través del Tribunal Agrario. (62)

d).- El Derecho procesal de la seguridad social.- Satisface los conflictos suscitados entre los beneficiarios y las instituciones nacionales de la seguridad social, tramitándose primero como recurso administrativo interno y posteriormente ante la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje en procedimiento ordinario laboral. (63)

62.- *Ibidem* p. 6

63.- *Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo III. ob. cit. p. 201, 202.*

TERCERA.- Derecho procesal inquisitivo.- Incluye normas para solucionar controversias donde se discute la aplicación de preceptos jurídicos de carácter indisponible. El Juez o tribunal que los decide debe investigar la verdad, impulsando de oficio el procedimiento, mediante las facultades que la ley le otorga; entre otras las siguientes.

a).- El Derecho procesal penal.- Sector donde es más evidente la indisponibilidad del objeto del proceso, el cuál es necesario para imponer sanciones punitivas, porque el Juez debe resolver según con la acusación planteada por el Ministerio Público. (64)

Porque la libertad de la persona, es la que ésta en juego en el proceso penal, ha sido objeto de mayores referencias en la Constitución, ya que su aplicación es la más propicia a vulnerar los Derechos humanos.

b).- El Derecho procesal administrativo.- En el Distrito Federal existe un proceso y un tribunal de carácter administrativo, encargado de solucionar las controversias suscitadas entre la administración pública del Distrito Federal y los administrados sobre la generalidad de los actos y contratos administrativos de aquella, incluyendo los de carácter fiscal. La Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, fue promulgada el 26 de febrero de 1971.

c).- El Derecho procesal constitucional.- Regula procesos encargados de resolver la interpretación y aplicación de las normas constitucionales. En México existen tres procedimientos constitucionales: el juicio de amparo, las controversias constitucionales y el juicio de responsabilidad.

Se destaca, la práctica del juicio de amparo, cuyos lineamientos generales están contenidos en los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y reglamentados por la Ley de Amparo de 1935. A través del juicio de amparo, los ciudadanos pueden impugnar los actos de autoridad, tanto locales como estatales, al considerar que violan las garantías individuales consagradas en la Constitución Política.

Las controversias constitucionales se encuentran previstas en el artículo 105 de la Constitución Política. Tienen por objeto preservar los límites entre las facultades de las autoridades federales y estatales y son planteadas por las autoridades afectadas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El juicio político o juicio de responsabilidad, es un proceso que se sigue ante un órgano político, en contra de un funcionario público con responsabilidad en la toma de decisiones políticas. Se encuentra regulado por la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos de 1982.

d).- El Derecho procesal familiar.- Expresión propuesta por nosotros, contiene las normas del Derecho procesal civil, que algunos procesalistas

definen como el derecho procesal civil inquisitivo. Sin embargo en 1971 se crearon los tribunales familiares, abocados a resolver conflictos de carácter familiar, con jueces especialistas en la materia. En 1973 surge un capítulo, en el Código de Procedimientos Civiles, denominado Controversias del Orden Familiar. Se le da al Juez familiar las más amplias facultades para allegarse la verdad del conflicto. (65)

Como consecuencia de las reformas a la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito y Territorios Federales de 1971 que creó los jueces familiares y como resultado los juzgados familiares, se produjeron varias reformas tanto al Código Civil como al de Procedimientos Civiles, para establecer dentro de diversos artículos la denominación de juez familiar. La más importante de éstas reformas, de 1973 cuando por iniciativa del Presidente de la República Mexicana Luis Echeverría Alvarez, somete a la consideración de la Cámara de Senadores adicionar al Código de Procedimientos Civiles el título denominado "De las Controversias Familiares" . Manifestando en la exposición de motivos que el Estado no puede ser indiferente a la necesidad de fortalecer la unidad familiar, buscando a través de procedimientos judiciales modernos, garantizar los derechos de todo ciudadano. Dado que es imposible evitar conflictos familiares, el órgano jurisdiccional debe abocarse a eliminar formalidades innecesarias y gravosas que entorpezcan o impidan la impartición de la justicia.

65.- *Fix Zamudio, Hector y Ovalle Favela, José. ob.: cit. pp. 18, 19, 22, 23, 24, 25.*

Esta iniciativa otorga, por primera vez, al juez una activa participación a través del ejercicio de facultades discrecionales que le permitan adentrarse mejor a los conflictos y dictar sentencias más cercanas a la verdad. Se propone la oralidad, de tal forma que el procedimiento se agote en una sola audiencia.

Los ciudadanos Senadores, al conocer la adición al Código de Procedimientos Civiles del capítulo "De las Controversias Familiares", manifestaron que era adecuada para la protección de la estructura de la vida familiar. El Estado preocupado de robustecer la unidad familiar, busca procedimientos judiciales modernos, garantizando los derechos ciudadanos y eliminando formalidades innecesarias para dilucidar la justicia en todos aquellos conflictos familiares. (66)

En el estudio de dicha iniciativa los Senadores coincidieron en señalar al capítulo "De las Controversias Familiares" como lo más importante y manifestaron : " Claro y encomiable resulta, que en una administración pública, como la que nos gobierna, en la que la familia se respeta, para hacerla cada día más respetable, a través de los regímenes legales que su estabilidad y concierto reclaman, fincando en ella el nexo indestructible y el pivote de la solidaridad humana, se contemplara la necesidad de resolver sus controversias, para que éstas desaparezcan, se amengüen y solucionen en el

menor tiempo posible, con los menores perjuicios y con la atingencia jurídica que es menester para que no se rompa su equilibrio. Por ello, proponemos la aprobación de las facultades discrecionales que se otorgan al juez; se disminuyan las formalidades; se acepte la oralidad con una sola audiencia; se evite la dilación con breve lapso para la sentencia; para que no se acepte con una recusación, excepciones dilatorias, incidentes fútiles, obstaculicen las medidas que urgentemente deben tomarse en bien de ese núcleo social tan importante.

Con cuanta razón el contenido de los artículos del 940 al 956 propuestos, incidiendo en el orden público de los problemas familiares, faculta al Juez para intervenir de oficio, sobre todo tratándose de menores y alimentos. Los derechos que derivan del régimen familiar, hacen que se proponga la eliminación de formalidades para su declaración o preservación. Se permiten las demandas por comparecencia, con término brevísimo para aportar pruebas y fijar la posibilidad de audiencias. Puede recaer desde luego el señalamiento de una pensión provisional destinada a alimentos. La ignorancia o la pobreza, ahora pueden subsanarse y protegerse con defensorías de oficio. La facilidad para las pruebas; la de las audiencias, con el cercioramiento que el Juez puede tener con el auxilio de trabajadoras sociales, le permitirá, a todas luces, adentrarse en la veracidad de los hechos sobre los que ha de juzgar, contando para ello con su libertad para el examen de los testigos. Procedimiento fácil, corto, cognoscitivo hasta el fondo de las pasiones y de las circunstancias, que al contemplarse y no perderse de vista en el corto espacio de tiempo que se fija para la audiencia, podrá permitir que el

Juez, con la ética de su inspirado apego a la verdad del problema, pueda decidir con acierto y dejar incólume la razón de ser el poder ser de la familia.

Valga lo expuesto para suplicar a esta Honorable Asamblea apruebe el Proyecto que se presenta a vuestra consideración . Al hacerlo, tengo la convicción de que, Gobierno y Gobernados, ligados por el diálogo realista y veraz de sus representantes, al impulso de la Iniciativa del Jefe del Ejecutivo, conjugan ahora en la nueva normatividad instrumentos legales que se ponen al servicio de una mejor a administración de justicia." (67)

La iniciativa que adiciona el capítulo "De las Controversias Familiares", se aprobó, en la Cámara de Senadores, por unanimidad de 52 votos y paso a la Cámara de Diputados.

En la Cámara de Diputados se turno, para su estudio, dictamen y análisis, a la Comisión Primera de Justicia y de Estudios Legislativos, manifestando que la adición trata de un aspecto de fundamental importancia social, al implantar un capítulo sobre las controversias del orden familiar, para evitar en lo posible el quebrantamiento de la unidad de la familia mexicana. Es correcta la adición del capítulo "De las Controversias Familiares". (68)

67.- *Ibidem.* pp. 946, 947, 948.

68.- *Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. XLVIII Legislatura. Año III. T. III. N° 10. Febrero 20 de 1973. p. 12*

Los diputados estudiaron durante los días 16, 20 y 22 de febrero de 1973, las reformas y adiciones propuestas por el Ejecutivo, entre las que se encontraba la adición al Código de Procedimientos Civiles del capítulo "De las Controversias Familiares"; sin embargo, no le prestaron mayor atención, pues ninguno de los Diputados que intervino comentó nada al respecto.

Llamo más la atención de los señores diputados la reforma al artículo 110 del Código de procedimientos civiles que proponía que las notificaciones se hicieran en un lapso no mayor de tres días, imponiendo como sanción, la destitución del cargo al infractor cuando reincida en más de tres ocasiones. Esta reforma ocupó las discusiones en la Cámara de Diputados, durante tres días, pasando desapercibidas las reformas en materia procesal familiar. A los diputados les importo más la sanción que se imponía a los actuarios incumplidos, que el bienestar y la protección jurídica de su familia.

La iniciativa comprendía la adición del artículo 940 al 956 del Código de Procedimientos Civiles, cuyo texto era el siguiente:

"Título Décimo Sexto

Capítulo Único.

De las Controversias de Orden Familiar.

Artículo 940.- Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad.

Artículo 941.- El Juez de lo Familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores y alimentos, decretando las medidas que tienda a preservarla y a proteger a sus miembros.

En los mismos asuntos, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el juez deberá exhortar a los interesados a lograr un advenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento.

Artículo 942.- No se requieren formalidades especiales para acudir ante el Juez de lo Familiar cuando se solicite la declaración, preservación o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de maridos, padres y tutores, y en general todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial.

Artículo 943.- Podrá acudirse al Juez de lo Familiar por escrito o por comparecencia personal en los casos urgentes a que se refiere el artículo anterior, exponiendo de manera breve y concisa los hechos de que se trate. Con las copias respectivas de esa comparecencia y de los documentos que en su caso de presenten se correrá traslado a la parte demandada, la que deberá comparecer, en la misma forma dentro del término de nueve días. En tales comparecencias las partes deberán ofrecer las pruebas respectivas. Al ordenarse ese traslado, el Juez deberá señalar día y hora para la celebración de

la audiencia respectiva. Tratándose de alimentos, ya sean provisionales o los que se deban por contrato, por testamento o por disposición de la Ley, el Juez fijará a petición del acreedor, sin audiencia del deudor y mediante la información que estime necesaria, una pensión alimenticia provisional, mientras se resuelve el juicio.

Será optativa para las partes acudir asesoradas y en ese supuesto, los asesores necesariamente deberán ser Licenciados en Derecho, con cédula profesional. En caso de que una de las partes se encuentre asesorada y la otra no, se solicitarán de inmediato los servicios de un Defensor de Oficio, el que deberá acudir, desde luego, a enterarse del asunto, disfrutando de un término que no podrá exceder de tres días para hacerlo, por cuya razón se diferirá la audiencia en un término igual.

Artículo 944.- En la audiencia las partes aportarán las pruebas que así procedan y que hayan ofrecido, sin más limitación que no sean contrarias a la moral o estén prohibidas por la Ley.

Artículo 945.- La audiencia se practicará con o sin la asistencia de las partes. El Juez, para resolver el problema que se le plantee, podrá cerciorarse personalmente o con auxilio de trabajadores sociales, de la veracidad de los hechos, quienes presentarán el trabajo que desarrollen en la audiencia, pudiendo ser interrogados por el Juez y por las partes. Su intervención tendrá el valor de un testimonio de calidad, quedando su valoración a lo dispuesto por el artículo 419. En el fallo se expresarán en todo caso los medios y pruebas en los que se haya fundado el Juez para dictarlo.

Artículo 946.- El Juez y las partes podrán interrogar a los testigos con relación

a los hechos controvertidos, pudiéndoles, hacer todas las preguntas que juzguen procedentes, con la sola limitación a que se refiere el artículo 944.

Artículo 947.- La audiencia se llevará a cabo dentro de los treinta días contados a partir del auto que ordene el traslado, en la inteligencia de que la demanda inicial deberá ser proveída dentro del término de tres días.

Artículo 948.- Si por cualquier circunstancia la audiencia no puede celebrarse, ésta se verificará dentro de los ocho días siguientes . Las partes deberán presentar a sus testigos y peritos, de manifestar bajo protesta de decir verdad no estar en aptitud de hacerlo, se impondrá al Actuario del Juzgado la obligación de citar a los primeros y de hacer saber su cargo a los segundos, citándolos asimismo, para la audiencia respectiva, en la que deberá rendir dictamen. Dicha citación se hará con apercibimiento de arresto hasta por quince días, de no comparecer el testigo o el perito sin causa justificada y al promovente de la prueba, de imponerle una multa hasta de tres mil pesos en caso de que el señalamiento de domicilio resulte inexacto, o de comprobarse que se solicitó la prueba con el propósito de retardar el procedimiento, sin perjuicio de que se denuncie la falsedad resultante. Las partes, en caso de que se ofrezca la prueba confesional, deberán ser citados con apercibimiento de ser declaradas confesas de las posiciones que se les articulen y sean calificadas de legales, a menos que acrediten justa causa para no asistir.

Artículo 949.- La sentencia se pronunciará de manera breve y concisa, en el mismo momento de la audiencia de ser así posible o dentro de los ocho días siguientes.

Artículo 950.- la apelación deberá interponerse en la forma y términos previstos por el artículo 691.

Cuando la tramitación del juicio se haya regido por las disposiciones generales del Código, igualmente se regirá por estas disposiciones, por lo que toca a los recursos; pero en todo caso, si la parte recurrente careciere de abogado, la propia Sala solicitará la intervención de un Defensor de Oficio, que gozará de un plazo de tres días más para enterarse del asunto y a efecto de que haga valer los agravios o cualquier derecho a nombre de la parte que asesore.

Artículo 951.- Salvo los casos previstos en el artículo 700, en donde el recurso de apelación se admitirá en ambos efectos, en los demás casos, dicho recurso procederá en el efecto devolutivo.

Las resoluciones sobre alimentos que fueron apelados, se ejecutarán sin fianza.

Artículo 952.- Los autos que no fueren apelables y los decretos, pueden ser revocados por el juez que los dicta.

Son procedentes en materia de recursos, igualmente los demás previstos en este Código y su tramitación se sujetará a las disposiciones generales, del mismo y demás de los casos ya determinados expresamente en este Ley, para lo no previsto al respecto, se sujetará a las disposiciones generales correspondientes.

Artículo 953.- La recusación con causa o sin ella, no podrá impedir que el Juez adopte las medidas provisionales sobre depósito de personas, alimentos y menores.

Artículo 954.- Ninguna excepción dilatoria podrá impedir que se adopten las referidas medidas. Tanto en este caso como en el del artículo anterior, hasta después de tomadas dichas medidas se dará el tramite correspondiente a la cuestión planteada.

Artículo 955.- Los incidentes se decidirán con un escrito de cada parte y sin suspensión del procedimiento. Si se promueve prueba, deberá ofrecerse en los escritos respectivos, fijando los puntos sobre que verse, y se citará dentro de ocho días, para audiencia indiferible, en que se reciba, se oigan brevemente las alegaciones, y se dicte la resolución dentro de los tres días siguientes.

Artículo 956.- En todo lo no previsto, regirán las reglas generales de este Código de Procedimientos Civiles, en cuanto no se opongan a las disposiciones del presente título." (69)

La adición del Título Décimo Sexto, Capítulo Único, "De las Controversias de Orden Familiar" del Código de Procedimientos Civiles fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 14 de Marzo de 1973.

Incluir un capítulo especial, dentro del Código de Procedimientos Civiles, que se refiera a materia procesal familiar, fue un avance importante para la protección jurídica de la familia; sin embargo no son suficientes 17 artículos, para la gama de procedimientos de tipo familiar. Los jueces familiares no pueden seguir aplicando las normas del Código de procedimientos civiles, ya que estamos hablando de dos procedimientos completamente distintos. Por eso reiteramos nuestra posición ideológica y personal en esta investigación doctoral, creando el Derecho procesal familiar y manifestando la necesidad de que se promulgue un Código de Procedimientos Familiares.

La separación, entre procesal civil y familiar dentro de las categorías del Derecho procesal, apoyan nuestra tesis, en el sentido de que el segundo es distinto del primero. En el Derecho procesal civil las partes manejan el proceso según sus intereses; el Juez no puede ir más allá de lo que le soliciten. En el Procesal familiar, el Juez tiene las más amplias facultades para allegarse la verdad de los hechos; si las partes no ofrecen las pruebas suficientes, el Juez de oficio podrá solicitar las que considere necesarias. En el proceso civil, la confesión tiene pleno valor probatorio. En el proceso familiar la confesión espontánea de una de las partes no es suficiente para probar un hecho. En este sentido existe Jurisprudencia definida de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice:

"DIVORCIO. CAUSALES DE , EN QUE LA CONFESIÓN NO ES MEDIO IDÓNEO PARA SU DEMOSTRACIÓN. PRUEBA PERICIAL.- Cuando se trata de una causal de divorcio consistente en una alteración o afectación de la salud o en un anormal funcionamiento de los órganos del cuerpo humano, como son las que contempla el legislador en la fracción VI del artículo 267 del Código Civil, no es suficiente (por no ser el medio de prueba idóneo), la confesión, sino que se requiere de otras pruebas, especialmente la pericial, por ser ésta la prueba idónea para tales casos, para tener por plenamente acreditada la alteración de la salud o el anormal funcionamiento. Séptima época, Cuarta parte: Vol. 43, Pag. 35." (70)

70.- *De la Paz y F. , Victor M. Teoría y práctica del juicio de divorcio. 1ª edición. Editor. Fernando Leguizamo Cortes. México, D.F. 1981. p. 330.*

En el proceso familiar se requiere la intervención del Ministerio Público de oficio, en el Civil, aquel interviene, si las partes lo solicitan. Si el demandado no contesta la demanda en el proceso civil se entiende respondida en sentido positivo, en el proceso familiar en sentido negativo, y quién afirma está obligado a probar.

Estas son algunas de las grandes diferencias entre el proceso civil y el familiar y más adelante demostraremos porque proponemos la creación del Derecho Procesal Familiar. Por el momento afirmamos que si dentro de las categorías del Derecho Procesal, el civil y el familiar se encuentran en distintos planos, se debe a su distinta naturaleza jurídica porque poco tienen en común y la realidad jurídica, familiar, social y cultural nos demuestra día a día que ambos son completamente distintos.

Como lo hemos señalado en 1971, por iniciativa del presidente de la República Mexicana Licenciado Luis Echeverría Álvarez, se crearon, en el Distrito Federal, los primeros nueve Juzgados Familiares. Juzgados que desde ese momento se encargarían de conocer y resolver exclusivamente problemas relativos al Derecho familiar. Hoy en 1996 existen cuarenta juzgados de primera instancia y dos salas familiares.

En todos los Estados de la República Mexicana, existen juzgados y salas familiares. Algunas veces más por imitar al Distrito Federal que por verdadera convicción. Lo que nunca ocurrió fue la creación de la herramienta

más importante de un juzgado, la ley procesal, la norma que diga cómo, cuando y dónde deben resolverse los conflictos de carácter familiar. (71)

Hoy en día, el país cuenta con tribunales y jueces familiares; sin embargo, solo un Estado, Hidalgo, tiene un Código de Procedimientos Familiares, primero en el mundo que se preocupó por la protección de la familia en materia procesal; que arranco a los procedimientos civiles, la verdadera valoración de los intereses familiares, los cuales deben ser tutelados por el Derecho procesal familiar. El Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo, surge paralelamente con el Código Familiar para el Estado de Hidalgo, independizando, por primera vez, el procedimiento familiar del civil y armonizando la ley sustantiva con la adjetiva. (72)

Los demás tienen juzgados familiares, jueces especialistas en la materia que conocen, juzgan y resuelven conflictos familiares, sin una ley especializada, es decir, sin un Código de Procedimientos Familiares. Lo hacen con base en un Código de Procedimientos Civiles que, no se adapta a las características propias y de orden público del Derecho procesal familiar.

71.- Güitrón Fuentesvilla, Julián. *¿Que es el Derecho familiar? Vol. II. Primera edición. Promociones Juridicas y Culturales. S.C. México, D.F. 1992. pp. 164, 165.*

72.- *Legislación Familiar del Estado de Hidalgo. Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo. Eguía Villaseñor, Emilio. décima edición .marzo de 1984. pp. 99, 100, 101.*

IV.- NUESTRO CONCEPTO DE DERECHO PROCESAL FAMILIAR.

En los diccionarios jurídicos aún no se habla del concepto de Derecho procesal familiar. Nosotros proponemos definirlo como el conjunto de principios y normas, creadas especialmente para la protección del entorno familiar, que regulen el procedimiento familiar ante los jueces y tribunales en la materia.

Dentro de la normal convivencia de los seres humanos, siempre se presentarán conflictos que deben resolverse. En algunos casos las soluciones se acuerdan entre las partes participantes; sin embargo, esto no es posible siempre, ya que en la mayoría de los casos se requiere ayuda de un tercero ajeno al conflicto para dirimirlo, y éste debe hacerlo basado en las leyes procesales respectivas.

En el Derecho procesal familiar se presentan situaciones particulares. En primer lugar las partes involucradas en el conflicto, pertenecen a un grupo familiar. En el proceso se debe velar más por el interés de la familia que por el individual de sus integrantes. El juez familiar debe ser un profesional, especializado en conflictos de índole familiar. Juzgar con base en leyes especialmente creadas para la protección de la familia, y aquí surge un grave conflicto, como ya hemos mencionado, existen juzgados, jueces y magistrados familiares pero no existen leyes procesales familiares.

Todo proceso es dialéctico. El juez procura llegar a la verdad, a través de la exposición de la tesis, acción; de la antítesis, excepción; y de la síntesis, sentencia. Por medio de la tesis o acción, una de las partes expondrá las ideas en las que funda su petición; a través de la antítesis, la otra parte dará su punto de vista. Serán dos ideas opuestas que requieren, dentro del debate procesal las mismas oportunidades. (73) y llegará una síntesis o sentencia, que a su vez, retroalimenta con una nueva tesis, antítesis y síntesis o sentencia de segunda instancia y así sucesivamente podría llegar a ser jurisprudencia.

El proceso familiar también es dialéctico. En ocasiones el juez familiar no podrá conformarse con lo que las partes le presentan, - tesis y antítesis -, porque con sus facultades inquisitoriales, y ésta es parte de nuestra propuesta, deberá auxiliarse para llegar a la verdad de un cuerpo profesional, integrado por Médicos, Licenciados en Derecho, Psicólogos, Trabajadores sociales y Pedagogos, denominado Consejo de Familia, que le ayuden a través de un testimonio técnico, narrándole los hechos que conocen, por virtud de sus conocimientos científicos o técnicos y así, al sintetizar lo anterior, emitir una verdadera sentencia, que se alimente de las antípodas.

73.- Couture J, Eduardo. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Tercera edición. Editora Nacional. México, D.F. 1958. p. 181

A).- CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PROCESAL

FAMILIAR.- Exponer las características del Derecho procesal familiar, nos permitirá diferenciarlo del procesal civil y comprender, porque proponemos la separación de ambos y la creación de un Código de Procedimientos Familiares, que termine con el enigma Kafkiano de resolver cuestiones familiares con un Código de Procedimientos Civiles, obsoleto y falto de sistemática en Derecho procesal familiar.

1.- El proceso familiar es de orden público.- Por ser la familia la célula más importante de toda sociedad, quizá más que el propio Estado, se le han otorgado al Juez las más amplias facultades para conocer la verdad, suplir la deficiencia de la queja, actuar de oficio y resolver protegiendo a la familia. En este sentido, de manera tímida e incipiente, el artículo 940 del Código de procedimientos civiles del Distrito Federal, establece que todos los problemas inherentes a la familia son de orden público, por constituir aquella la base de la integración de la sociedad.

Ser de orden público, le da al Juez familiar, amplias facultades para la dirección del proceso. Podrá suplir la deficiencia de la queja. Puede invocar de oficio principios procesales, siempre que no cambie los hechos, hayan o no sido invocados por las partes. Puede allegarse las pruebas necesarias para probar la verdad de los hechos, aún cuando las partes no las hayan ofrecido.(74) Actuar de oficio significa que el Juez familiar puede tomar la

74.- Ovalle Favela, José. *ob. cit.* p. 275

iniciativa en el proceso. Tomar decisiones, aún cuando no hayan sido solicitadas por las partes, siempre en interés familiar. Tiene la posibilidad de sustituir una mala defensa o un mal planteamiento de Derecho. (75)

El Juez familiar tiene la facultad de dirigir el proceso familiar, para proteger a la célula más importante de la sociedad. Es necesario que los jueces familiares hagan uso de éstas facultades discrecionales, que la ley les otorga y no se conformen con lo que las partes les aportan. Deben buscar allegarse a la verdad de los hechos para poder dar la solución más adecuada para la familia.

2.- Todos los juicios de carácter familiar, requieren la intervención del Ministerio Público. Al Estado le interesa proteger a la célula más importante de toda sociedad, a la familia. Una manera de protegerla es vigilando, a través del Ministerio Público, que procesalmente se protejan los intereses familiares y no los de los individuos que la forman.

3.- La confesión espontánea de una de las partes es ineficaz para probar un hecho. En el proceso familiar el juez podrá solicitar de oficio y haciendo uso de sus facultades inquisitoriales, la adminiculación de otro tipo de pruebas que ratifiquen la confesión. En este caso existe Jurisprudencia definida de la Corte que dice: "DIVORCIO, CAUSALES DE , EN QUE LA CONFESIÓN NO ES MEDIO IDÓNEO PARA SU DEMOSTRACIÓN.

75.- *Bejarano y Sánchez, Mamiel. La Controversia de Orden Familiar. Tesis Discrepantes. Tribunal Superior de Justicia del D.F. México, D.F. 1994. pp. 163, 164.*

PRUEBA PERICIAL.- Cuando se trata de una causal de divorcio consistente en una alteración o afectación de la salud o en un anormal funcionamiento de los órganos del cuerpo humano, como son las que contempla el legislador en la fracción VI del artículo 267 del Código Civil, no es suficiente (por no ser el medio de prueba idóneo), la confesión, sino que se requiere de otras pruebas, especialmente la pericial, por ser ésta la prueba idónea para tales casos, para tener por plenamente acreditada la alteración de la salud o el anormal funcionamiento. Séptima época, Cuarta parte: Vol. 43, Pag. 35."

4.- En caso de que el demandado no conteste la demanda, dentro del término establecido para tal efecto, ésta se tiene por contestada en sentido negativo. En el proceso familiar no se aplica el principio 'el que calla otorga', en Derecho procesal familiar el que calla no dice nada, y corresponde al actor probar los hechos de su demanda. (76) A éste respecto el artículo 271 del Código de procedimientos civiles señala que las demandas que no se contesten en el término establecido para ello se tendrán por contestadas en sentido afirmativo excepto cuando se trate de asuntos que afecten las relaciones familiares o el estado civil de las personas. Esta excepción hecha por el Código procesal es importante en materia familiar, ya que se busca siempre la protección de los intereses familiares y se previene de ésta manera que al realizar mal un emplazamiento o no contestar la demanda, dentro del término por cualquier circunstancia, se tenga al demandado por contestado en sentido afirmativo. En Derecho procesal familiar corresponde al actor probar los hechos de su demanda.

76.- Ovalle Favela, José. *ob. cit.* pp. 276, 277.

5.- Se prohíbe que las partes comprometan las cuestiones familiares a arbitraje. Por ser la familia la célula más importante de toda sociedad, al Estado le interesa su protección, por lo que cuando se presente un conflicto debe estar presente un funcionario del Estado, en éste caso el Juez familiar. El arbitraje es la solución a un litigio, dada por un tercero imparcial, que no está investido de ninguna función judicial, sino que es un particular que ayuda a dirimir una controversia. En materia procesal familiar, por el interés que representa la familia, no se permite que los particulares se hagan justicia a través del arbitraje. Se requiere siempre la intervención de un funcionario judicial, en éste caso del Juez familiar.

6.- Las sentencias dictadas por los tribunales familiares producen efectos contra terceros. En materia civil la sentencia dictada sólo obliga a las partes que han intervenido en el juicio. En materia procesal familiar existen sentencias que producen efectos, incluso contra aquellos que no intervinieron en el juicio. Por ejemplo en una sentencia de divorcio se condena a un hijo a ver a su padre solo los fines de semana, y el menor nunca fue oído ni vencido en juicio.(77)

7.- Para acudir ante un juez familiar, no se requiere formalidad alguna. Las partes pueden comparecer personalmente y narrar de manera oral los hechos y el juez tiene obligación de levantar un acta de la comparecencia.

77.- *Ibidem.* pp. 275, 276, 277.

En este sentido el artículo 942 del Código de procedimientos civiles señala: " no se requieren formalidades especiales para acudir ante el juez de lo familiar, cuando se solicite la declaración preservación o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o del desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de maridos, padres y tutores y en general todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial."

En la práctica ésta disposición es letra muerta. Nadie acude ante el juez familiar, si no es por medio de un escrito, y cuando se pretende hacer de manera oral, el personal administrativo del juzgado remite a los interesados a consultar un abogado o ante la Defensoría de Oficio del Tribunal Superior de Justicia del D.F.

En el Derecho procesal familiar, velar por los intereses de la familia es fundamental. Proponemos que los juzgados familiares trabajen los 365 días del año, a través de turnos, con la finalidad de que en casos de extrema urgencia; v. gr. alimentos, guarda y custodia de menores, la familia no tenga que esperar a que transcurran las vacaciones de tribunales para dar solución a su conflicto. La familia debe ser protegida por un cuerpo de leyes y profesionales acordes a sus necesidades.

8.- El juez familiar deberá exhortar a las partes a resolver la controversia mediante un convenio, con lo que podrá evitarse un juicio que deteriore a la familia. El juez, con base en sus amplísimas facultades se erigirá en un verdadero protector e inquisidor de la familia. (78)

Como podemos apreciar las características del Derecho procesal familiar son completamente distintas del Derecho procesal civil. En primer lugar el proceso civil está regido por principios dispositivos. El Familiar por inquisitivos. En el civil las partes pueden manejar el proceso; éste sólo se inicia a instancia de parte; el impulso procesal depende exclusivamente de las partes; ellas fijan el objeto de la prueba; el juez no puede ir más allá de lo solicitado. En el Familiar el juez tiene las más amplias facultades para dirigir el proceso, solicitar pruebas de oficio, utilizar todos los medios para allegarse la verdad, suplir la deficiencia de la queja.

Son procesos totalmente distintos. No tienen porque seguir regidos por un mismo cuerpo de leyes. El Derecho procesal familiar debe tener su propio Código de procedimientos familiares, que establezca los conceptos, principios generales, las normas de Derecho procesal familiar y específicamente de los procedimientos familiares en general. Juicios sobre cuestiones matrimoniales; nulidad de matrimonio; divorcio; protección económica de la familia;

78.- *Gúitrón Fuentesvilla, Julián. "El Derecho procesal familiar es una realidad en México" Primera parte. El Sol de México. Sección A. México, D.F. 9 de enero de 1995.*

paternidad; filiación; patria potestad; adopción; incapacidad; interdicción; rehabilitación; organización judicial para enajenar o gravar bienes de menores e incapacitados; modificaciones a las actas del Registro del Estado familiar; emancipación; tutela; ausencia; presunción de muerte; providencias cautelares; impedimentos; excusas; recusaciones ; incidentes y recursos.

La familia requiere de tribunales especiales que conozcan de su problemática, estos existen desde el año de 1971, pero después de 25 años no ha sido posible crear la herramienta más importante de estos tribunales, el Código de procedimientos familiares . A pesar de la incipiente reforma de 1973, que adicionó un capítulo especial denominado "De las Controversias del Orden Familiar" que incluye 17 artículos, éstos no son suficientes. Es erróneo pensar que con apoyo en 17 artículos puedan solucionarse los conflictos familiares. Por ello los jueces familiares han tenido que seguir aplicando las normas del proceso civil, aún cuando se trata de dos procedimientos que no tienen nada en común.

Después de veinticinco años de creados los jueces familiares y de veintitres de promulgado un capítulo especial en materia procesal familiar, es indispensable que se de el gran paso a la protección a la familia en materia procesal creando un Código de procedimientos familiares para cada Estado de la República que carezca de él.

CAPÍTULO SEGUNDO

"NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO FAMILIAR."

Dentro del presente capítulo, analizaremos las posturas más importantes de aquellos tratadistas que han concebido al Derecho familiar como una rama autónoma del Derecho privado en general y del civil en particular.

Desde nuestro particular punto de vista, consideramos que el Derecho familiar ha madurado y ha logrado, con el correr de los años, su autonomía de la rama que le dio origen; sin embargo, la mayoría de los juristas dedicados al Derecho civil, se niegan a reconocer esa autonomía, argumentando en ocasiones, que si separamos la materia familiar de la civil, esta última pierde contenido. Esto es absurdo y no resiste un análisis científico.

Para la presente investigación, es importante demostrar la autonomía de la rama sustantiva, el Derecho familiar, para poder sostener la autonomía de la rama adjetiva, es decir el Derecho procesal familiar, y con base en ésta última, demostrar la existencia del Derecho procesal familiar.

Para fundar nuestro punto de vista , pasamos a analizar las diversas teorías en éste sentido:

I.- TESIS DE ANTONIO CICÚ.

Antonio Cicú es el primer estudioso de ésta materia que ubica al Derecho familiar separado del Derecho público y del privado; sostiene que está al lado de estos, formando un tercer género. Cicú propone que la tradicional división bipartita del Derecho en público y privado, se convierta en tripartita, integrada por el Derecho público, privado y familiar.

Antonio Cicú sustenta su tesis de la autonomía del Derecho familiar, en la Universidad de Macerata, en Bolonia Italia, el 23 de noviembre de 1913, bajo el título "Lo spirito del Diritto Familiare", (El espíritu del Derecho familiar), teoría que fue posteriormente desarrollada por Cicú, de una manera completa y sistemática en su obra "Derecho de Familia" que data del año de 1914, de la cuál se hizo una traducción al castellano en el año de 1947.

Sin duda alguna, ésta obra es considerada como la más importante aportación de la ciencia jurídica, al Derecho familiar.

Cicú demostró que al Derecho familiar no se le pueden aplicar los principios del derecho privado patrimonial; reconociendo la existencia de un interés superior al de los individuos que lo integran.(79)

79.- Beltrán de Heredia, José. *ob. cit.* pp. 820, 822.

La obra de Derecho de familia, de Antonio Cicú, en la cuál nos expone más extensa y profundamente su tesis de que el Derecho familiar no forma parte del público, ni del privado, sino que integra un tercer genero, la divide en dos partes: la primera, consistente en hacer una análisis de las relaciones entre Derecho público y el Derecho familiar; en la segunda parte analiza al Derecho privado en relación con el Derecho familiar.

La primera parte de la obra de Antonio Cicú, tiene por objeto el estudio de las razones doctrinarias de la existencia de una afinidad entre Derecho público y Derecho familiar, en algunos casos hasta llegar a comprenderlo como parte del Derecho público.

Para alcanzar una clara visión del puesto que debe ocupar el Derecho familiar, en el sistema del Derecho, era necesario establecer primero la distinción entre Derecho público y Derecho privado. (80)

Según Cicú, la distinción entre Derecho público y privado resulta de "la contraposición conceptual entre el Estado en el que se actúe lo más completamente posible la idea individual y el Estado en el que ésta idea, dentro de lo posible sea eliminada; contraposición que puede traducirse en la fórmula: El Estado para el individuo, el individuo para el Estado. En la primera hipótesis el Estado no se organizaría más que para declarar y tutelar el derecho individual; para actuar, por consiguiente, fines especialmente individuales

80.- Cicú, Antonio. *ob. cit.* pp. 30, 31.

En la segunda la organización social tendría una finalidad exclusivamente propia y el individuo serviría exclusivamente a ella." (81)

Es decir Cicú distingue entre Derecho público y privado, atendiendo a la posición que el individuo tenga respecto del Estado.

Dentro de su obra Derecho familiar, Cicú establece la distinción entre Derecho individual y Derecho social; del interés público y del interés privado; de los derechos subjetivos públicos y privados; de las relaciones públicas. Temas que por no ser materia de nuestro estudio no abordaremos.

Respecto al Derecho familiar, Cicú señala: "Antes que el Estado, y más que el Estado, la familia se representa como agregado de formación natural y necesaria. No nos interesa aquí indagar cómo y de qué diversa manera, el mismo se vino formando. 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. Indudablemente aquellas necesidades operan como fuerza primaria y superior al arbitrio humano; pero no es en su necesidad únicamente, ni principalmente debe situarse la necesidad del agregado familiar. Ya hemos observado que en tiempos primitivos es predominante la necesidad del sustento común y de la

81.- Ibidem. pp. 37, 38

defensa lo que determina la organización jurídico social de la familia; y también aquí puede considerarse que esa necesidad no haya operado con libre determinación voluntaria, y de ahí precisamente el carácter político de la constitución interna del grupo. Si hoy en la necesidad de la defensa a la familia se ha sustituido el Estado, y en las necesidades económicas a la familia se ha sustituido el individuo, no por eso puede decirse que haya desaparecido para ella el carácter de agregado necesario, y tampoco puede decirse que en su carácter constitutivo sea solamente y principalmente la necesidad sexual y la conservación de la especie.

Insistimos en éste último punto porque estamos convencidos de que no se puede entender de otra manera la regulación jurídica de la familia. Convencidos además, de que frente a una tendencia a reducir a aquellos datos primitivos la esencia de la familia, legisladores e interpretes deben reaccionar; siendo su cometido, en cuanto a la familia, lo mismo que en cuanto al Estado, no limitarse a adaptar la norma al hecho social, sino ante todo, el llevar a cabo una función preventiva y educativa." (82)

Cicú pretendió establecer una gran similitud entre el Estado y la familia. Señaló que la familia era como el Estado; contaba con organismos propios y con un jefe, que dirigía a los miembros de la familia, como si se tratara de un Estado; afirmando que las relaciones jurídicas de éstos dos entes son casi iguales.

82.- *Ibidem.* pp. 109, 110.

La anterior afirmación trajo como consecuencia muchas críticas en contra de la tesis de Antonio Cicú, quien se vio en la necesidad de aclarar ésta postura, señalando que la familia es un grupo ético como lo es el Estado; que los poderes familiares se encuentran, como los públicos, dominados por el principio del deber sin margen para el arbitrio de los integrantes de la familia (83), pero esto no significa que la familia forme parte del Derecho Público.

Para continuar con la exposición de su tesis respecto a la autonomía del Derecho familiar, señala que para distinguir al Derecho público del privado, debemos atender a la posición jurídica del individuo, por sí, y la posición que tiene como miembro de un todo. Característica de la primera posición es la libertad y la voluntad libre; de la segunda es la subordinación a un fin y la voluntad vinculada. A ésta diversa posición corresponde la estructura de la relación jurídica en donde pueden figurar como sujetos autónomos o bien llamados a la realización de un fin superior.

En el Derecho público el principio de igualdad entre los individuos es consecuencia de la libertad y de la autonomía individual. En la familia, en cambio, queda excluida la idea de libertad e igualdad, por el interés superior de la misma. (84)

83.- *Beltrán de Heredia, José. ob. cit. p. 82-4*

84.- *Cicú, Antonio. ob. cit. pp. 126, 127.*

En el Derecho público el interés del individuo queda supeditado al interés del Estado; en el Derecho privado el individuo cuenta con una esfera más amplia para alcanzar sus fines. Basado en estos intereses representados por el Derecho público y el privado, Cicú pretende demostrar la autonomía del Derecho familiar, atendiendo al interés que tutela éste, y que es justamente el de la familia. El interés familiar como supremo en la organización familiar, es el único que se toma en cuenta en las relaciones de tipo familiar. El interés de los integrantes de la familia queda supeditado al interés superior que representa la familia misma, como núcleo.

Tratar de identificar el interés estatal y el interés familiar es imposible, sobre todo cuando el primero se entienda como interés colectivo, es decir suma de intereses individuales; en la familia no se trata del interés de un individuo o de otro, sino del interés de ese individuo como padre, esposo, hijo. El interés familiar es único, porque representa al agregado familiar y no a cada uno de los individuos que lo forman. (85)

Cicú sostiene que el Derecho familiar no forma parte del Derecho público ni del privado ya que el familiar protege un interés superior: el interés familiar, por lo que el Derecho familiar debe considerarse como un género autónomo del público y del privado.

85.- *Ibidem* pp. 145, 146, 147, 148, 149.

Siguiendo con la tesis de Cicú, él sostiene que el Derecho familiar no forma parte del Derecho privado, como tradicionalmente se le ha ubicado, porque al Derecho familiar no se le aplican todos los principios del Derecho privado, razón por la cuál, al no encuadrarse de manera total a esta rama del Derecho, el familiar debe estudiarse como una disciplina autónoma del privado en general y especialmente del civil. (86)

Estamos de acuerdo y compartimos la postura adoptada por Cicú, en el sentido de que el Derecho familiar es una rama autónoma del Derecho público y del privado, puesto que el Derecho familiar tiene por objeto intereses superiores a los regulados por el Derecho público y privado. La materia familiar se encarga de proteger el interés de la familia, y no el interés del individuo o de la colectividad, como ocurre con el Derecho privado y el público. Por otra parte si el Derecho familiar formara parte del privado, como tradicionalmente se le ubica, sería necesario que todas sus reglas y principios fueran aplicables al Derecho familiar, situación que no ocurre, pues existen principios de Derecho privado que no se aplican a la materia familiar. En cuestiones relativas a la familia no es aplicable el principio de Derecho privado de la autonomía de la voluntad; ya que las partes no pueden regular sus propias relaciones familiares pues el Estado, interesado en velar por la protección de la familia cuidará de que los particulares no establezcan principios

86.- Güitrón Fuentesvilla, Julián. *Derecho Familiar. ob. cit. pp. 154, 155.*

nocivos a la célula más importante de toda sociedad, la familia. No es aplicable el principio de representación; en materia familiar no se permite delegar la voluntad en un tercero. Para ejercer derechos de carácter familiar se requiere la comparecencia personal del interesado. Tampoco se aplican a cuestiones familiares las modalidades del acto jurídico; en Derecho privado los partes pueden establecer término, condición o carga a los actos jurídicos en que intervengan; en cambio las relaciones familiares no pueden limitarse por término, condición o carga. Es imposible pensar en un matrimonio sujeto a un tiempo determinado, o supeditado a la condición de procrear sólo varones. A diferencia del Derecho privado, los deberes y derechos de carácter familiar son irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles y no están sujetos a la transacción. Las cuestiones relativas a la familia no pueden someterse a arbitraje.

Estos son algunos de los principios de Derecho privado que no se aplican a la materia familiar razón por la cual con fundamento lógico y científico, podemos sostener, apoyados en la tesis de Cicú, que el Derecho familiar no forma parte del Derecho público ni del privado, sino que forma un tercer género , junto a estos y que es el Derecho familiar.

Así como hemos señalado principios de Derecho privado que no se aplican al Derecho familiar, en materia procesal también existen principios del proceso civil que no son aplicables al procedimiento familiar, por lo que, sostenemos la necesidad de establecer la separación del Derecho procesal familiar del procesal civil, e incluso crear una legislación procesal familiar.

II.- TESIS DE ROBERTO DE RUGGIERO.

Siguiendo la tesis de Antonio Cicú, Roberto de Ruggiero establece que el Derecho familiar no forma parte del Derecho público, ni del Derecho privado, sino que constituye una rama autónoma, y en este sentido, expresa:

La familia como un organismo social, fundado en el amor, la asistencia y la cooperación, antes de ser un organismo jurídico es un organismo ético, razón por la cuál en esta rama del Derecho, como en ninguna otra, se presenta la influencia de la religión, de la costumbre y la moral; así podemos encontrar dentro del Derecho familiar, preceptos sin sanción, obligaciones no coercitivas, porque el Derecho cree más conveniente confiar la observancia de el Derecho familiar al sentimiento ético, a la costumbre, más que a la coercibilidad. Es decir, según Roberto de Ruggiero los efectos de las relaciones familiares, consisten en generar básicamente deberes.

El Derecho familiar regula relaciones estrictamente personales y no económicas. Los derechos y deberes del individuo se determinan por el lugar que ocupa dentro del grupo familiar; atendiendo a ésta situación se fijan las condiciones para que se le atribuyan derechos y deberes, para que un vínculo surja, subsista o se extinga, al fijar la competencia de determinados órganos, la ley consagra estados personales.

Además el Derecho familiar contiene una nota diferencial, fundamental, que lo hace distinto a las demás ramas del Derecho. Mientras que en la mayoría de las ramas del Derecho privado, lo más importante y el objeto de regulación es el interés individual y la necesidad de que éste interés sea satisfecho, de modo que a toda obligación se impone un derecho del titular, y se conceden acciones para exigir el cumplimiento de dichas relaciones; en el Derecho familiar, el interés individual, es sustituido por un interés superior: el interés familiar, ya que ésta disciplina se encarga de regular las necesidades de la familia y de los individuos integrantes de ella. A través de la regulación del interés familiar, recibe protección un interés más alto, el del Estado, cuyo desarrollo depende de la solidez del núcleo familiar.

Ruggiero sostiene en su tesis que el Derecho familiar, no pertenece al Derecho privado. Este le dio origen pero el Derecho familiar es ya autónomo, distinto porque no le son aplicables todos los principios de Derecho privado. Es obvio que si los principios más importantes del derecho privado, no se le pueden aplicar al Derecho familiar, es porque éste no forma parte de aquél, ya que si realmente fuera una rama del Derecho privado, sus principios se le aplicarían en su totalidad, como sucede en todas las ramas pertenecientes al Derecho privado. Sin embargo el Derecho familiar, aún cuando tuvo su origen dentro del Derecho privado, más concretamente dentro del Derecho civil, no puede seguir formando parte de él si no le son aplicables sus principios generales, razón por la cuál el Derecho familiar, es una rama autónoma del Derecho privado en general, y civil en particular.

Ruggiero señala cuales son los principios de Derecho privado, no aplicables al Derecho familiar:

1.- Autonomía de la voluntad.- El fin del Derecho familiar no puede ser un fin individual, ni un fin querido libremente por los particulares, que integran la familia, sino un fin superior, donde existe un interés de la comunidad, éste no puede dejarse a la libre voluntad del particular, quién podría actuar en contra de la utilidad general, razón por la cuál las normas del Derecho familiar son todas o casi todas impuestas por el Estado. Este se encarga de vigilar el interés familiar, por encima del interés particular. Las normas de Derecho familiar son imperativas e inderogables, la ley y no la voluntad del particular, se encarga de regular la relación, determinando los detalles, el contenido y la extensión de las normas familiares, sin que el particular pueda modificar dichas normas.

2.- Representación.- En todas las ramas del Derecho Privado, el particular puede delegar en la voluntad ajena la determinación y declaración productivas de derechos y obligaciones. En el Derecho familiar no se permite reconocer a un hijo a través de representante, o cumplir las obligaciones derivadas de la patria potestad, por medio de otra persona, nombrada por el titular de esos deberes.

Este principio, la representación, tiene una excepción en el Derecho mexicano, al permitir contraer matrimonio, por medio de un representante, sin embargo, éste es el único caso pues en los demás efectos de la relación familiar

no puede substituirse el obligado a cumplir los deberes por un tercero.

3.- Modalidades del acto jurídico.- Los actos jurídicos en Derecho privado pueden sujetarse a término, condición o carga; las instituciones reguladas por el Derecho familiar, no pueden de ninguna manera sujetarse a modalidad alguna; no puede contraerse matrimonio sujetándolo a un término, no se puede reconocer a un hijo, sujetando ese reconocimiento a una condición, ya que éstas modalidades pugnan con la naturaleza esencial de los actos regulados por el Derecho familiar, independientemente de que en ellos siempre existe la intervención del poder público, el cuál no permite limitaciones provenientes de los particulares.

4.- Irrenunciabilidad y transmisión de los derechos familiares.- Mientras que los derechos y obligaciones derivadas del Derecho privado, pueden ser renunciados o transmitirse, esto no se admite en las relaciones de carácter familiar. No pueden transmitirse los derechos y deberes derivados de la patria potestad, del matrimonio, de la adopción, de la tutela, etc.. Del mismo modo, no pueden transmitirse los estados personales derivados del Derecho familiar; no puede transmitirse la obligación de dar alimentos a un hijo, o los derechos y deberes derivados de la patria potestad o del matrimonio.

5.- En Derecho familiar, se da una intervención de la autoridad pública.- Esta es la característica más importante de las normas de Derecho familiar, y que las hace distintas a las del Derecho privado. En Derecho familiar la intervención del Estado se encuentra siempre presente; en el matrimonio, por

ejemplo, destaca la presencia del funcionario ante quién se exterioriza la voluntad de contraer matrimonio, intervención que no encontramos en las normas de Derecho privado. Más aún, siendo el matrimonio un acto privado en la ejecución de sus consecuencias, interviene el Estado cuando los cónyuges no cumplen con sus deberes.

Todas las especialidades con las que cuenta el Derecho familiar, y que hemos mencionado en párrafos anteriores, nos llevan a la conclusión de que el Derecho familiar, no forma parte del Derecho privado, pues si así fuera todas las normas y principios de éste, le serían aplicables al Derecho familiar, situación que como hemos visto no se presenta, por lo tanto, debemos considerar al Derecho familiar como una rama autónoma del Derecho público y del Derecho privado. (87)

Para que el Derecho familiar formara parte del Derecho privado, en general, y del civil en particular, éste debería ajustarse totalmente al tipo de relaciones reguladas por el Derecho privado, cuestión que no se da con el Derecho familiar, el cuál además de proteger un interés superior al individual; no se le pueden aplicar ampliamente los principios rectores del Derecho privado, y a los cuales hemos hecho mención en párrafos anteriores,

87.- *Ruggiero, Roberto de. Instituciones de Derecho civil. Tomo II. Vol. II. Traducción de la 4ª edición italiana por Ramón Serrano S y José Santa Cruz T. Instituto Editorial Reus. Madrid, España. n.f. pp. 7, 8, 9, 10, 11, passim.*

por lo cuál, sostenemos que el Derecho familiar no forma parte del Derecho privado, si así fuera deberían aplicársele todos sus principios sin excepción. Por lo anterior, coincidimos con Roberto de Ruggiero en sostener que el Derecho familiar es una rama autónoma del Derecho privado. Así, Cicú y Ruggiero fundan científicamente la postura de considerar autónomo al Derecho familiar, hipótesis sostenida por nosotros en ésta tesis doctoral.

III.- TESIS DE GUILLERMO CABANELLAS.

Guillermo Cabanellas, fue un estudioso del Derecho Laboral y del Derecho de la Seguridad Social. En su obra "Los fundamentos del Nuevo Derecho", Cabanellas expone que el Derecho es una disciplina en constante evolución, por lo que los juristas no podemos cerrar los ojos a la realidad, y negarnos a admitir que el Derecho y sus instituciones, así como sus ramas, evolucionan y cambian, debido a las modificaciones que la misma sociedad sufre. (88)

Guillermo Cabanellas expone una tesis donde sostiene que para determinar si una disciplina jurídica es autónoma de la rama que le dio origen, deben aplicarle cuatro criterios, los cuales si son satisfechos por esa disciplina jurídica, ésta se considerará autónoma. Estos criterios son :

88.- Cabanellas, Guillermo. Los fundamentos del Nuevo Derecho. Editorial Americallée. Buenos Aires, República Argentina 1945. pp. 136, 137

- 1.- Criterio Legislativo.
- 2.- Criterio Didáctico.
- 3.- Criterio Científico.
- 4.- Criterio Jurisdiccional.

1.- El criterio legislativo.- Consiste en determinar si la disciplina jurídica que se pretende independizar cuenta con leyes especiales, que regulen las cuestiones inherentes a esa disciplina. (89)

En el caso del Derecho familiar, cuenta con leyes especializadas para regular las relaciones derivadas de éste; de manera independiente de la rama que le dio origen, es decir del Derecho civil. En México, existen códigos familiares, como son el Código familiar de Hidalgo y el Código familiar de Zacatecas, además de que en el año de 1917 México tuvo la primera ley en el mundo, que reguló las relaciones familiares en forma independiente: la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, satisfaciendo así el criterio legislativo.

En materia procesal, existe el Código de procedimientos familiares de Hidalgo. En el Distrito Federal no existe ley autónoma, pero sí principios especiales para resolver los conflictos en materia familiar, según se desprende

89.- Cabanellas, Guillermo. *Tratado de Derecho Laboral. Tomo I. Parte General. Ediciones El Gráfico. Buenos Aires, República Argentina 1949. p. 342*

del Código de procedimientos civiles que en el título decimoprimer, capítulo único, establece el divorcio por mutuo consentimiento. Título decimoquinto, capítulo cuarto, que regula el juicio de adopción. Título decimosexto, capítulo único, denominado de las controversias del orden familiar, de donde se desprende una justicia inquisitoria, por haber facultado al Juez para indagar sobre el conflicto que se somete a su consideración, auxiliándose incluso de trabajadoras sociales para conocer más a fondo el ambiente familiar en donde surge el conflicto.

2.- Criterio didáctico.- Consiste en determinar, si la disciplina jurídica de la que se pretende su autonomía, se enseña de manera autónoma e independiente de la rama de donde procede. (90)

La rama de donde surge el Derecho familiar es el Derecho civil. El Derecho familiar también cumple con el criterio didáctico ya que en la División de Estudios de Posgrado, de la Facultad de Derecho, de la Universidad Nacional Autónoma de México, en su especialidad de Derecho privado, encontramos las cátedras denominadas Derecho familiar y Derecho sucesorio, es decir el Derecho familiar, se enseña de manera autónoma del Derecho civil. (91) Así mismo el H. Consejo Técnico, la Comisión de Trabajo Académico del H. Consejo Universitario y el H. Consejo Universitario de la Universidad

90.- *Ibidem* p. 346.

91.- *Plan de Estudios . División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M. Unidad de Registro e Información. U.N.A.M. n.f. s.p.*

Nacional Autónoma de México, aprobaron entre los meses de abril a septiembre de 1993, los nuevos planes y programas de estudio de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, donde se contempla la impartición de la materia Derecho familiar en el sexto semestre de la Licenciatura en Derecho.(92) Razón por la que éste criterio también se satisface.

3.- Criterio científico.- Criterio que se encarga de determinar si la disciplina de la que se pretende su autonomía, cuenta con obras científicas, doctrinas propias y autónomas de la rama que le dio origen. (93)

En materia de Derecho familiar, existen un innumerable cantidad de obras y artículos que se refieren específicamente al Derecho familiar, o algunas de las instituciones de éste. Por lo que consideramos que el Derecho familiar también cumple con el criterio científico. Para probar lo anterior mencionaremos algunas obras, ensayos y artículos referentes a la materia familiar.

"Arias José. Derecho de Familia. Buenos Aires, República Argentina. 1943.

Barassi, Ludovico. La Famiglia legítima del nuovo código civile. Milán, 1947.

92.- *Planes y programas de estudios de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M. Tomo II. U.N.A.M. 1992. s.p.*

93.- *Cabanellas, Guillermo. Tratado de Derecho laboral. ob. cit. p. 345.*

- Berro, Roberto.** El código de la familia, apartado del "Boletín del Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia", t.XIV, num 1. Montevideo 1940.
- Bonnecase, Julien.** La filosofía del Código Napoleón aplicada al Derecho de familia. 2ª ed., traducción de José M. Cajica Jr. Puebla, México, 1945.
- Cicú, Antonio.** El Derecho de familia. traducción de Santiago Sentis Melendo y adiciones de Víctor Neppi. Buenos Aires, 1947.
- Cicú, Antonio.** La filiación. traducción de Faustino Gimenez Arnau y José Santacruz Teijeiro. Madrid, 1930.
- Cosentini, Francisco.** Le droit de famille. Essai de Réforme. Paris, 1938.
- Delzons, Lous.** La Famille française et son evolution. Paris, 1913.
- Engels, Federico.** Origen de la familia, de la propiedad privada y el Estado. Buenos Aires, 1924.
- Enneccerus, Ludwing.** Derecho civil (parte general), en el tratado de Derecho civil, de Ludwing Enneccerus, Theodor Kipp y Martin Wolf. Traducción de la 39ª ed. alemana por Blass Pérez Gonzalez y José Alguer. Barcelona, 1934.
- Fernández Clérigo, Luis.** El Derecho de familia en la legislación comparada. México, 1947.
- Franceschi, Gustavo J.,** Origen de la familia, en tres estudios sobre la familia, Buenos Aires, 1923.
- Giraud-Teulon, A.,** Los orígenes del matrimonio y de la familia, traducción y prologo de Antonio Ferree y Robert. Madrid, 1914.
- Kipp, Theodor y Wolf, Martin.** Derecho de familia, en el tratado de derecho civil de Ludwing Enneccerus, Theodor Kipp y Martin Wolff, traducción de la 20 ed. alemana por Blas Pérez Gonzalez y José Castan Tobeñas, con la colaboración de José Alguer. Barcelona, 1941.

Koenigswarter, Lous F., Histoire de l'organisation de la famille en france. Paris, 1851.

Curso de Derecho civil. Derecho de Familia. Buenos Aires, 1930.

Lefebvre, Charles. La famille en France dans le droit et dans les moeurs. Paris, 1920.

Letourneau, Charles. L'evolution du mariage et de la famille. Paris, 1888.

Muller-Lyer, F., La familia. traducción de la edición alemana por Ramón de la Serna. Madrid, 1930.

Pontes de Miranda. Tratado de Derecho de familia. San Pablo. 3ª ed., 1947.

Posada, Adolfo. Teorias modernas acerca del origen de la familia, de la sociedad y del Estado. Madrid, 1892.

Prayones, Eduardo. Derecho de familia, lecciones compiladas y arregladas, por Luis A. Podestà Costa. Buenos Aires, reedición de 1949.

Rèbora, Juan Carlos. La Familia. Buenos Aires, 1926.

La familia chilena y la familia argentina. La Plata, 1938.

Instituciones de la familia. Buenos Aires, 1945/47.

Rodríguez Alvarez, José Rodolfo. Personas y derecho de familia. La Habana, 1946.

Salvat, Raymundo M. Tratado de Derecho civil, argentino. Parte general, 9ª ed. actualización por Víctor Romero del Prado. Buenos Aires. 1951.

Tratado de Derecho civil argentino, Derecho de familia. Buenos Aires, 1949.

Starcke, C.N., La famile primitive. Ses origines et son developpment. Paris, 1891.

Valverde, Emilio F.. El Derecho de familia en el código civil peruano. Lima, 1942.

Anastasi, Leónidas. El concepto de la familia dentro de la ley 9688, en "Jurisprudencia Argentina".

Angel, Marc M.. Evolución moderna del Derecho de Familia, en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Montevideo, año I, pag. 99

Brito, Felipe S.. El Derecho hereditario en la familia natural, en "La Ley", 68-841.

Campoamor, Clara. El código de la familia en Francia. en "Jurisprudencia Argentina", 71-102 (sec. doct)

Casiello, Juna. La nueva Constitución Nacional y la Familia, en "Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas". Rosario, nums. 58-59, pag. 40.

Cepicka, Alexej. Discours sur le Nouveau code de la famille, en "Bulletin de Droit Tchecoslavaque", Praga, Año VIII, num 2, pag. 97.

Diaz de Guijarro, Enrique. Efectos de la separación de hecho de los cónyuges. Carácter de acción de nulidad del matrimonio por impotencia.

Los parientes en línea recta como testigos en los juicios de divorcio, en "Jurisprudencia Argentina", 23-813.

La situación y derechos de los hijos adulterinos en nuestra legislación en "Jurisprudencia Argentina", 28-44.

Efectos de la separación de hecho sobre los bienes adquiridos posteriormente por los cónyuges, en "Jurisprudencia Argentina" 29-458.

Los hijos adulterinos ante las leyes de publicaciones y pensiones, en "Jurisprudencia Argentina", 3-609.

Naturaleza del usufructo sobre los bienes filiales, en "Jurisprudencia Argentina", 36-843.

La personería de la mujer casada para estar en juicio y su representación por el marido en "Jurisprudencia Argentina", 50-936.

Los derechos de los herederos y los bienes que no integran el acervo sucesorio, en "jurisprudencia Argentina", 51-92.

La naturaleza preferencial y relativa del derecho del cónyuge a custodiar los restos del esposo premuerto, en "Jurisprudencia Argentina", 52-837.

Los padres adulterinos y su derecho a alimentos, en "Jurisprudencia Argentina", 55-185.

El concubinato con el padre o la madre de la víctima como agravante en los delitos contra la honestidad, en "Jurisprudencia Argentina", 56-346.

El ejercicio obligatorio de la patria potestad; Inadmisibilidad de su renuncia, en "Jurisprudencia Argentina", 68-685.

El concubinato en sus proyecciones de orden penal, en "Jurisprudencia Argentina", 69-261.

El derecho alimentario de los hijos adulterinos contra la sucesión de los padres que los reconocieron y la evolución de su régimen legal, en "Jurisprudencia Argentina", 76-231.

Improcedencia de la acción de nulidad de matrimonio después del fallecimiento de uno de los cónyuges: Consolidación definitiva de las nupcias.

Los hijos adulterinos como beneficiarios de pensiones, en "Jurisprudencia Argentina", 1942-IV-582.

La renuncia a los alimentos y los convenios sobre las modalidades de su prestación, en "Jurisprudencia Argentina", 1944-II-285.

El matrimonio "in extremis" y la acción de nulidad después del fallecimiento de uno de los cónyuges -salvo por uno de esposos de las primeras nupcias-, aún en caso de bigamia o incesto, "en "Jurisprudencia Argentina, 1947-787.

La acción de impugnación de legitimidad -por nulidad de matrimonio- cuando preexiste reconocimiento del estado de hijo legítimo.

Sobre efectos de la sentencia de nulidad de matrimonio en cuanto a la calidad de la filiación de los hijos, en "Jurisprudencia Argentina", 1948-II-34 (sec doct).

La consolidación de las nupcias inválidas, en "Jurisprudencia Argentina", 1950-I-3 (sec. doct)

Las acciones de estado relativas al matrimonio, en "Jurisprudencia Argentina", 1950-I-13 (sec. doct)

El concepto de la familia ante la ley 13.581, en "Jurisprudencia Argentina", 1950-IV-600.

La familia en la reforma constitucional de 1949.

El derecho a alimentos como base para determinar los vínculos familiares ante la ley 9688, en "Jurisprudencia Argentina", 1951-I-3 (sec. doct)

Correlación entre la obligación civil de alimentos y el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, en "Jurisprudencia Argentina", 1951-I-5 (sec. doct).

La adopción como causal legal de extinción de la patria potestad, en "Jurisprudencia Argentina", 1951-II-9.

La pérdida de la patria potestad como consecuencia del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, en "Jurisprudencia Argentina", 1951-11-5 (sec. doct).

El concubinato -como estado aparente de familia- ante las leyes de emergencia en materia de locación, en "Jurisprudencia Argentina", 1951-III-165

El concubinato -como estado aparente de familia- ante las leyes de emergencia en materia de locación, en "Jurisprudencia Argentina", 1951-III-181.

La errónea distinción sobre la familia obrera como núcleo social especial, en "Jurisprudencia Argentina", 1951-III-3 (sec. doct).

Características del trabajo familiar, en "Jurisprudencia Argentina", 1951-III-4 (sec. doct).

Los hijos adulterinos en el régimen de previsión social para el personal de la marina mercante y aeronáutica civil, en "Jurisprudencia Argentina", 1951-IV-54.

El concepto de "medios indispensables para la subsistencia", en la ley que reprime el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, en "Jurisprudencia Argentina", 1951-IV-303.

El derecho de familia como parte integrante del derecho civil ante las tendencias de unificación del derecho privado, en "Jurisprudencia Argentina", 1952-I-5 (sec. doct).

La formula constitucional sobre los Derechos de la familia, como elemento de la interpretación legal, en "Jurisprudencia Argentina", 1952-I-5 (sec. doct).

La desintegración de la familia ante la ley 13.581, en "Jurisprudencia Argentina", 1952-III-132. (Hasta aquí la obra de Díaz de Guijarro sobre derecho familiar).

Ferrer, Francisco M., El Derecho de familia en el código de Véles Sarsfield y su evolución posterior, en "Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales", Santa Fe. Año XII.

Ferreras, Juan. El Derecho de familia en la sistemática jurídica, en "Boletín del Instituto de Derecho Civil", Córdoba, Año VII.

Fornatti, Enrique y Roo, Luis María. Los hijos adulterinos frente a las leyes civiles y de previsión social, en "Crónica Mensual de la Secretaría del Trabajo y Previsión", año II, Num. 24.

Los derechos de la familia y las controversias suscitadas.

Fridieff, M. Le Mariage et le divorce d'après la législation actuelle de l'U.R.S.S. en "Revue Internationale de Droit Comparé", Paris, t.2

Garrica, Román. Relaciones patrimoniales emergentes del matrimonio, en "Jurisprudencia Argentina", 1950-III-689.

Joselevich, Luis B. El concepto de familia.

Laje, Eduardo Jorge. El concepto legal de familia.

Lazcano, Carlos Alberto. Debilidad y vigorización del matrimonio contemporáneo.

Le Riverend Brusone, Eduardo. La unión no matrimonial anómala (por equiparación), en Revista Cubana de Derecho, año XVIII.

Monzón, Máximo D. El Trabajo familiar.

Mower, Ernesto R. Las transformaciones de la familia en los Estados Unidos de Norteamérica.

Murillo Vacarezza, Josemo. Las reformas constitucionales en Bolivia sobre la organización familiar.

Ovejero, Daniel. La ley de accidentes de trabajo en sus relaciones con el derecho sucesorio y el derecho familiar.

P.C. Un Nouveau code de la famille en Tchécoslovaquie.

Patouillet, Julio y Lambert, Eduardo. Los códigos soviéticos. Código de la familia y código civil.

Perez, Benito. La familia obrera y los efectos del resarcimiento de la ley.

Petrzelka, Karel. Le Nouveau droit de famille tchecoslovaque en "Bulletin de Droit Tchechoslovaque", Praga, año VIII, num. 2.

Proviña, Horacio L., Las transformaciones del derecho matrimonial argentino en los últimos 80 años.

Santa-Cruz Teijeiro, José y Gimenez Aranu, Faustino. La posición del derecho de familia en la doctrina del profesor Cicú.

Savater, Rene. Une personne mora e meconnue: La famille en tant que sujet de droit.

Tchirkovitch, S. Un nouveau code de la famille en Bulgare.

Le code de la famille en Yugoslavie.

Gelsi Bidart, Adolfo. Enfoque procesal de la familia. Editorial M.B.A. Montevideo, 1958.

Carbonnier, Jean. Derecho civil. Tomo I, volúmen, situaciones familiares y cuasi familiares. Editorial Bosch. Barcelona, 1961.

Santiago Carlos Fassi. Estudios de Derecho de familia. Editorial Platense, 1962.

El objeto de esta enumeración es probar que el criterio científico, respecto de la autonomía del Derecho familiar es una realidad.

No podría afirmarse, ante la evidencia de la producción bibliográfica mencionada, que el Derecho familiar siga siendo parte del Derecho civil." (94)

94.- *Gúitrón Fuentevilla, Julián.* *Derecho Familiar. ob. cit. pp. 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181.*

4.- Criterio jurisdiccional.- El cuál pretende determinar si la disciplina de la que se pretende su autonomía, cuenta con procedimientos y juzgados especiales para resolver las cuestiones relativas a la disciplina, de manera autónoma de la rama que le ha dado origen. (95)

El Derecho familiar cumple parcialmente con el criterio jurisdiccional, ya que existen Juzgados familiares, en todos los Estados de la República Mexicana, encargados de resolver cuestiones relativas a los conflictos presentados en las instituciones reguladas por el Derecho familiar. Sin embargo solo en un Estado, el de Hidalgo, existe una ley especializada que expresa cómo deben resolverse tales conflictos, en los demás Estados los conflictos se resuelven aún, con apoyo en el Código de procedimientos civiles. De aquí nuestra tesis, consistente en crear un Código de procedimientos familiares encargado de aplicar los principios de Derecho procesal familiar; los cuales son exclusivos de este tipo de procesos. Es necesario que la familia mexicana sea protegida. Desde el año de 1971, por iniciativa del entonces presidente de la República Mexicana, Licenciado Luis Echeverría, se crearon los juzgados familiares, pero estos no cuentan con la herramienta fundamental de todo tribunal, que es la ley especializada, el Código de procedimientos familiares, que establezca la manera en que deben resolverse los problemas que se suscitan dentro del seno familiar.

Por lo anterior, consideramos que el Derecho familiar cumple con todos los criterios establecidos por Guillermo Cabanellas, para determinar la autonomía de cualquier disciplina jurídica, y por lo tanto reafirmamos, nuestra posición de establecer que el Derecho familiar es una rama autónoma del Derecho privado en general y del civil en particular.

IV.- TESIS DE JULIÁN GÜITRÓN .

En su obra "Derecho Familiar", Julián Güitrón Fuentevilla, sostiene que el Derecho familiar es una rama autónoma del Derecho civil. Analiza las tesis de Antonio Cicú, Roberto de Ruggiero y Guillermo Cabanellas para fundar la autonomía del Derecho familiar.

Julián Güitrón aplica los criterios expuestos por Guillermo Cabanellas, a los que ya nos hemos referido, al Derecho familiar particularmente.

1.- Criterio legislativo.- Esta rama jurídica cumple con el criterio legislativo por las siguientes causas: México fue el primer país en el mundo que separa la parte relativa a la familia del código civil, con la promulgación de la Ley sobre Relaciones Familiares el 9 de abril de 1917, fundándose la autonomía en la derogación del código civil de todos los títulos relativos a la familia. En la República mexicana, tenemos en vigor el Código familiar del Estado de Hidalgo de 1983, reformado en 1986. El Código familiar del Estado de Zacatecas.

Los códigos familiares que se han dado en países socialistas como Rusia en 1918, Yugoslavia en 1946, Bulgaria con el nombre de Ley sobre las personas y la familia en 1949, Checoslovaquia en 1950. Los códigos familiares promulgados en El Salvador en 1992, Panamá en el año de 1995.

Además de éstas leyes, promulgadas de manera independiente del código civil, tenemos declaraciones protectoras de la familia en textos constitucionales en la mayor parte del mundo. En el año de 1949, tanto la Constitución de la República Federal como de la Democrática Alemana, se pronuncian en favor de establecer la igualdad absoluta dentro del matrimonio. La Constitución de Baviera de 1946 y la de Sajonia de 1947 equiparan a los hijos nacidos fuera de matrimonio. La Constitución de Bolivia de 1945 estableció la protección del Estado para la familia y la igualdad jurídica entre los cónyuges. La Constitución de Brasil de 1946 distingue el matrimonio civil del religioso y establece subsidio para las familias numerosas. La Constitución de Bulgaria de 1947 iguala a la mujer en derechos y obligaciones, establece la protección obligatoria del Estado para la familia. La Constitución de Costa Rica de 1949 concede igualdad en el matrimonio para ambos cónyuges, consideró al matrimonio como la base de toda familia.

La ex República de Checoslovaquia, hoy Eslovenia, en su Constitución de 1948 consagró la protección para el matrimonio, la familia y la maternidad. Concedió al hombre y a la mujer igualdad jurídica dentro de la familia. Estableció medidas protectoras para niños, adolescentes y ancianos.

La Constitución de la República de China de 1945 da al Estado la facultad de internarse en el seno familiar para proteger al matrimonio, a las mujeres y a los niños. La Constitución de Dinamarca de 1915 establece obligaciones a cargo del Estado cuando el responsable de la familia esté impedido para proveer a su subsistencia. La Constitución del Ecuador de 1946 establece disposiciones relativas al aspecto patrimonial de la familia, desaparece la diferencias entre hijos legítimos. La Constitución de El Salvador de 1950 anula las diferencias entre hijos legítimos e ilegítimos, otorgó igualdad jurídica entre los cónyuges. La Constitución Española de 1931 establece igualdad entre los cónyuges, otorga protección a los niños, enfermos, ancianos y a la maternidad. La Constitución de Finlandia de 1919 permitió la enseñanza laica dentro de la familia. La Constitución Francesa de 1946 garantizó a la mujer, dentro y fuera de la familia, la igualdad de derechos, se otorgó a la madre, a los niños y a los ancianos la protección de su salud, la seguridad material, el reposo y las comodidades. La Constitución de Guatemala protegió la maternidad, la familia, el matrimonio, el patrimonio familiar, estableció la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, borro las diferencias entre los hijos, otorgándoles los mismos derechos y concedió protección a los padres que tuvieran más de seis hijos. La Constitución de Honduras de 1936 impidió que se establecieran vínculos de parentesco derivados de un acto religioso y permite que los cónyuges no declaren en contra de si mismos. La de Hungría de 1949 estableció la igualdad jurídica entre los cónyuges. En la India, la Constitución promulgada en el año de 1949, otorgó igualdad a todos los ciudadanos, protegió a la niñez y a la juventud en contra de la explotación y el abandono moral y material.

La Constitución de Irlanda de 1937, estableció la protección de la familia por considerarla base del orden social; suprimió el divorcio; el Estado debía garantizar que las madres no descuidaran a sus hijos por cuestiones de trabajo; permitió que los padres decidieran la forma de educar a sus hijos, pero el Estado velaría porque recibieran una educación moral, intelectual y social, y en casos extremos el Estado podrá reemplazar a los padres; se estableció el compromiso de salvaguardar los intereses de los sectores más débiles de la comunidad. En la Constitución de Islandia el Estado se encarga, desde 1944, de la educación de los huérfanos, abandonados y de padres necesitados. La Constitución Italiana de 1947 se obliga a los padres a mantener y educar a sus hijos; se estableció la protección a la maternidad, a la infancia y a la juventud. En 1907 al promulgarse la Constitución de Liberia se permite la separación de los bienes de los cónyuges, así como de sus deudas, aún cuando estas hayan sido contraídas durante el matrimonio. La Constitución de Lituania de 1928 otorga validez jurídica a los actos celebrados ante autoridad religiosa, obligó a los padres a educar a sus hijos, estableció la igualdad entre ambos sexos y la protección a la maternidad por parte del Estado. La Constitución de Luxemburgo de 1948 estableció una separación absoluta entre el matrimonio civil y el religioso. (96)

La Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos establece el derecho de todos los individuos para recibir educación impartida por el Estado

96.- Güitrón Fuentesvilla, Julián. *Derecho familiar. ob. cit. pp. 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171.*

a nivel preescolar, primaria y secundaria, siendo las dos últimas obligatorias. La educación será laica y el Estado buscará que contribuya a la mejor convivencia humana y que aporte al educando junto con el aprecio para la dignidad de la persona y la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, sustentar los ideales de la fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres, evitando privilegios de raza, religión, de sexo o de individuos. Establece que el varón y la mujer son iguales ante la ley, tienen derecho de decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Señala que el Estado mexicano buscará la protección de la familia mexicana, estableciendo los instrumentos y apoyos necesarios para lograr el desarrollo de la familia, la protección de la salud y la necesidad de gozar de una vivienda digna y decorosa. (97)

La Constitución de Nicaragua de 1948, protege el patrimonio familiar, al matrimonio, a la familia y a la maternidad; el Estado se substituye en lugar de los padres que no tienen recursos económicos. Panamá en su Constitución de 1946 obligó al Estado a proteger el matrimonio, la maternidad y la familia; establece la igualdad entre los cónyuges; reglamenta la disolución del vínculo matrimonial; obliga a los padres a asistir, alimentar y educar a sus hijos y estos a respetar y asistir a sus padres; protege a los menores abandonados, a los deficientes físicos o mentales y a los delincuentes. Perú en 1947 establece en su Constitución la protección al matrimonio, la familia y la maternidad; otorga al

97.- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Anaya Editores S.A. México, 1993. pp. 13, 16.*

niño el derecho a la vida del hogar, a la educación, a la orientación vocacional y a asistencia en caso de encontrarse abandonado, enfermo o en desgracia. Portugal en 1954 establece en la Constitución la formación de la familia, apoyándola en el matrimonio, la igualdad de los cónyuges y en la inscripción obligatoria del matrimonio y de los hijos; el Estado protegerá el patrimonio familiar, la maternidad y la instauración del salario familiar. Puerto Rico decreta la igualdad de los cónyuges y suprime la discriminación con motivo de raza o ideas políticas. La Constitución Suiza de 1949 dispone la protección del Estado para casos de vejez, otorga apoyo económico para la adquisición de vivienda familiar, y crea una seguro de maternidad. La Constitución Uruguaya de 1951 protege a la familia, al patrimonio familiar, el cuidado y educación de los hijos, a la juventud contra el abandono corporal o moral de sus padres, así como contra la explotación y el abuso; se establece la igualdad de los hijos habidos dentro o fuera de matrimonio. Venezuela en su Constitución de 1945 garantiza la seguridad familiar, la maternidad sin importar el estado civil de la madre, la cuál tiene derecho a protección en caso de desamparo. (98)

Con lo anterior probamos plenamente que el Derecho familiar satisface el criterio legislativo, al contar con leyes especiales, que se han separado de la ramo que le dio origen, es decir del Derecho civil. El Derecho familiar cuenta, como hemos visto, con leyes especiales y con disposiciones legales referidas al Derecho familiar.

2.- Criterio didáctico.- El segundo elemento para probar la autonomía de una rama jurídica consiste en la enseñanza del Derecho familiar de manera independiente de la rama que le dio origen, es decir, del Derecho civil. El Derecho familiar también cumple con el criterio didáctico ya que en la División de Estudios de Posgrado, de la Facultad de Derecho, de la Universidad Nacional Autónoma de México, en su especialidad de Derecho privado, encontramos la cátedra denominada Derecho familiar y sucesiones. Así mismo el H. Consejo Técnico, la Comisión de Trabajo Académico del H. Consejo Universitario y el H. Consejo Universitario de la Universidad Nacional Autónoma de México, aprobaron entre los meses de abril a septiembre de 1993, los nuevos planes y programas de estudio de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, donde se contempla la impartición de la materia Derecho familiar en el sexto semestre de la Licenciatura en Derecho. Razón por la que este criterio también se satisface.

3.- Criterio científico.- La autonomía científica del Derecho familiar se prueba con la producción literaria y bibliográfica especializada y dada con independencia de cualquier otro género del Derecho.

Hoy en día existe una gran producción de obras, ensayos, artículos, que se originan de manera independiente del Derecho civil, y que se refieren a la familia y su reglamentación. Sin dejar de mencionar que existen obras de Derecho civil que dedican capítulos especiales al Derecho familiar.

Para probar plenamente que el Derecho familiar cumple con el criterio científico mencionaremos algunas obras sobre Derecho familiar.

Belluscio, Augusto Cesar. Manual de Derecho de Familia. Tomo I.3ª edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina 1979.

Bonnecase Julien. La Filosofía del Código Napoleón aplicada al Derecho familiar. Traducción de José M. Cajica Jr. Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, Puebla. México. s.f.

Cicú, Antonio. El Derecho de Familia. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediar Sociedad Anónima Editores. Buenos Aires, Argentina. 1947

D. Cestau, Saúl. Derecho de Familia y Familia. Vol. I . 3ª edición. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay 1982.

Díaz de Guíjarro, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Tomo I Topográfica editora Argentina. Buenos Aires, Argentina. 1953

Fassi Santiago, Carlos. Estudios de Derecho de Familia. Editorial Platense. La Plata, Argentina. 1962.

Güitrón Fuentevilla, Julián. Derecho Familiar. 2ª edición. Editado por la Universidad Autónoma de Chiapas. Tuxtla Gutiérrez, Chiapas. 1988.

Güitrón Fuentevilla, Julián. ¿Que es el Derecho familiar?. Vol. I. Tercera edición. Promociones jurídicas y culturales S.C. México, D.F. 1987.

Güitrón Fuentevilla, Julián. ¿Que es el Derecho Familiar?. Vol. II Promociones jurídicas y culturales S.C. México, D.F. 1992.

Güitrón Fuentevilla, Julián. ¿Que puede hacer con sus bienes antes de morir? Promociones jurídicas y culturales S.C. México, D.F. 1993.

Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F.

1985.

Torres Rivero, Arturo Luis. Derecho de Familia. Tomo I. Parte General. Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela 1967.

Antoni, Jorge S. La Ubicación de la Familia en el Derecho. Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Num. 20. Universidad Nacional de Tucumán. San Miguel de Tucumán, Argentina. 1969

Barroso Figueroa, José. La Autonomía del Derecho Familiar. Revista de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M. México, D.F

Beltran de Heredia José. La Doctrina de Cicú sobre la posición sistemática del Derecho de Familia. Revista de Derecho Privado. Octubre de 1965. Madrid, España.

Díaz de Guijarro, Enrique. Cuestiones de Derecho de Familia. Revista Cubana de Derecho. Año XXVIII. Abril-Junio 1956. N° 11. La Habana, Cuba. 1956.

Díaz de Guijarro, Enrique. Rectificación por Cicú de su doctrina sobre el Derecho de Familia. Revaloración de conceptos. Revista de Jurisprudencia Argentina. Año XXXI. Tomo 2. N° 3286. Buenos Aires, Argentina 1969.

Güitrón Fuentevilla, Julián. Concepto de Derecho civil y Derecho familiar. Revista de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M. Tomo XXIX. Num. 112. Enero-Abril 1979. México, D.F.

Güitrón Fuentevilla, Julián. ¿Cual es la naturaleza jurídica del Derecho familiar?. Revista Convergencia. Órgano informativo del Consejo Nacional de Egresados de Posgrado en Derecho.

Perez Duarte y Noroña, Alicia. Perspectivas sociojurídicas de las relaciones familiares. Anuario del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. 1989.

Vázquez Bote, Eduardo. Significado de un código de familia. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Num. 58. Nueva Época. Invierno 1980. Universidad Complutense, Facultad de Derecho. Madrid, España. 1980.

Las mencionadas son una mínima parte de la gran bibliografía con la que cuenta, de manera autónoma el Derecho familiar. Por lo que el criterio científico también se satisface.

4.- Criterio jurisdiccional.- Consiste en la existencia de tribunales especializados para la resolución de controversias familiares. En México desde el año de 1971, por iniciativa del entonces presidente de la República, Licenciado Luis Echeverría Álvarez se crearon seis juzgados de lo familiar, mismos que hasta el año de 1996 se han convertido en 40 juzgados de lo familiar y dos Salas de segunda instancia en el Distrito Federal. En el resto de la República Mexicana también se han creado tribunales especializados en resolver conflictos de carácter familiar. Inclusive el Estado de Hidalgo, se encuentra a la vanguardia, ya que no sólo cuenta con juzgados familiares sino que es el único en la República Mexicana que cuenta con Código de Procedimientos Familiares, es decir con una ley especializada en resolver conflictos suscitados en el seno familiar. (99)

99.- *Ibidem*. pp. 174, 175, 182, 183, 184, 185

Por lo anterior el Derecho familiar cumple con el criterio jurisdiccional, por lo que afirmamos es una rama autónoma del Derecho civil.

Julián Gutiérrez en relación a su propia tesis respecto de la autonomía del Derecho familiar sostiene: "El Derecho familiar debe agruparse bajo un género diferente al privado y al público, pues la familia como generadora de todas las formas actuales de la sociedad tiende a desaparecer, no tanto por la desmembración constante de ella, sino por la intervención, cada día más penetrante del núcleo familiar por el Estado. Esta es nuestra verdadera preocupación. Es la intervención estatal la que debemos evitar en el seno familiar; entiéndase bien, estamos de acuerdo en la protección estatal de la familia, pero no en su intervención; estamos conscientes que el Estado, a través de sus órganos, proteja los derechos familiares; y la mejor manera de hacerlo será elaborando un Código Familiar Federal, con Tribunales de Familia, con expertos en humanidades, psicólogos, trabajadores sociales, psiquiatras, médicos, 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. Estamos de acuerdo en que el Estado propicie la protección familiar; considerando al Derecho familiar como rama independiente del Derecho público y privado, atendiendo fundamentalmente a la importancia de conservar e incrementar la unidad de la familia y sus consecuencias jurídicas.

Para nosotros lo fundamental es proteger a la familia, con la intención de que la sociedad y el Estado no se vean debilitados en su estructura, pues

en ultima instancia, y según nos lo demuestra la Historia, la decadencia de todos los pueblos ha empezado cuando se debilitan los núcleos familiares. Fundamos nuestra tesis considerando al Derecho familiar como autónomo del privado, primero, y del civil después, pues el interés a proteger es tan fundamental a la misma organización social que necesita darle su propia legislación, lo cuál consecuentemente evitará su inexorable desmembramiento y permitirá su cohesión. Debe darse un código de familia, debe protegerse a la familia, porque ella, en última instancia ha sido la semilla generadora de todas las organizaciones estatales de todas las épocas." (100)

Podemos darnos cuenta con la aplicación de los criterios de Guillermo Cabanellas, en particular al Derecho familiar, que estamos ante la presencia de una rama que ha logrado la autonomía de la que le dio origen; es decir, el Derecho familiar es una rama autónoma del Derecho privado, en general y del civil en particular, ya que cuenta con leyes especializadas, que se han promulgado, en forma independiente de las leyes de Derecho civil. Se enseña en la mayoría de las Universidades de manera independiente del Derecho civil. Cuenta con bibliografía propia, separada completamente de la rama que le dio origen. Cuenta con juzgados especiales encargados de resolver solo cuestiones relativas a la familia. Por lo anterior sostenemos que el Derecho familiar ha logrado su completa autonomía del Derecho civil.

100.- *Ibidem* pp. 230, 231.

Coincidimos con Julián Güitrón Fuentevilla en que debe darse un código familiar y más aún que debe crearse un código de procedimientos familiares, para establecer la forma como deben resolverse las cuestiones relativas a la familia. No podemos permitir que los asuntos familiares sigan resolviéndose con base en un código de procedimientos civiles, pues sostenemos que los principios rectores del proceso civil no son los mismos que los del procedimiento familiar . El juez familiar debe ser una persona especializada, además de estar rodeada de un grupo multidisciplinario que le auxilie en la impartición de la justicia familiar, a fin de que las cuestiones relativas a la familia se resuelvan protegiendo a la célula más importante de nuestra sociedad si no queremos ver también dañado nuestro Estado.

Por lo anterior no sólo coincidimos en que debe separarse el Derecho familiar del Derecho civil, y debe crearse un código familiar, sino que debe también crearse un código de procedimientos familiares que se encargue de regular los procedimientos familiares, los cuales hasta ahora se resuelven por un código de procedimientos civiles. Hemos probado científicamente la autonomía del Derecho familiar, como consecuencia también debe alcanzar su autonomía la rama adjetiva, es decir el Derecho Procesal Familiar.

V.- TESIS DE JOSÉ BARROSO FIGUEROA.

José Barroso Figueroa para sostener la autonomía del Derecho familiar se basa en los criterios de autonomía expuestos por Guillermo Cabanellas, y que hemos analizado anteriormente, agregando dos criterios más que son:

1.- Institucional.

2.- Procesal.

1.- Institucional.- Se encarga de determinar si la disciplina jurídica, de la que se pretende su autonomía, tiene instituciones propias, distintas, a las instituciones de la rama de la que se pretende su autonomía. Independientemente si se trata de instituciones totalmente novedosas o que a las ya conocidas se les imprima un sentido tan especial, que su nuevo espíritu resulten incompatibles con los anteriores.

La perspectiva del Derecho familiar demuestra que contiene características especiales, que siempre lo han distinguido del Derecho civil, en donde se le ha encuadrado tradicionalmente. Antiguamente las relaciones familiares más que un contenido jurídico, tenían un contenido de carácter ético y moral, sin embargo el Estado cada vez tiene más interés en proteger a la familia, y lo hace vigilándola muy de cerca, para comprobar si los padres educan, alimentan, cuidan a sus hijos y en ocasiones si los padres no lo hacen lo realiza el Estado directamente.

El Derecho familiar cuenta con instituciones propias, con características especiales, que han hecho de él un sector muy particular del Derecho civil. Las instituciones del Derecho familiar, como son: el matrimonio, la adopción, el divorcio, la filiación, la tutela, la curatela, la patria potestad, el concubinato, etc., son instituciones que han cobrado una tendencia y originalidad propias, que se rigen por principios exclusivos de ellas, que giran en torno a un objeto, que es el Derecho familiar; no son materia de ninguna otra disciplina jurídica. No podríamos comparar al divorcio con una rescisión, o a la tutela con un mandato, se trata de instituciones de naturaleza muy particular, cuya evolución las ha transformado, hasta otorgarles un matiz completamente distinto de los de Derecho privado.

Barroso Figueroa señala que el criterio institucional es el más importante, porque se refiere al contenido mismo de la disciplina jurídica, mientras que los demás se refieren a cuestiones externas de la rama jurídica.
(101)

El Derecho familiar cumple con el criterio institucional, al contar con instituciones propias, distintas a las de cualquier rama jurídica.

101.- Barroso Figueroa, José. "Autonomía del Derecho Familiar". *Revista de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M.* Num. 68. México 1968. pp. 835, 836, 837

Consideramos, para comprender el criterio institucional, importante mencionar la Teoría de la Institución, expuesta por Maurice Hauriou, que señala: "Ciertas vinculaciones jurídicas no se explican satisfactoriamente por la idea del contrato o de la simple norma objetiva. Son elementos sociales cuya duración no depende de las voluntades individuales de sus integrantes y que la ley misma no puede desconocer; colocadas entre los individuos y el Estado, sirven a intereses de grupos; tienen una vida propia, una organización y una autoridad al servicio de sus fines. Para designarlas se ha elegido la palabra institución, que expresa que esas voluntades se encuentran por encima de la voluntad de sus miembros y aún de la propia ley, que no puede desconocerlas.

Por institución debe entenderse una colectividad humana organizada, en el seno de la cual las diversas actividades individuales compenetradas de una idea directora, se encuentran sometidas para la realización de ésta, a una autoridad y reglas sociales." (102)

La familia es por lo tanto una institución típica, y sin duda la más importante de todas.

2.- Criterio procesal.- Este pretende determinar si la disciplina jurídica de la que se pretende su autonomía, cuenta con procedimientos propios, distintos de los que posee, la rama que le dio origen.

Es indudable que el Derecho familiar cuenta con procedimientos propios, que no se presentan en ninguna otra rama del Derecho. Sin embargo, los procedimientos familiares se asemejan a otro tipo de negocios, lo cuál es totalmente inconveniente, por lo que se ha tratado de crear principios procesales de carácter familiar, que permitan dar un tratamiento especial al grupo familiar y a la solución de sus conflictos y se evite colocarlos en la misma situación que la correspondiente a conflictos de carácter patrimonial. (103)

El Derecho familiar también satisface el criterio procesal, al integrar procedimientos especializados, para dar solución a los problemas del orden familiar.

Destacamos que debe procurarse la formación y especialización de los jueces familiares, pues se encargaran de resolver cuestiones de suma importancia que atañen a la familia.

El criterio procesal además de probar la autonomía del Derecho familiar apoya nuestra tesis en el sentido de separar el procedimiento familiar del civil, pues se trata de cuestiones diametralmente opuestas. El procedimiento familiar cuenta con principios especiales, privativos que no se presentan en otro tipo de juicios, por la naturaleza especial del Derecho familiar.

103.- Barroso Figuerou, José. *ob. cit.* pp. 837, 838.

Se ha tratado de proteger a la familia en materia procesal, al crearse los Tribunales familiares en el año de 1971, en el año de 1973 al crearse, dentro del Código de Procedimientos Civiles, el capítulo correspondiente a las controversias del orden familiar, otorgándole al juez familiar facultades distintas a las concedidas al juez civil. Sin embargo, aún no se ha dado el paso definitivo consistente en la creación de un Código de Procedimientos Familiares, con el que se resuelvan conflictos de carácter familiar, y en donde se establezcan los principios especiales del procedimiento familiar.

La familia requiere de protección en el momento que en su seno se presente un conflicto. En materia de conflictos familiares, se busca la protección de la familia, y no de los intereses de sus miembros, siendo necesario que el Juez familiar sea una persona especializada en la resolución de tales conflictos; la existencia de un Código de Procedimientos Familiares que diga cómo deben resolverse tales controversias, y acabemos con el error de aplicar reglas de Derecho civil y de procedimientos civiles que no se adecúan a las necesidades de la célula más importante de toda sociedad: la familia.

Después del análisis de las teorías que sostienen la autonomía del Derecho familiar, afirmamos que se trata de una rama autónoma del Derecho civil, ya que el Derecho familiar protege un interés superior al interés individual, protege el interés familiar; al Derecho familiar no se le aplican los principios rectores del Derecho civil. No es aplicable la teoría de la autonomía de la voluntad, la de la exteriorización de la voluntad, la representación, las

modalidades del acto jurídico, la teoría de las nulidades, la transmisión, la cesión, etc.. El Derecho familiar es autónomo si aplicamos los principios establecidos por Guillermo Cabanellas, cuenta con legislación propia; se enseña de manera autónoma a la rama que le dio origen; tiene obras, monografías, artículos especializados; cuenta con tribunales especializados en resolver sólo conflictos de carácter familiar; el Derecho familiar tiene instituciones propias, que no han sido tomadas de ninguna otra rama jurídica, ni siquiera de la que le dio origen; tiene procedimientos propios a los cuales tampoco se le aplican la totalidad de los principios del proceso civil, aún cuando hasta ahora se resuelven los conflictos con apoyo en el Código de procedimientos civiles.

El Derecho familiar cumple con el criterio jurisdiccional, expuesto por Cabanellas, es decir, cuenta con tribunales especializados. Cumple también con el criterio procesal, expuesto por José Barroso Figueroa, es decir, cuenta con procedimientos especializados. La satisfacción de estos dos criterios apoya nuestra tesis en el sentido que debe crearse el Derecho Procesal Familiar, puesto que al existir tribunales especializados, encargados de solucionar conflictos de carácter familiar, estos deben contar con el instrumento adecuado que diga cómo deben resolverse tales conflictos. El procedimiento familiar no puede resolverse con apoyo en un solo capítulo del Código de procedimientos civiles, denominado "De las controversias del orden familiar", y aplicando principios del procedimiento civil.

Al igual que el Derecho familiar no se le aplican la totalidad de los principios de Derecho civil. Al Derecho procesal familiar, no se le aplican la totalidad de los principios del procedimiento civil, pues ambos son de naturaleza distinta.

En el proceso familiar el Juez tiene las más amplias facultades para conocer la verdad de los hechos, puede suplir la deficiencia de la queja, actuar de oficio, solicitar pruebas que las partes no han ofrecido, puede invocar de oficio los principios procesales que considere necesarios, todo en beneficio de la familia. En el proceso civil el juez debe limitarse a lo expuesto por las partes.

En el proceso familiar se requiere de oficio la intervención del Ministerio público, pues el Estado está interesado en proteger a la célula más importante, que es la familia. En el proceso civil el Ministerio público actúa sólo a petición de parte.

En el proceso familiar es ineficaz para probar un hecho, la confesión espontánea de una de las partes, pues el juez podrá solicitar otro tipo de pruebas que le ratifiquen la confesión. En el proceso civil la confesión es la reina de las pruebas.

En Derecho procesal familiar si una de las partes no contesta la demanda, corresponde a la otra parte probar su dicho. En el proceso civil si una de las partes no contesta la demanda en el término establecido, ésta se tiene por contestado en sentido afirmativo.

Los conflictos familiares no pueden comprometerse en árbitros. El proceso civil puede comprometerse en árbitros.

Como podemos darnos cuenta, las características del Derecho procesal familiar son completamente distintas a las del Derecho procesal civil.

Así como hemos probado la autonomía del Derecho familiar, es decir la rama sustantiva, al exponer las razones científicas del porqué no debe ser considerado como parte del Derecho civil. Corresponde ahora probar la autonomía del Derecho procesal familiar, es decir de la rama adjetiva. La primera ha logrado su autonomía y la segunda se encuentra en ese proceso, ya que afirmar que los conflictos de carácter familiar pueden resolverse con apoyo en el Código de procedimientos civiles, sería negar la especial característica del Derecho familiar, misma que hemos expuesto en el presente capítulo.

C A P Í T U L O T E R C E R O

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PROCEDIMIENTO FAMILIAR.

Las normas del Derecho procesal familiar podemos encontrarlas en diversos procedimientos. Nuestra propuesta consiste en integrarlas a un cuerpo de leyes especializado en Derecho Familiar. En el presente capítulo, analizaremos la evolución histórica del Derecho procesal para aplicarla en particular al Derecho procesal familiar.

A lo largo de la Historia, los conflictos entre los particulares, han existido siempre, y la forma de resolverlos ha variado progresivamente, a medida que las costumbres y el Derecho fueron evolucionando. En los primeros tiempos de la humanidad, la fuerza era la que determinaba la solución de un conflicto. Cuando la familia comenzó a aparecer como tal, facilitó la terminación de éstos a través de la vía conciliatoria y seguramente cuando era imposible, la solución la daba un tercero, naciendo así el arbitraje. Si la solución emitida no era acatada por el condenado o reo, surgía nuevamente el uso de la fuerza.

Al evolucionar la familia, surgiendo los primeros núcleos sociales, fue necesario, para mantener el orden entre ellos, que se le diera a alguno de los integrantes, la calidad de jefe para administrar justicia y mantener la paz entre los hombres. En éste orden de ideas, surge también el Consejo de Ancianos en las comunidades, para solucionar conflictos; y ésta serie de criterios,

empezaron a perfilar el régimen de derecho y la estabilidad en los grupos sociales.

Antes que el Estado surgió la familia y en su seno se generaban las pautas para resolver los conflictos derivados de su convivencia con otras familias. Al agruparse varias familias surge el Estado, al que se le dan ciertas atribuciones, entre las que se encuentran la creación de normas relativas a la solución de conflictos entre los hombres. El Estado no se ha limitado a dictar normas, sino que ha buscado su aplicación, en ocasiones en contra de la voluntad de los gobernados.

El Estado realiza su función jurisdiccional de tres formas: 1.- organizando la administración de justicia; 2.- determinando la competencia de los tribunales; 3.- estableciendo las reglas del procedimiento, para dirimir las controversias. (104)

Veamos cómo se ha desarrollado la función jurisdiccional a través de los tiempos.

A).- EL PROCEDIMIENTO ENTRE LOS HEBREOS.- En un principio Moisés era el encargado de administrar la justicia, pero se dio cuenta que era una tarea agotadora. Así eligió a un grupo de hombres rectos,

104.- Alsina, Hugo. *ob. cit.* pp. 24 y 30

con dicha finalidad dentro de grupos de ciudadanos, naciendo así los Centuriones, Quinquenarios, Decanos, Macabeos, etc.. Más adelante se creó un Tribunal Supremo denominado "Sanbedrin", entendida como la junta de personas sentadas, estaba constituido de un sacerdote supremo, quien fungía como presidente, y setenta y un jueces. Poco después se establecieron otros tribunales, integrados por veinticinco jueces, que actuaban en ciudades del interior y conocían de juicios menores.

El juicio entre los hebreos era sumario, público y oral. Y se desarrollaba de la siguiente manera: Los jueces se encontraban sentados en una alfombra hasta donde llegaban el actor y el demandado, quiénes una vez presentados, exponían su controversia. Se admitían como pruebas, la de testigos, dos de cada parte, y documentos. Los jueces dictaban su sentencia, una vez que analizaban las pruebas, y ésta podía ejecutarse de inmediato, cuando se trataba de juicios civiles. En caso de juicios criminales, la sentencia se ejecutaba hasta el tercer día. (105)

Ningún indicio tenemos acerca del procedimiento familiar, sin embargo se observa que en el procedimiento de los hebreos la oralidad y la rapidez, son el común denominador. Estos dos principios son fundamentales en materia procesal familiar, ya que los conflictos familiares deben resolverse a la brevedad, para no dañar, con procesos lentos, a la célula más importante de toda sociedad, que es la familia.

105.- *Ibidem* p. 207

B).- EL PROCEDIMIENTO EN GRECIA.- La organización judicial helénica era colegiada y especializada. Primero porque su tribunal estaba compuesto por seis mil ciudadanos elegidos anualmente, a través de un sorteo. Segundo por tener dos jurisdicciones especializadas, la criminal y la civil. El tribunal, denominado Heliástico, se reunía en una plaza pública, actuaba en conjunto o de acuerdo a su especialidad, dependiendo de la importancia del asunto a resolver.

En materia criminal actuaban:

1.- La Asamblea del Pueblo, tribunal compuesto por toda la ciudadanía, se ocupaba de los asuntos políticos, es decir, de aquellas infracciones que ponían en peligro al Estado. Se reunía a convocatoria del Arconte, funcionario especializado en éste tipo de asuntos. El procedimiento no se sujetaba a ninguna formalidad, sino que se desarrollaba de acuerdo al criterio del Arconte, dependiendo de la averiguación e importancia del asunto.

2.- El Areópago, tribunal formado por ciudadanos que hubiesen actuado antes como Argontes. Conocían de aquellos delitos que merecieran la pena de muerte, v. gr. homicidio alevoso, envenenamientos, incendios. Se reunían de noche y a puerta cerrada, para dar la impresión de que contaba con todos los medios necesarios para llegar a la verdad. También se les conocía con el nombre del Tribunal del Misterio.

3.- Tribunal de los Ephetas, integrado por cincuenta y un jueces, elegidos anualmente a través de sorteo. Conocía de casos de homicidio simple.

En materia civil existía solo un Tribunal denominado Phrintaneo, compuesto por quinientos jueces. En el proceso civil prevalecía el principio acusatorio, es decir, el proceso sólo se iniciaba por acción del ofendido y se componía de una demanda, su contestación, las pruebas ofrecidas por ambas partes y un debate oral. (106)

Dentro del proceso civil griego, nada se dice acerca de algún tipo de procedimiento familiar, sostenemos que fue por las costumbres arraigadas que tenían con relación a la familia.

La familia griega estaba unida por algo más poderoso que el nacimiento y los sentimientos, los unía la religión y el culto a los muertos, pues creían que dentro del sepulcro se colocaba algo viviente, y por eso debía enterrársele con los objetos que pudiera llegar a necesitar: vestidos, armas, vasos, caballos, esclavos, etc.; se derramaba vino y leche para calmar su sed; se depositaban alimentos para saciar su hambre. El muerto tenía necesidad de alimentos y bebida, y era obligación de los vivos satisfacerla. La religión del hogar se transmitía de varón en varón, la mujer soltera participaba en los actos religiosos de su padre, casada en los de su marido.

106.- Oderigo, Mario A. *Lecciones de Derecho Procesal. Tomo I. Parte General.* 7ª reimpresión. Ediciones Depalma. Buenos Aires, República Argentina 1989. pp. 48, 49, 50, 51, 52. *passim*.

Gracias a la religión doméstica, la familia griega era una pequeña sociedad con su jefe y su gobierno. Las leyes que la regían no habían sido creadas por la Ciudad, ya que cuando ésta surgió, la familia ya estaba perfectamente organizada y la regían una serie de costumbres y tradiciones más antiguas que la Ciudad misma. El grupo familiar, por pequeño que fuera, tenía su propia disciplina donde la autoridad suprema le correspondía al Dios que los griegos llamaban Hogar-Señor, ni siquiera el padre estaba por encima de ésta divinidad. Después de ella se encontraba el poder del padre, quién en materia de religión realizaba todos los actos tendientes a conservar el culto a los muertos y cuando él muriera, se convertía en un ente divino a quien sus descendientes invocaban.

La mujer, en la familia griega, es considerada como una menor. Durante su infancia depende de la potestad de su padre; en su juventud, de su marido; muerto éste, depende de sus hijos; si no los tiene, de los parientes próximos de su marido; teniendo tal poder sobre ella, que el marido puede nombrarle un tutor antes de morir y aún escogerle un segundo marido. No puede ser considerada como señora de su hogar, pues carece de autoridad en la casa; siempre está junto al hogar de otro, repitiendo la oración de otro, para todos los actos de su vida religiosa necesita un jefe, y para los actos de su vida civil un tutor. Estaba colocada en un plano inferior al hombre.

En cuanto al hijo griego, éste debía ayudarle a su padre en las funciones religiosas permaneciendo unidos al hogar del padre y sometidos a su autoridad mientras vivieran.

El padre no sólo era el hombre fuerte protector de la familia, es el sacerdote del hogar, el continuador de sus abuelos, el tronco de los descendientes, el depositario de los ritos misteriosos de la religión doméstica, el dueño absoluto de la propiedad de la familia y el Juez dentro de ella.

La mujer, el hijo y todo aquel que se encontraba sometido a la autoridad paterna, no podía comparecer ante el Tribunal ateniense, ni como demandante, ni como demandado, ni como testigo, ese derecho era exclusivo del padre. Si en la Ciudad no había justicia para la mujer y el hijo, era porque la tenían en su propia casa. El padre de familia era también el Juez, que actuaba como un verdadero tribunal, en nombre de la familia y bajo la atenta mirada de las divinidades domésticas. Este derecho de justicia, ejercido por el padre en su casa, era completo y sin apelación, podía condenar a muerte y ninguna autoridad tenía derecho de modificar sus decisiones. (107)

La autoridad del "pater familia", que encontraremos a lo largo de la historia, explica el porque no tenemos indicios de Derecho procesal familiar, pues el jefe supremo de la familia, resolvía los conflictos sin permitir a quienes ejercían la administración de justicia que tomaran parte en sus juicios y en la ejecución de sus sentencias. Cada familia tenía a su propio Juez que era vigilado sólo por las divinidades domésticas.

107.- *Fustel de Coulanges. La Ciudad Antigua. Estudios sobre el culto, el Derecho y las Instituciones de Grecia y Roma. 4ª ed. Ed. Porrúa S.A. México, D.F. 1980. pp. 6, 7, 11, 12, 20, 21, 25, 30, 60, 61, passim*

C).- EL PROCEDIMIENTO ROMANO.- En los inicios del pueblo Romano, como en muchas otras civilizaciones, solamente existía la justicia por propia mano, hasta que Augusto la prohibió. Sin embargo se permitía en situaciones excepcionales, como el caso de la legítima defensa, siempre y cuando se emplearan medios proporcionados al interés amenazado; el derecho de retención; la posibilidad de cortar ramas del árbol vecino, que crece sobre terreno ajeno; justicia por propia mano de manera ofensiva, se permitía cuando un deudor huía para burlar a su acreedor, en éste caso éste podía arrebatarse lo que debía si lo encontraba en la huida. En estos casos acudir a las autoridades implicaba pérdida de tiempo y permitía al deudor desaparecer, por lo que debido al peligro en la tardanza, se autorizaba la justicia por mano del acreedor.

Fuera de éstas excepciones, el que se encuentre impedido de ejercer sus derechos debe acudir ante la autoridad encargada de administrar justicia. Este derecho recibe el nombre de acción, camino que va desde la pretensión a la sentencia, y su ejecución recibe el nombre de proceso y las formalidades que deben observarse durante éste, reciben el nombre de procedimiento.(108)

1.- Organización Judicial.- Antes de estudiar los procedimientos en el Derecho Romano, analizaremos su organización judicial.

107.- Margadant S., Guillermo Floris. *El Derecho Privado Romano*. 19º ed. Ed. Esfinge. México, D.F. 1993. p. 139

Existían dos autoridades judiciales, los magistrados y los jueces. Los primeros variaron de acuerdo a la época. Durante el Reinado, todas las magistraturas fueron ejercidas por el Rey, cuya función era vitalicia y comprendía el poder militar y judicial. Podía ejercer sus funciones directamente o delegándolas en otra persona.

En la República los magistrados fueron los cónsules. A partir de 387 se instituyó la figura del "Pretor" para que se ocupara, especialmente de la administración de justicia, en sus dos aspectos: contenciosa u organización de la instancia judicial, y voluntaria o derecho de asistir a una acción de la ley. En el 512 se creó un segundo pretor. A partir de entonces se les conoció con el nombre de pretor urbano, quien se encargaba de conocer de todos los negocios relativos a los ciudadanos; y el pretor peregrino, concededor de los que afectaban a los peregrinos. Al lado del pretor existieron los ediles curules , cuya competencia era en materia de venta de esclavos y animales.

Durante el Principado y Bajo Imperio las facultades del pretor disminuyeron con la creación de pretores especiales y prefectos imperiales.

En cuanto a los jueces debemos distinguir las siguientes clases:

a).- El "Iudex", juez, que era un jurado designado para conocer de un negocio determinado. No requería de conocimientos previos, era un simple particular, y a eso se debe que también recibiera el nombre de "iudex privatus"

o "unus iudex" ya que juzgaba solo. Era elegido por voluntad de ambas partes o impuesto por el pretor, cuando estas no llegaban a un acuerdo.

b).- El "Arbiter", al igual que el "iudex", era un particular designado para conocer de un asunto determinado. La diferencia entre el iudex y el arbiter, era que éste último se encargaba de los asuntos donde prevalecía la equidad al Derecho. Esta distinción no era muy convincente, por lo que la figura del arbiter cayó en desuso en la época de Cicerón.

c).- Los "Recuperatores" sesionaban en número de tres y de cinco, intervenían en juicios de interés de peregrinos y en ocasiones en juicios entre ciudadanos romanos.

d).- Los Tribunales Permanentes.- Al lado de los jueces, designados para ciertos negocios, funcionaban tribunales permanentes, con una competencia especial, que eran:

d.1.- Tribunal de los Centunviros.- Integrado por ciento cinco miembros, encargados de resolver los juicios relativos a la propiedad, las servidumbres y las sucesiones.

d.2.- Tribunal de los Decenviros.- Encargados de los juicios relativos a la libertad y al derecho de la ciudad.

d.3.- Triunviros capitales.- Tribunal encargado de la policía nocturna de la ciudad. (109)

2.- Procedimiento.- En el Derecho Romano se distinguen tres procedimientos distintos: 1º.- El Sistema de Acciones de la Ley. 2º.- El Procedimiento Formulario. 3º.- El Procedimiento Extraordinario.

Los dos primeros sistemas se agrupan con el nombre de "ordo iudiciorum", caracterizado por desarrollarse en dos instancias. La primera ante el magistrado, donde se determinaba la naturaleza jurídica del caso y recibía el nombre de "in iure". Este funcionario tenía la facultad denominado iurisdictio, consistente en conceder o denegar el acceso al arbitraje de jueces privados.

La segunda fase se desarrollaba ante el juez, se ofrecían, admitían y desahogaban las pruebas. Las partes presentaban sus alegatos y el juez dictaba su sentencia; ésta instancia recibía el nombre de "in iudicio" o "apud iudicem" (delante del juez). El juez tenía la "iudicatio" o facultad de dictar sentencia.

La transición, de la justicia privada a la justicia pública, se presenta en el período del "ordo iudiciorum". La autoridad pública se encargaba de ejercer presión para que el demandado aceptara la intervención de un "iudex privatus".

109.- Foignet, Rene. *Manual Elemental de Derecho Romano. Traducción de Arturo Fernández Aguirre. Ed. José M. Cajica Jr. S.A. Puebla, Pue. México 1956. pp. 246, 247.*

1º.- Sistema de las Acciones de la Ley o Legis Actiones.- Es el primer medio de poner en actividad el contenido de la ley. Eran consideradas como aquellas declaraciones solemnes, acompañadas de gestos rituales, que el actor pronunciaba ante el magistrado, con el fin de reclamar un derecho. Excesivamente formalistas, el más mínimo error al pronunciar la fórmula, era motivo suficiente para perder el juicio. Cuando un particular quería acudir ante la autoridad judicial, a deducir un derecho, debía primero saber si su caso era objeto de protección, ya que ésta no se otorgaba de manera general sino sólo a casos expresamente previstos por la ley.

En el proceso romano, cada parte tenía un papel que desarrollar de manera rigurosa, como si se tratara de una obra de teatro; los papeles estaban perfectamente determinados y aquel que no lo interpretaba adecuadamente o no dijera las fórmulas precisas, era sancionado con la pérdida del proceso.

Este rigor formalista, dentro del proceso romano, estaba relacionado con el carácter mágico y religioso que en los albores de la humanidad rigió la vida jurídica.

Las acciones de la ley eran las siguientes:

a).- "Legis actio sacramento" o apuesta sacramental.- El procedimiento se iniciaba a través de la notificación "in ius vocatio", si el demandado se negaba a presentarse de manera inmediata, o a ofrecer un fiador para garantizar su presentación posterior, el actor podía llevar testigos y llevar por la fuerza al demandado ante el pretor.

En caso de que el demandado fuera una persona de edad avanzada, el actor debía poner a su disposición un medio de transporte para acudir ante el magistrado. Ante ésta autoridad se iniciaba el proceso. El actor tocaba con una varita el objeto del pleito declarando que era de su propiedad, ésta acción recibía el nombre de "rei vindicatio"; inmediatamente después el demandado tocaba el mismo objeto afirmando que era suyo, acción que se denominaba "contra vindicatio". Seguía un combate simulado o "manuum consertio", en donde el pretor ordenaba entregar el objeto litigioso. Inmediatamente las partes realizaban una apuesta y declaraban que abandonarían tal cantidad en favor del culto público, en caso de no probar sus afirmaciones. El pretor ponía en posesión provisional del objeto a una de las partes, el cuál debía garantizar la entrega del bien y de los frutos producidos, a través de un fiador. El último acto de ésta audiencia era la "litis constestatio", acto por el cuál se invitaba a todos los presentes a fijar en su memoria los detalles surgidos ante el magistrado, ya que los juicios eran públicos y orales, y no se tenía constancia escrita de lo sucedido. Treinta días después, para que las partes estuvieran en posibilidad de llegar a un acuerdo extrajudicial, el pretor nombraba a un iudex ante el cuál se iniciaba la etapa probatoria, los alegatos, finalizando con la sentencia del juez, en la que de manera indirecta, señalando quien había perdido la apuesta, otorgaba la razón a alguna de las partes.

b).- La "iudicis arbitrive postulatio" o petición de un juez o árbitro.- En ella las partes le pedían al magistrado que les nombrara un juez en dos casos: Primero.- Cuando el actor pretendía la división de una herencia o una copropiedad, el deslinde de una propiedad o la fijación del importe de

daños y perjuicios. No era necesario condenar a una de las partes a la pérdida de una apuesta, sino existía controversia. Segundo caso.- Cuando se trataba de la fijación de derechos y obligaciones derivados de stipulatio, que era una fuente importante de derechos personales.

c).- "La condictio" o emplazamiento.- Acción que procedía cuando el actor reclamaba un bien o cantidad de dinero determinada, lo que hacía del conocimiento del demandado para que en un plazo de treinta días se presentará ante el pretor para que se designará un juez que resolviera el conflicto.

d).- "Manus Iniectio" o Aprehensión corporal.- Esta acción era de carácter ejecutivo. En caso de que el deudor no pudiera, o no quisiera cumplir con una condena de tipo judicial, el acreedor podía llevar al deudor ante el pretor y recitar una fórmula, combinada con ciertos gestos, como sujetar al deudor por el cuello. El deudor podía defenderse, por si mismo o a través de un tercero, y si éste lo defendía sin una causa justa, se le imponía una multa del doble del valor del litigio. Una vez cumplidas las formalidades, y si el deudor no había justificado su defensa, el pretor pronunciaba las palabras "te lo atribuyo", y el acreedor podía llevar al deudor a su cárcel privada. Quién tenía derecho de exhibir al deudor, en el mercado, tres veces, una vez cada veinte días; si nadie se presentaba a pagar la deuda, podía vender al deudor, y en ocasiones hasta matarlo. La Lex Poetelia Papiria suavizo este procedimiento, al prohibir la muerte del deudor, sin embargo, éste debía pagar la deuda con su trabajo.

e).- "La Pignoris Capió" o Toma en prenda.- Como consecuencia de ciertas deudas de carácter fiscal, militar o sagrado, se permitía al acreedor entrar en la casa del deudor, pronunciar ciertas fórmulas sacramentales y tomar algún bien en "pignus", es decir, en prenda. (110)

Las "legis acciones" estuvieron vigentes hasta la "Ley Aebutia", que permitió a los ciudadanos elegir entre las acciones de la ley y el sistema formulario. El primero fue abandonado, debido a su rigor excesivo y lentitud.

2º El Procedimiento Formulario.- En éste procedimiento las partes exponen, eligiendo las palabras que estimen convenientes, sus pretensiones ante el pretor; quien deja de vigilarlas si recitan o no correctamente las fórmulas, de las acciones de la ley, para convertirse en un organizador, que determina cuales serán los pasos a seguir dentro del proceso, señalando a cada uno sus deberes y derechos procesales.

El pretor dicta justicia a través de un código denominado "álbum". Las partes escogen la fórmula que contiene la pretensión del actor y la defensa del demandado, conforme a los formularios que el pretor pone a disposición de las partes en su álbum. La fórmula contenía la cuestión jurídica planteada y era remitida por el pretor al juez, elegido por las partes, quien tenía las más amplias facultades para interrogar a los testigos, a las partes, examinar documentos,

110.- Margadant S., Guillermo Floris. *Derecho Privado Romano. ob. cit. pp. 145, 146, 147, 148, 149, 150*

tomar en cuenta el rumor público, una vez terminada la averiguación dictaba sentencia, la cuál era de carácter monetario. (111)

3° Procedimiento Extraordinario.- Se caracteriza por el desarrollo del proceso en una sola instancia. Se lleva a cabo de manera escrita; se inicia con la presentación del "libellus conventionis"; hay una citación al demandado, con la orden de comparecer en una hora determinada; si el demandado decide defenderse, debe presentar un "libellus contradictionis" con sus contra argumentos y otorgar la cautio iudicis, fianza que garantice que no se ausentará durante el procedimiento; notificación al actor del libellus contradictionis; celebración de una audiencia, ofrecimiento, admisión o rechazo de las pruebas; desahogo de pruebas; alegatos y sentencia.

La característica principal del procedimiento extraordinario, es el cambio que sufre el proceso de privado a público. Recordemos que en el sistema de las acciones de la Ley y en el Formulario, el proceso era asunto particular, donde el Juez era elegido por las partes. En el procedimiento extraordinario, el proceso era dirigido por una autoridad judicial, que no tenía porque someterse a la voluntad de las partes, podía hacer aportar pruebas que las partes no habían ofrecido e inclusive dictar una sentencia condenando al actor. Caso extraño, si tomamos en cuenta que en las anteriores etapas del procedimiento romano, el condenado era siempre el demandado.

111.- Cuenca, Humberto. *Derecho Procesal Civil. Tomo I. 1ª ed. Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela 1969. p. 212*

En materia de pruebas fue sustituido el sistema dispositivo, por el inquisitivo, de tal manera que el Juez podía investigar a fondo la cuestión controvertida, e inclusive ordenar la presentación de pruebas que no habían ofrecido las partes, pues se buscaba llegar a la verdad y evitar que los procedimientos se hicieran largos, en algunas ocasiones llegando al extremo de la tortura, para arrancarles la verdad a los testigos. (112)

Dentro del procedimiento extraordinario, encontramos el antecedente más remoto, de las facultades discrecionales que se otorgan al Juez familiar, para que investigue más allá de lo que las partes le presentan, de trasladarse al lugar en donde suceden los hechos, etc., de tal manera que él tenga la certeza de la veracidad de los hechos, para dictar la sentencia más adecuada.

Así los juicios de carácter familiar, se llevaban a cabo dentro de los tres procesos que hemos analizado en el Derecho Romano, siempre con la preminencia del pater familia en las decisiones.

Debido al poder absoluto que ejercía el "pater familia" en la familia romana. Gayo manifiesta al respecto: " Hay que saber que nada puede cederse en justicia a las personas que están en dependencia, es decir, a la mujer, al hijo, al esclavo, pues partiendo del hecho de que éstas personas no podían tener nada como propio, se ha concluido con razón que tampoco podían

112.- Margadant S., Guillermo Floris. *Derecho Privado Romano, ob. cit. pp. 175, 176, 177.*

reivindicar nada en justicia. Si vuestro hijo, sometido a vuestra autoridad, ha cometido un delito, la acción en justicia recae sobre vosotros. El delito cometido por un hijo contra su padre no da lugar a ninguna acción de justicia." (113)

La justicia para la familia romana, se daba dentro de su casa. Su juez era el jefe de familia, que actuaba como en un tribunal debido a su autoridad suprema, pues debe recordarse que su poder omnimodo, a veces, constituía decisiones de vida y muerte.

D).- EL PROCEDIMIENTO GERMANO.- En un principio, los germanos no contaban con leyes escritas, los juicios se resolvían de acuerdo con los usos, las costumbres y las tradiciones conservadas por los ancianos. La primera organización encargada de administrar justicia en el Derecho Germano fue la "sippe", es decir la familia, asociación de parientes de sangre, agraria y militar, encargada de proteger la paz excluyendo las hostilidades. (114) Sin embargo la "sippe" nunca desconoció el poder estatal relativo a que el proceso germano debía desarrollarse ante el pueblo reunido en asamblea, cuya finalidad más que resolver la controversia era dirimirla.

El procedimiento era de tipo oral, público y formalista, debido a la influencia del proceso romano. Se dividía en dos etapas: la primera, en donde el

113.- *Fustel de Coulanges. ob. cit. p. 64*

114.- *Briseño Sierra, Humberto. Derecho Procesal. Vol. I. Primera edición. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, D.F. 1969. pp. 128, 129.*

actor citaba al demandado y frente a la asamblea exponía su demanda e invitaba al demandado a defenderse. Si la honorabilidad del actor se probaba a través de testigos, su petición hacía fe. Se dictaba una sentencia llamada interlocutoria, si el demandado se conformaba con ella, terminaba el proceso. De lo contrario ofrecía probarle que no tenía razón y se pasaba a la segunda etapa, denominada de prueba. Se admitían como medios de prueba los juicios de Dios, a través de ordalías de fuego, de agua, de la suerte y de duelo; juramento de purificación; testimonio de una o varias personas, que no versaba sobre la cuestión litigiosa, sino sobre la honorabilidad de la parte en cuyo favor declaraban. Analizadas las pruebas la asamblea dictaba sentencia definitiva.

En el período franco, se organizó un sistema judicial, donde el encargado de convocar y presidir la asamblea era un conde para cada comunidad, naciendo los condados. En ésta época la citación, al demandado, se hace de manera oficial, se le da mayor intervención en el proceso al tribunal, se permite presentar como pruebas documentos, así como testigos sobre los hechos. (115)

La única noticia histórica sobre el Derecho procesal familiar, en el proceso germano, es que éste comenzó a desarrollarse dentro de la familia, para posteriormente pasar a la autoridad estatal. El nacimiento de la familia, antes que el Estado mismo, explica porque en éste caso, tenemos el antecedente de que la familia era la encargada de resolver las controversias judiciales.

D).- PROCESO ROMANO CANÓNICO.- La jurisdicción eclesiástica pasó desde el arbitraje, en donde los cristianos tenían la costumbre de someter sus controversias a los obispos, hasta la jurisdicción pública, en donde los particulares podían elegir, sin el consentimiento del adversario, someterse a la decisión de un tribunal episcopal.

En la Edad Media la competencia de los tribunales eclesiásticos, se limitó a cuestiones canónicas; sin embargo, éste concepto, comprende todo lo referente a procedimientos donde se involucran intereses de huérfanos, viudas, asuntos sucesorios, legitimidad y problemas alrededor del matrimonio. (116)

Este es el primer antecedente, donde las cuestiones familiares, no eran resueltas por el jefe de la familia, sino por un tercero, en éste caso un integrante de la iglesia católica.

Los tribunales eclesiásticos aplicaban el procedimiento romano, con la introducción de nuevas formas e instituciones. Este procedimiento mixto recibió el nombre de proceso romano canónico o común, ya que se aplicaban disposiciones de Derecho Romano, como principios de prueba y sentencia; Derecho germánico, como la división del proceso en dos partes, antes y después de la contestación de la litis, la iniciativa de las partes, que acentúa el papel de espectador del juez; y del Derecho canónico, el procedimiento escrito. (117)

116.- Margadant S., Guillermo Floris. *Derecho Privado Romano*, ob. cit. p. 141

117.- Alsina, Hugo. ob. cit. pp. 217, 218.

La iglesia se encargaba de las cuestiones relativas a la familia, sin embargo no contaba con suficientes disposiciones procesales, por lo que aplicaba igualmente principios del procedimiento romano, germánico y canónico, con la finalidad de llegar a la mejor solución.

F).- EL PROCEDIMIENTO ESPAÑOL.- Como en la mayoría de las civilizaciones, el antecedente más remoto de la impartición de justicia, corresponde al jefe de las tribus, y más remotamente al jefe de familia. Lo más probable es que no tuvieron leyes escritas y solucionaron sus conflictos apoyados en la costumbre y en juicios arbitrales fundados en la equidad y la justicia.

A la llegada de los Cartagineses introdujeron sus costumbres a las provincias que dominaron, pero su poca permanencia, impidió que fueran adoptadas totalmente por el pueblo español.

En la historia de España encontramos la influencia de pueblos como los fenicios, cartagineses y griegos, que no sólo llevaron sus costumbres sino también sus instituciones jurídicas.

A los cartagineses siguieron los romanos que impusieron en el pueblo español su lengua, costumbres y legislación. (118)

118.- Alvarez, José María. *Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias. Tomo I.* U.N.A.M. México, 1982. pp. 1, 2.

A partir del siglo II A.C. comenzó la dominación romana. En materia procesal, en cada ciudad se estableció un gobernador y un legado, autoridad con carácter de jefe militar y a la vez administrador de justicia. Cuando el cristianismo toma fuerza, los obispos son considerados con más jerarquía para resolver conflictos, que el legado; sin embargo, el Derecho Romano y el Germano influyen en las instituciones españolas, y así tenemos el nacimiento de las primeras compilaciones. La de Alarico o también llamado Código de Alarico o Breviario de Aniano, es la más remota. Luego, el concilio de Toledo que aporta un sentido cristiano a la legislación, el Código de Eurico, la Colección de Recaredo I. Chindaswito, que permite el matrimonio entre godos e hispanos. El libro de los Jueces o Fuero Juzgo, establece que pueden impartir justicia: los duques, condes, vicarios de estos, tiufados, mileranios, quingentarios, centenarios, defensores de la ciudad, numerarios y los designados por el rey para la solución de ciertos asuntos, los electos por las partes, los obispos y las curias municipales.

El procedimiento, en el Fuero Juzgo, se iniciaba a petición del actor, se citaba al demandado, contestaba la demanda, ambas partes se presentaban a ofrecer pruebas, si éstas no eran suficientes, el demandado quedaba libre bajo juramento. (119)

Por la importancia del Derecho procesal, se inicia la compilación de normas procesales y la organización de los primeros tribunales, ya que no era conveniente que cada ciudad tuviera distintas normas y procedimientos.

Quando los españoles fueron conquistados por los árabes, los primeros conservaron sus leyes y costumbres en materia procesal. Se aplicaba el Fuero Juzgo, aunque no eran propicias las grandes lagunas en él contenidas, por lo que los hombres prácticos comenzaron a impartir justicia, sus sentencias recibieron el nombre de albedríos, cuando eran dictadas por un árbitro; y fazañas, cuando el juez o el rey las dictaba.

La concesión de tierras al enemigo dio origen a la formación de señoríos, que contaban con sus propios jueces, reservando la apelación al Rey. La legislación procesal se multiplicó, ya que la justicia se administraba por jueces y alcaldes, quienes eran elegidos por la comunidad, distinguiéndose los pueblos por la justicia empleada: realengos, de señorío y de abadengo.

En el Fuero de Fijosdalgo se establece los derechos existentes entre el realengo, abadengo y señorío.

Reviste importancia, en materia procesal el Fuero Viejo de Castilla, del año de 1212. Se refiere a la demanda; el emplazamiento; el juicio; la prueba, los plazos para hacerla; las sentencias; los árbitros, alcaldes y voceros, nombrados por el actor o el demandado; del procedimiento para el cobro de deudas; y del procedimiento en relación con las fianzas y prendas.

La disparidad legislativa, originada por los fueros, trajo como consecuencia una tendencia compiladora, iniciada por Fernando del Santo. Destituyó a los condes o gobernadores vitalicios, estableciendo los alcaldes y jueces, elegidos por el pueblo para actuar por un tiempo determinado.

A lo largo de la historia del Derecho Español, existieron muchos ordenamientos legales, los más importantes fueron:

a.- El Setenario, primer cuerpo de leyes, que agrupó una regla de gobierno establecido para restaurar la fe y acostumar al pueblo al cumplimiento del deber.

b.- En segundo lugar, tenemos al Espéculo, obra de Alfonso el Sabio, que consta de cinco libros, de los cuales el cuarto y el quinto se refieren al procedimiento. Personas que administran la justicia, su nombramiento, deberes, clasificación en Adelantados mayores, jueces encargados de resolver pleitos de gran importancia, jueces menores, alcalde de cortes, alcalde de ciudad, alcalde de villa, alcaldes de avenencia. Se reglamentan los oficios de personero, abogado, escribano, entre otros. Se regula sobre la demanda, emplazamiento, excepciones, prueba, plazos, sentencias, apelaciones y el recurso de nulidad que podía invocarse hasta veinte años después de dictada la sentencia.

c.- Para 1255, Alfonso el Sabio, terminó la compilación denominada Fuero Real o Fuero de las Leyes, de carácter nacional, que los pueblos fueron acogiendo. Consta de cuatro libros. el segundo dedicado al procedimiento, en

donde se señala ante quien debe iniciarse un juicio, quiénes pueden ser demandados, cómo se elaboran los emplazamientos, de las pruebas que pueden ofrecerse, de las sentencias y de la cosa juzgada. Paralelamente a ésta, sirviendo de interpretación y aclaración, surgieron las leyes de Estilo o también llamadas Declaraciones de las Leyes de Fuero Real. Algunos autores pretenden restarles importancia, sin embargo tuvieron gran influencia en la Novísima Recopilación. Contiene 252 leyes, sin sistemática, y en ellas se habla de distintos aspectos, como los abogados y sus honorarios, la forma de presentar una demanda, de los derechos y obligaciones de los alcaldes y alguaciles, de las ventas de almoneda, de la confesión, de la contestación de la demanda, de las costas, días feriados en los juicios, de la sentencia, ejecución de sentencias, apelaciones, embargos, de escribanos, escrituras, rebeldía, recusaciones, recursos del rey contra el juez, testigos, entre otras. (120)

Dada la trascendencia de los procedimientos los españoles contemplan la necesidad de organizarlos para darles la más adecuada solución y terminar con las diversas leyes que en ésta materia existían.

d.- Leyes para los Adelantados mayores, creadas con el objeto de establecer reglas de conducta, para aquellos funcionarios de alto nivel jurisdiccional.

120.- *Ibidem.* pp. 151, 152, 153.

e.- Las Leyes Nuevas de Alfonso el Sabio, se encargan de regular materias diversas como son las dudas que tenían los Alcaldes, tutorías, fiaduras, jura de penitencia, emplazamientos y alzadas.

f.- Ordenamiento de las Tafurerías, compilación formada por cuarenta y cuatro leyes redactadas por un jurisconsulto de siglo XVIII llamado Roldan. Este ordenamiento contenía preceptos de carácter moral, encaminados a regular el juego, el tráfico de dados, abusos, engaños, trampas y pleitos, suscitados como consecuencia de los juegos de azar. Estuvo pocos años en vigor, sin ser substituida por otra ley de ésta naturaleza, al contrario, las leyes siguientes, establecieron la prohibición absoluta de los juegos de azar.

g.- Las Siete Partidas de Alfonso el Sabio, calificada como una obra magna y monumental. A imitación del Digesto quedó dividida en siete partes o partidas, que son: Primera partida, se refiere a todo lo relativo a la fe católica, que permite al hombre conocer a Dios por creencia; se divide en veinticuatro títulos. Segunda Partida, habla de los emperadores y los reyes, que deben mantener la justicia y la verdad en la Tierra; consta de treinta y un títulos. Tercera Partida, habla de la justicia y de cómo debe mantenerse el orden en cada lugar; fundamental para el Derecho procesal; compuesta por treinta y dos títulos. Cuarta Partida comprende lo relativo a los desposorios y casamientos; dividida en veintiocho títulos. Quinta Partida habla de los empréstitos, de las compras, de las ventas y de los cambios; formada por quince títulos. Sexta Partida, no existe el dato de su contenido. La Séptima Partida se refiere a las acusaciones y maleficios que los hombres hacen y la pena generada por ello;

integrada por treinta y cuatro títulos. (121)

Para muchos historiadores las Siete Partidas son lo mejor que sobre procedimientos judiciales existió en esa época. Establecieron un procedimiento ordenado, con gran influencia de las disposiciones romanas, por lo cuál no pudieron superarse los obstáculos para la pronta administración de justicia.

h.- Ordenamiento de Alcalá, producto del reinado de Alfonso XI, obligaba a los pueblos a acatar las disposiciones de los códigos generales. Este ordenamiento hizo obligatoria la aplicación de las Siete Partidas, además de que se corrigió el lenguaje y algunas de sus disposiciones. Como antecedentes de éste ordenamiento se mencionan las Leyes de Villarreal, el Ordenamiento de Segovia, que fijó el orden de los juicios, reglas para los tribunales y sus miembros; el Ordenamiento de las Cortes de Najera, que aseguraba la paz y la tranquilidad del reino, a través de disposiciones que establecían derechos y obligaciones de la nobleza, del soberano, de los vasallos y reglas sobre administración de justicia.

i.- De lo anterior nació el Ordenamiento Real de Alcalá dividido en treinta y dos títulos, estableciendo la derogación de cualquier fuero municipal que lo contradijera.

j.- Ordenanzas Reales de Castilla, también conocidas con el nombre de Ordenamiento Real u Ordenamiento de Montalvo, pues se trata de una compilación hecha por Alfonso Díaz de Montalvo por encargo de los Reyes Católicos. En ella se encuentra agrupadas todas las disposiciones jurídicas, dictadas desde el Fuero Real hasta las Siete Partidas. En el libro III se habla del orden en los juicios civiles y criminales.

k.- En el reinado de los Reyes Católicos, se ordenan ochenta y tres leyes que reciben el nombre de Leyes del Toro, puestas en vigor hasta después de la muerte de éstos. No tenían como fin unificar la legislación existente sino llenar vacíos y dirimir las controversias ocasionadas por la interpretación de las Leyes del Fuero, de las Partidas y de los Ordenamientos.

l.- El siguiente código, en el Derecho Español, fue la Nueva Recopilación, sancionada por el Rey Felipe II. Consta de nueve libros, que regulan la Administración y la Hacienda Pública. Desde su promulgación las Cortes se quejaron de su pronta inobservancia.

ll.- En el reinado de Carlos IV se promulga la Novísima Recopilación, que no es sino una copia de la Nueva Recopilación. Se compone de los siguientes libros: I.- De la Santa Iglesia, sus derechos, bienes, prelados, súbditos, patronato real. II.- De la jurisdicción eclesiástica. III.- Del rey, de su casa y corte. IV.- De la real jurisdicción ordinaria y de su ejercicio en el Supremo Consejo de Castilla. V.- De las cancellerías y audiencias del Reino.

VI.- De los vasallos, obligaciones, cargas y contribuciones. VII.- De los pueblos y de su gobierno civil, económico y político. VIII.- De las ciencias, artes y oficios. IX.- De los juicios civiles, ordinarios y ejecutivos. XII.- De los delitos, sus penas y los juicios criminales.

m.- Con la Constitución de 1812, la judicatura es considerada como un tercer poder, prohibiéndose al Rey y a las Cortes ejercer funciones jurisdiccionales. Se establece que ningún español puede ser juzgado sino por tribunal competente y establecido con anterioridad por la ley. Se creó un Tribunal Supremo de Justicia. Se establece el juicio previo de conciliación. Se le da fuerza a las sentencias o laudos arbitrales.

n.- Constitución de 1837 establece la inamovilidad y responsabilidad judicial, el juicio público. Estas disposiciones pasaron a las Constituciones de 1845 y 1869, que además creó el juicio criminal con jurados.

ñ.- En 1855 se aprueba la ley del enjuiciamiento civil, creada con las siguientes bases, a las que debía sujetarse el procedimiento que son: Establecer reglas que rijan los juicios, algunas de las cuales se tomaron de leyes anteriores. Adopción de medidas rigurosas para la tramitación de los juicios, entre las que se encuentran evitar dilaciones innecesarias. Procurar la economía procesal. Que las pruebas sean públicas para los litigantes, para que estén en posibilidad de presentar contraindicaciones. Que las sentencias se dicten de manera fundada. Que no existan más de dos instancias. Facilitar el recurso de

nulidad, para que los interesados alcancen la justicia. Hacer extensiva la observancia de ésta ley en todos los tribunales. (122)

Estas compilaciones y ordenanzas del procedimiento español, fueron necesarias para dar seguridad y orden en una sociedad en donde existieron tantas disposiciones procesales como ciudades en donde aplicarlas.

Muchas de las disposiciones analizadas son antecedente de normas que aún nos rigen, sin embargo sólo se reglamenta lo relativo al procedimiento en general, pero en relación al Derecho Procesal Familiar, no tenemos ninguna noticia. Suponemos que por la importancia que la Iglesia representa para éste pueblo, las cuestiones relativas a la familia eran reservadas a las autoridades eclesiásticas y no a las que se encargaban de asuntos civiles o criminales. No obstante, algunas de los preceptos dictados para el procedimiento español, se siguen aplicando tanto en el procedimiento civil como en el familiar.

En el Derecho Español, al igual que en el Romano, la jurisdicción familiar estaba reservada a la autoridad paterna, en los primeros tiempos, y a la Iglesia posteriormente, pues se trata de un pueblo eminentemente católico en donde el carácter sacramental del matrimonio, produjo que la Iglesia se encargara de todas las relaciones y conflictos que derivaban de él. Al respecto Guillermo Floris Margadant manifiesta:

122.- *Ibidem. pp. 159, 160, 163 passim.*

" Con el auge del sistema canónico y como respuesta al deseo del público de ver sus litigios resueltos en un ambiente de mayor objetividad, equidad y tecnicidad, en Europa Occidental, los tribunales de la Iglesia comenzaron a abrir sus puertas a casos extra-eclesiásticos . Gracias a ésta política de puerta abierta la justicia eclesiástica pudo contribuir a la moralización de la vida, además de fortalecer el prestigio social de la Iglesia.

En la península ibérica, en parte gracias al matrimonio entre los Reyes Católicos, habían comenzado a estructurarse estados seculares, en donde la justicia eclesiástica reclamaba para si: los litigios internos de la Iglesia; los litigios contra legos que afectaban intereses patrimoniales de la Iglesia y de sus suborganizaciones; los procesos civiles o penales, en los cuales clérigos figuraran como actores o demandados; controversias relacionadas con el matrimonio, por ser éste un sacramento; pleitos relacionados con la aplicación del Derecho familiar en general; asuntos sucesorios; defensa de intereses de personas ausentes, viudas y huérfanos." (123)

La postura de la Iglesia apoya nuestra tesis en el sentido de que el procedimiento familiar merece un tratamiento especial, por los intereses que están en juego, los de la familia. Desde los tiempos más remotos hemos visto

123.- Margadant S., Guillermo Floris. "El Recurso de Fuerza en la época Novohispana". Medio Siglo de la Revista de la Facultad de Derecho. ed. especial. Facultad de Derecho. U.N.A.M. México, D.F. 1991. pp. 667, 668.

como los jueces y tribunales que conocían de causas civiles y criminales, no resuelven asuntos de Derecho procesal familiar, reservándose éste para un tribunal distinto, especial, que en éste caso es el Tribunal eclesiástico.

En México, hoy en día, tenemos Tribunales especializados que se encargan de resolver conflictos de carácter familiar, sin embargo a esos tribunales le falta la herramienta más importante, en la que se establezcan las facultades del juez familiar; las distintas clases de procesos familiares; los principios rectores; pasos a seguir dependiendo del negocio a tratar; las pruebas a ofrecer; etc. normas que van a ser dadas por el Derecho procesal familiar.

Para el estudio del procedimiento en México debemos dividir dos etapas importantes, antes y después del descubrimiento de América. En la primera etapa veremos como nuestros indígenas contaban con normas procesales aplicables a distintos tipos de juicios, entre ellos el procedimiento familiar; en la segunda analizaremos como los españoles en su afán de colonizar y cristianizar a los pueblos descubiertos imponen sus costumbres, legislaciones y lengua borrando todo vestigio de las normas que imperaban hasta antes de su llegada.

G).- PROCEDIMIENTO EN MÉXICO.- En éste apartado, estudiaremos la evolución que ha tenido el procedimiento en México, hasta llegar al punto exacto donde el procedimiento familiar se separa del procedimiento civil.

1.- EL PROCEDIMIENTO EN LA EPOCA PREHISPANICA.- En la Ciudad de México existía un tribunal, denominado tecuchtlí, compuesto de cuatro jueces competentes para conocer asuntos civiles y criminales, actuando como un tribunal colegiado. El procedimiento era oral, algunas veces se levantaban actas mediante geroglíficos, no podía durar más de 80 días, plazo que recibía el nombre de naphuacatolli. Podían ofrecerse como pruebas testimonios, confesiones, presunciones, careos, a veces documentos y posiblemente el juramento liberatorio. Conocieron la apelación, interpuesta ante el tribunal superior, llamado cihuacoatlí, compuesto por doce jueces.

Llamaban tecpóyotl al pregonero que publicaba las sentencias. Otra autoridad era el centectlapixque, elegido por los vecinos del calpulli, su función era vigilar a cierto número de familias y dar cuenta de sus acciones a los jueces.

En Texcoco conocían de asuntos de menor cuantía dos jueces, que no podían sentenciar sin acuerdo del Rey.(124)

Paralelamente a la justicia común, encontramos la justicia especial, para sacerdotes, asuntos mercantiles surgidos en el tianguis, delitos de indole militar, asuntos tributarios y asuntos familiares. Tribunales creados especialmente para la solución de juicios determinados. Juzgaban en el palacio del Rey que

124.- Chavero, Alfredo. Resumen Integral de México a través de los siglos. Tomo I. Historia Antigua. 5ª ed. Ed. Compañía General de Ediciones, S.A. México 1963. pp. 291, 292.

contenía tres salas, con un total de doce jueces. Estos eran designados por el Rey para la solución de asuntos que salían de lo común. (125)

Por desconocimiento de la escritura la costumbre era la ley suprema que regía los actos de los mexica y guiaba las sentencias de los jueces.

La existencia organizada y legal de la familia, cuyo origen era el matrimonio, era la base de la sociedad mexica. Solo los guerreros distinguidos, dignatarios y reyes practicaban la poligamia. Se permitía la disolución del vínculo matrimonial, por causas como la incompatibilidad, esterilidad, pereza de la mujer, incumplimiento económico, etc.. El procedimiento de divorcio se llevaba a cabo, con la intervención del petamuti, tribunal especial para la solución de conflictos en materia familiar, que los amonestaba las tres primeras veces y la cuarta decretaba el divorcio. (126)

La existencia de tribunales especialmente dedicados a la solución de conflictos en materia familiar, dentro del Derecho procesal azteca, es el primer antecedente cierto de la separación entre el procedimiento civil y el familiar. Posición que apoya nuestra investigación doctoral, en el sentido de que se trata de procedimientos distintos por la importancia que representa la familia. Esta

125.- Margadant S., Guillermo Floris. *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*. Octava ed. Ed. Esfinge S.A. México, D.F. 1988. pp. 23, 25, 26

126.- Chavero, Alfredo. *ob. cit.* pp. 293, 360.

debe contar con normas especiales para la solución de sus conflictos, normas que deben ser creadas por el Derecho procesal familiar.

En el año de 1432 navegantes portugueses descubrieron las islas Madera y Azores, primer paso que llevaría, años después, al descubrimiento del Nuevo Continente.

Paralelamente la nación azteca difundía sus dominios y cultura, sin imaginar que iba a encontrarse, frente a frente, con otro movimiento expansionista, más poderoso por contar con armas y técnicas de destrucción superiores. Este encuentro de dos mundos fue interpretado en formas distintas, los aztecas creyeron que los forasteros llegados por las costas del Golfo eran dioses que regresaban a ellos. Los españoles tuvieron por bárbaros a los aztecas y vieron en ellos la posibilidad de adueñarse de sus riquezas, imponiéndoles nuevas formas de vida. (127)

Este descubrimiento mirase por los conquistadores como una inagotable fuente de riquezas, no sólo de tipo natural sino también por la que representaban sus habitantes, que comenzaron a ser trasladados hacia España para venderlos como esclavos.

127.- León Portilla, Miguel. La Visión de los Vencidos. Relaciones Indígenas de la Conquista. 8ª ed. U.N.A.M. México, 1980. pp. 176, 177.

La superioridad de la civilización española facilitó en gran medida la conquista del nuevo mundo al que llamaron Nueva España. La religión fue el instrumento que les aseguro el dominio de las nuevas tierras, la propagaban con gran rapidez por el espíritu religioso de los Reyes de España, pero también por ser el vínculo más eficaz de asegurar la obediencia de los súbditos. (128)

A la llegada de los españoles a América, se encontraron con costumbres completamente distintas a las suyas, y en su labor de colonización y cristianización de los pueblos descubiertos dieron a conocer las reglas imperantes en el país del que procedían.

2.- **LEGISLACION COLONIAL.-** Como consecuencia del descubrimiento de América, fue necesario para los lugares conquistados y sujetos al dominio español, crear cédulas, provisiones, ordenanzas, de acuerdo a lo que pedían las circunstancias. Estas disposiciones dispersas, con el paso del tiempo llegaron a un número excesivo, creando confusión y dificultad en el momento de aplicarlas, motivo por el cuál en 1552 comenzaron a ordenarlas surgiendo la Recopilación de Indias, cuerpo de leyes que se aplicó en la Nueva España. (129)

128.- *Riva Palacio, Vicente. Resumen Integral de México a través de los siglos. Tomo II. El Virreinato. 5ª ed. Compañía general de Ediciones S.A. México D.F. 1963. pp. 8, 9*

129.- *Alvarez, José Maria. ob. cit. pp. 12, 13.*

Compuesta por nueve libros, cuyo contenido es el siguiente: el libro primero: de la santa fe católica; en el segundo: de las leyes, provisiones, cédulas y ordenanzas reales; en el tercero: del dominio y jurisdicción real de las Indias; en el cuarto: de los descubrimientos; el quinto de los términos, divisiones y agregación de las gobernaciones, de los alcaldes mayores y ordinarios, de los alguaciles, de los escribanos, competencias, pleitos y sentencias, de las recusaciones, de las apelaciones; en el sexto: de los indios; en el séptimo: de los pesquisadores y jueces de comisión; en el octavo: de las contadurías de cuentas y sus ministros; en el noveno: de la real audiencia y de la Casa de Contratación de Sevilla. (130)

Los órganos de la justicia eran, por un lado en España: el Consejo de Indias, la Casa de Contratación de Sevilla y la Junta de Guerra de Indias; en América: las Audiencias, La junta Superior de Real Hacienda, además de numerosos magistrados.

En el año de 1524 se creó el Consejo de Indias con facultad para elaborar leyes, con la autorización del rey; control sobre todos los tribunales en América; jurisdicción suprema en las Indias y sobre sus naturales, sujetando a él la audiencia de la casa de contratación de Sevilla, declarando inhibidos a todos los consejos y tribunales de España, de tomar conocimiento en lo relacionado en las Indias.

130.- *Becerra Bautista, José. El Proceso Civil en México. 6ª ed. Ed. Porrúa S.A. México, D.F. 1977. pp. 251, 252, 253.*

El Consejo de Indias era un cuerpo legislativo y a la vez el Tribunal Superior donde se estudiaban todos aquellos casos, que por apelación llegaban a él. Los magistrados del Consejo, debían administrar justicia de manera independiente a amistades, intereses o parentesco, y estaba severamente penado que recibiesen dinero, dádivas, regalos, tierras, etc.. El número de estos variaba dependiendo de la extensión de los virreinos y de las necesidades de la administración de justicia.

En América, la Audiencia de México, estaba integrada por un virrey y ocho oidores, que formaban salas para el conocimiento de los juicios civiles y criminales.

Como complemento, en la organización judicial existían: jueces que integraban la organización del Cabildo; alcaldes ordinarios, que se encargaban de los juicios civiles y criminales de primera instancia; alcaldes de la Santa Hermandad; jueces de nombramiento real; jueces ordinarios eclesiásticos, como los arzobispos, obispos y vicarios.

La normas procesales, se aplicaban con marcada influencia del procedimiento español. Algunas causas se tramitaban con más rapidez y sin tantas formalidades, como el caso de los alcaldes de la santa hermandad; otros juicios se resolvían sumariamente y a verdad sabida. Procuraban rodear al procedimiento de garantías, para evitar que se cometieran injusticias,

procurando que todos tuvieran la oportunidad de defenderse. (131)

Con la llegada de los españoles, a tierras mexicanas, no sólo implantaron sus costumbres sino también sus leyes. Por lo anterior y no obstante haber encontrado el antecedente más remoto de la separación entre el proceso civil y el familiar con los aztecas, quiénes consideraban a la familia tan importante que existía un tribunal especializado para la solución de sus conflictos, ésta especialización se perdió, pues los españoles no contaban con un juez especializado en conflictos familiares.

Los conflictos familiares, debido a la marcada influencia del procedimiento español, creemos fueron resueltos por tribunales eclesiásticos, como ocurría en España. Aún cuando los aztecas presentaban, en materia procesal familiar, un avance notable, respecto a sus conquistadores, estos no lo tomaron en cuenta y reservaron la solución de los conflictos de tipo familiar a la autoridad eclesiástica, para posteriormente mezclar, hasta nuestros días, el procedimiento civil y el familiar, que nada tienen en común.

En materia procesal familiar, la conquista generó un severo retroceso, pues los aztecas, con gran visión y buscando la protección de la familia mexicana, reservaba la solución de sus conflictos a un juez distinto del civil, por considerar a la familia azteca, merecedora de un trato especial.

131.- Falcon, Enrique M. *Derecho procesal civil, comercial y laboral. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, República Argentina 1978. pp. 43, 44, 45.*

3.- ÉPOCA INDEPENDIENTE.- Durante la época de dominación española, el procedimiento se reguló por las leyes de la metrópoli, con modificaciones mínimas, habiendo perdurado la vigencia de esas leyes aún después de consumada la Independencia. (132)

Consumada la Independencia, inició la discusión sobre la forma de gobierno. Adoptado el federalismo, se establece un poder judicial federal y poderes judiciales locales en cada entidad, mientras se logra su establecimiento definitivo siguen funcionando las audiencias.

En la Constitución de 1824, se establece que el poder judicial federal se depositará en la Corte Suprema de Justicia, tribunales de circuito y en los juzgados de distrito. Al año siguiente se instaló la Suprema Corte y posteriormente los tribunales restantes; en los Estados de la República, también fueron poco a poco surgiendo los tribunales federales. Al establecerse la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desaparece la Audiencia de México. (133)

132.- Sordo Noriega, Francisco. *Evolución del Derecho Mexicano (1912 -1942). "Procedimientos Civiles". Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho. Vol. IV. Tomo II. Ed. Jus. México D.F. 1943. p. 116*

133.- Soberanes Fernández, José Luis. *"Notas sobre el origen del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal". Estudios Jurídicos en homenaje al maestro Guillermo Floris Margadant. Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F. 1988. pp. 415, 416.*

Al triunfo de la Revolución Juan Alvarez, en su calidad de Presidente interino, expidió el 22 de noviembre de 1855 una ley sobre **"administración de justicia y orgánica de los Tribunales de la Federación"**.

El 4 de mayo de 1857, Ignacio Comonfort, expidió la ley **"los procedimientos judiciales en los negocios que se siguen en los tribunales y juzgados del Distrito y Territorios"**, aún cuando no se le puede considerar como un Código de Procedimientos Civiles, propiamente dicho, reglamenta la actividad judicial, inspirándose en la Ley del Enjuiciamiento Civil de 1855.

El primer **Código Procesal Civil para el Distrito y Territorio de la Baja California**, se expidió el **15 de agosto de 1872**, se dividió en XX títulos. El título XX, por primera vez, regula instituciones de Derecho familiar, dentro del procedimiento denominado de Jurisdicción Voluntaria, cuyos capítulos son los siguientes: I.- Disposiciones Generales. II.- De los alimentos provisionales. III.- De la declaración de Estado. IV.- Del nombramiento de tutores y del discernimiento del cargo. V.- Del nombramiento de curador y del discernimiento de éste cargo. VI.- Disposiciones comunes a los dos capítulos anteriores. VII.- De la venta y gravámen de los bienes de menores. VIII.- De la emancipación. IX.- De los procedimientos judiciales para suplir el consentimiento de los ascendientes y tutores para contraer matrimonio. X.- De los depósitos de personas. XI.- De las informaciones para obtener dispensa de la ley. XII.- De la habilitación para comparecer a juicio.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales de 1880, cuya única diferencia con el anterior, fue la adición de un título denominado de las tercerías. El capítulo de la Jurisdicción voluntaria, que regulaba algunas de las instituciones de Derecho familiar, paso a ser el título **XXI**.

El 15 de mayo de 1884 se expidió un nuevo Código de Procedimientos Civiles. Establece el sistema escrito para todas las controversias, debido a las demoras en los procedimientos provocadas por las disposiciones del Código Procesal de 1872.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales promulgado el 29 de agosto de 1932. No se implantó abiertamente el sistema del proceso oral, ni el de proceso escrito. En los juicios sumarios se establece que se tramiten de manera oral; en los juicios ordinarios se permite un sistema híbrido, en donde el Juez en el momento de admitir las pruebas, determina si el procedimiento se lleva a cabo en forma oral o escrita.

En cuanto a las instituciones de Derecho familiar se regulan en el capítulo de Jurisdicción Voluntaria, como en el Código de Procedimientos Civiles de 1872; sin embargo la comisión redactora olvido reglamentar el procedimiento de rectificación de actas del Registro Civil y la licencia para que los menores contraigan matrimonio, no obstante que el Código Civil de 1928

expresó que habían de establecerse en el Código procesal. (134)

Dentro de los Códigos de Procedimientos Civiles promulgados después de la Independencia de México, no se tomo en cuenta la problemática que presentan los juicios de carácter familiar, siendo tratados igual que cualquier otro asunto. Encargado la solución a jueces sin ninguna especialidad en la materia, ya que lo mismo resolvían sobre el cumplimiento de un contrato que sobre la disolución de un vínculo matrimonial.

Una de las legislaciones, que consideramos importante señalar, por la importancia que tiene para el Derecho Procesal Familiar es el **Código del Menor para el Estado de Guerrero de 1956**. En sus disposiciones se plantea una verdadera protección al menor, y dentro de él encontramos las siguientes normas de Derecho procesal familiar.

Al admitir la demanda de divorcio, voluntario o necesario, el Juez resolverá de plano las cuestiones relativas a los menores y suspenderá el procedimiento por seis meses, para que los cónyuges reflexionen sobre las consecuencias de una separación definitiva. Transcurrido éste plazo y dentro de los quince días siguientes, cualquiera de los cónyuges podrá reiniciar la tramitación del juicio, de lo contrario caducará la instancia. (135)

134.- Sordo Noriega, Francisco. *ob. cit.* pp. 117, 118, 121, 122, 123, 124.

135.- Güitrón Fuentesvilla, Julián. *Derecho Familiar: ob. cit.* pp. 130, 131.

El tratamiento especial que el Código del Menor da al procedimiento de divorcio, es fundamental para probar nuestra posición ideológica personal, de que los procedimientos familiares merecen un régimen jurídico especial. Los procedimientos familiares son distintos de los civiles, por lo que deben ser separados y debe crearse una nueva rama del Derecho procesal, el procesal familiar que se encargue de otorgar a la familia en conflicto, la solución más adecuada a la célula más importante de la sociedad.

Dentro del Derecho mexicano es el primer antecedente donde se le da un tratamiento especial a un juicio de carácter familiar.

Para el Derecho Procesal Familiar, y para la presente investigación doctoral, el año de 1971 significa un gran avance para la separación del procedimiento civil y el familiar ya que por iniciativa de la XLVIII Legislatura de la Cámara de Senadores de fecha 29 de diciembre de 1970, aprobada el 16 de febrero de 1971 y publicada en el Diario Oficial del 18 de marzo de ese mismo año se establece, al reformar la **Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito y Territorios Federales**, la creación una nueva categoría judicial denominada Jueces Familiares y como consecuencia el nacimiento de nueve Juzgados de lo Familiar.

Esta reforma fue consecuencia de la preocupación del presidente de la República Mexicana, Licenciado Luis Echeverría Álvarez, quién desde su campaña presidencial mostró gran preocupación por el resblandecimiento de la familia.

Según la Cámara de Senadores, la creación de los Juzgados Familiares obedecía a que las tendencias modernas del Derecho civil buscan la separación de las normas del Derecho familiar, tanto por su destacada importancia como por la necesidad de un tratamiento especial en todo lo relativo al grupo fundamental de la sociedad: la familia.

Con ésta reforma se busca dar a la niñez, a la juventud y en general a la familia una adecuada protección, a través de la creación de tribunales especiales competentes en problemas de Derecho familiar, para beneficio propio y de la sociedad.

Hasta ésta reforma, algunas cuestiones relativas a menores e incapaces, que requerían de una intervención judicial, eran resueltas por los llamados jueces pupilares. Las demás asuntos referentes a la familia, como divorcios, nulidades de matrimonio, adopciones, entre otras instituciones, eran competencia de los jueces civiles. Sin embargo los senadores consideraron que la autonomía del Derecho familiar debía reflejarse en los órganos judiciales y en la especialización de quienes conocían de conflictos familiares; con esto pretendían lograr una mejor impartición de justicia, en la medida en que los jueces familiares se especializaran y dedicaran todo su esfuerzo al conocimiento de problemas familiares, olvidando los problemas civiles y mercantiles que hasta entonces absorbían todo su tiempo. Igualmente los juzgadores en ésta materia, deben tener distinto criterio al de los civilistas.

Esta iniciativa modificó la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito y Territorios Federales, creando la categoría particular de jueces familiares, quienes se encargarían de conocer de los negocios de jurisdicción voluntaria relacionados con el Derecho familiar; juicios contenciosos relativos al matrimonio y divorcio, incluyendo los que se refieran al régimen de bienes en el matrimonio; de los que tengan por objeto modificaciones o rectificaciones en las actas del Registro Civil; de los que afecten al parentesco, a los alimentos, a la paternidad y a la filiación legítima, natural o adoptiva; de los que tengan por objeto cuestiones derivadas de la patria potestad, estado de interdicción y tutela y las cuestiones de ausencia y presunción de muerte; de los que se refieran a cualquier cuestión relacionada con el patrimonio de familia, como su constitución, disminución, extinción o afectación en cualquier forma; de los juicios sucesorios; de los asuntos judiciales concernientes a otras acciones relativas al estado civil, a la capacidad de la personas y las derivadas del parentesco; de las diligencias de consignación en todo lo relativo al Derecho familiar: de la diligencia de los exhortos, suplicatorias, requisitorias y despachos, relacionados con el Derecho familiar; de las cuestiones relativas a los asuntos que afecten en sus derechos de persona a los menores e incapacitados; así como, en general, todas las cuestiones familiares que reclamen la intervención judicial.

Los juzgados familiares, señalaron los senadores, deben estructurarse con finalidades tendientes a realizar no sólo la especialización, sino también atender los conflictos con el ánimo de que la impartición de justicia en materia familiar, se lleve a cabo con espíritu humano, altruista y justiciero. Recuérdese la naturaleza especial de éste segmento de la sociedad.

Como consecuencia de ésta iniciativa, los tres juzgados pupilares existentes, se convirtieron en familiares. Dos juzgados civiles, fueron transformados en familiares. Se creó un sexto juzgado familiar. En el partido judicial de Coyoacán se estableció un juzgado familiar. En los partidos judiciales de Xochimilco y Alvaro Obregón se establecieron jueces mixtos de lo familiar y de lo civil. Así mismo se propuso que dos de las Salas del Tribunal Superior se encargaran exclusivamente de asuntos de Derecho familiar.

La reforma analizada fue aprobada por unanimidad de votos y pasó a la Cámara de diputados.(136)

En la Cámara de diputados al analizar las reformas hechas a la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito y Territorios Federales, proponiendo la creación de los jueces familiares, señalaron la alta misión de conciliar los intereses de la familia, que al entrar en conflicto amenazan su estabilidad y requieren la intervención de técnicas especializadas en ésta materia, con la experiencia suficiente como para salvaguardar la integridad de la familia y con ello fortalecer la base de una sociedad como la nuestra. Los problemas que directa o indirectamente afectan a la célula familiar, repercuten en toda la sociedad, por lo tanto, sabedores de la necesidad de fortalecer a la sociedad se busca la protección de la familia.

136.- *Memoria de la XLVIII Legislatura. 1970 - 1973. Cámara de Senadores. ob. cit. pp. 880, 881, 882, 883, passim.*

Los ciudadanos diputados aprobaron las reformas a la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito y Territorios Federales, el 23 de febrero de 1971 por unanimidad de votos. (137)

La iniciativa para crear los juzgados familiares fue buena; las razones expuestas por senadores y diputados demuestran que buscaban la protección de la familia; sin embargo, establecer nueve juzgados especializados para resolver cuestiones relativas a la familia, no fue suficiente. En ninguna parte de la exposición de motivos o del proyecto de decreto se señaló cómo iban a alcanzar la especialización los nuevos jueces familiares. Algunos de ellos eran, hasta entonces, jueces civiles o pupilares que de un día a otro se convirtieron en jueces familiares. Tampoco se pensó en crear la herramienta con la que iban a trabajar los nuevos jueces familiares, es decir, una ley adjetiva, un Código de Procedimientos Familiares. Las leyes para la solución de conflictos de carácter familiar no son especializadas, se juzga con las normas y procedimientos civiles y de derecho común y no con criterios especiales que desde nuestro punto de vista, deben plasmarse en un Código de Procedimientos Familiares, pues no es congruente resolver con una ley adjetiva civil.

La creación del Derecho procesal familiar, Derecho procesal compuesto por normas especializadas para resolver conflictos de carácter

137.- *Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. XLVIII Legislatura. ob. cit. pp. 3, 4.*

familiar es la razón de ésta tesis doctoral. Nuestra posición ideológica y personal en ella, es demostrar que los conflictos presentados en el seno de la familia, son distintos de los presentados en Derecho civil por lo tanto los primeros no pueden someterse a normas de orden eminentemente patrimonial.

Sostenemos que los jueces familiares deben ser verdaderos especialistas en Derecho familiar y en procesal familiar, y ésta especialización no se logra por decreto, es necesario que se les dé todo el apoyo necesario para que estén consientes de que resuelven problemas de la célula más importante de la sociedad, y con tal delicadeza debe ser tratada. En ésta investigación demostraremos que el Derecho procesal familiar es distinto del procesal civil, de donde se infiere la necesidad de un Código de Procedimientos Familiares que contenga normas de Derecho procesal familiar.

Hoy en día continuamos resolviendo los conflictos del orden familiar, con los procedimientos y las normas del Derecho civil y del Derecho común, y no por reglas especializadas.

Por lo anterior sostenemos nuestra propuesta de promulgar un Código de Procedimientos Familiares para el Distrito Federal, y después uno para cada Estado de la República Mexicana, que contenga normas especiales para resolver cuestiones relativas a la familia, pues es innegable la especial naturaleza jurídica del Derecho familiar y del Derecho procesal familiar.

Como consecuencia de las reformas a la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito y Territorios Federales de 1971 que creó los jueces familiares y cómo resultado los juzgados familiares, se produjeron varias reformas tanto al Código Civil como al de Procedimientos Civiles, para establecer dentro de diversos artículos la denominación de juez familiar. La más importante de éstas reformas, de 1973 cuando por iniciativa del Presidente de la República Mexicana Luis Echeverría Alvarez, se somete a la consideración de la Cámara de Senadores, un proyecto para adicionar al Código de Procedimientos Civiles el título denominado "**De las Controversias Familiares**", manifestando en la exposición de motivos que el Estado no puede ser indiferente a la necesidad de fortalecer la unidad familiar, buscando a través de procedimientos judiciales modernos, garantizar los derechos de todo ciudadano. Dado que es imposible evitar conflictos familiares, el órgano jurisdiccional debe abocarse a eliminar formalidades innecesarias y gravosas que entorpezcan o impidan la impartición de la justicia. Esta iniciativa otorga, por primera vez, al juez una activa participación a través del ejercicio de facultades discrecionales que le permitan adentrarse mejor a los conflictos y dictar sentencias más cercanas a la verdad. Se propone la oralidad, de tal forma que el procedimiento se agote en una sola audiencia.

Los ciudadanos Senadores, al conocer la adición al Código de Procedimientos Civiles del capítulo "De las Controversias Familiares", manifestaron que era adecuada para la protección de la estructura de la vida familiar. El Estado preocupado de robustecer la unidad familiar, busca procedimientos judiciales modernos, garantizando los derechos ciudadanos y

eliminando formalidades innecesarias para dilucidar la justicia en todos aquellos conflictos familiares. (138)

En el estudio de dicha iniciativa los Senadores coincidieron en señalar al capítulo "De las Controversias Familiares" como uno de los más importantes y manifestaron : " Claro y encomiable resulta, que en una administración pública, como la que nos gobierna, en la que la familia se respeta, para hacerla cada día más respetable, a través de los regímenes legales que su estabilidad y concierto reclaman, fincando en ella el nexo indestructible y el pivote de la solidaridad humana, se contemplara la necesidad de resolver sus controversias, para que éstas desaparezcan, se amengüen y solucionen en el menor tiempo posible, con los menores perjuicios y con la atingencia jurídica que es menester para que no se rompa su equilibrio. Por ello, proponemos la aprobación de las facultades discrecionales que se otorgan al juez; se disminuyan las formalidades; se acepte la oralidad con una sola audiencia; se evite la dilación con breve lapso para la sentencia; para que no se acepte con una recusación, excepciones dilatorias, incidentes fútiles, obstaculicen las medidas que urgentemente deben tomarse en bien de ese núcleo social tan importante.

Con cuanta razón el contenido de los artículos del 940 al 956 propuestos, incidiendo en el orden público de los problemas familiares, faculta al Juez para intervenir de oficio, sobre todo tratándose de menores y alimentos.

Los derechos que derivan del régimen familiar, hacen que se proponga la eliminación de formalidades para su declaración o preservación. Se permiten las demandas por comparecencia, con término brevísimo para aportar pruebas y fijar la posibilidad de audiencias. Puede recaer desde luego el señalamiento de una pensión provisional destinada a alimentos. La ignorancia o la pobreza, ahora pueden subsanarse y protegerse con defensorías de oficio. La facilidad para las pruebas; la de las audiencias, con el cercioramiento que el Juez puede tener con el auxilio de trabajadoras sociales, le permitirá, a todas luces, adentrarse en la veracidad de los hechos sobre los que ha de juzgar, contando para ello con su libertad para el examen de los testigos. Procedimiento fácil, corto, cognoscitivo hasta el fondo de las pasiones y de las circunstancias, que al contemplarse y no perderse de vista en el corto espacio de tiempo que se fija para la audiencia, podrá permitir que el Juez, con la ética de su inspirado apego a la verdad del problema, pueda decidir con acierto y dejar incólume la razón de ser el poder ser de la familia.

Valga lo expuesto para suplicar a esta Honorable Asamblea apruebe el Proyecto que se presenta a vuestra consideración . Al hacerlo, tengo la convicción de que, Gobierno y Gobernados, ligados por el diálogo realista y veraz de sus representantes, al impulso de la Iniciativa del Jefe del Ejecutivo, conjugan ahora en la nueva normatividad instrumentos legales que se ponen al servicio de una mejor a administración de justicia." (139)

La iniciativa que adiciona el capítulo "De las Controversias Familiares", se aprobó, en la Cámara de Senadores, por unanimidad de 52 votos y pasó a la Cámara de Diputados.

En la Cámara de Diputados se turnó, para su estudio, dictamen y análisis, a la Comisión Primera de Justicia y de Estudios Legislativos, manifestando que la adición trata de un aspecto de fundamental importancia social, al implantar un capítulo sobre las controversias del orden familiar, para evitar en lo posible el quebrantamiento de la unidad de la familia mexicana. Es correcta la adición del capítulo "De las Controversias Familiares". (140)

Los diputados estudiaron durante los días 16, 20 y 22 de febrero de 1973, las reformas y adiciones propuestas por el Ejecutivo, entre las que se encontraba la adición al Código de Procedimientos Civiles del capítulo "De las Controversias Familiares"; sin embargo, no le prestaron mayor atención, pues ninguno de los Diputados que intervino, comento nada al respecto.

Llamó más la atención de los señores diputados la reforma al artículo 110 del Código de procedimientos civiles proponiendo que las notificaciones se hicieran en un lapso no mayor de tres días, imponiendo como sanción, la destitución del cargo al infractor cuando reincida en más de tres ocasiones. Esta

140.- *Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. ob. cit. p. 12*

reforma ocupó las discusiones en la Cámara de Diputados, durante tres días, pasando desapercibidas las reformas en materia procesal familiar. A los diputados les importo más la sanción que se imponía a los actuarios incumplidos, que el bienestar y la protección jurídica de su familia.

La iniciativa comprendía la adición del artículo 940 al 956 del Código de Procedimientos Civiles, cuyo texto era el siguiente:

"Título Décimo Sexto

Capítulo Único.

De las Controversias de Orden Familiar.

Artículo 940.- Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad.

Artículo 941.- El Juez de lo Familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores y alimentos, decretando las medidas que tienda a preservarla y a proteger a sus miembros.

En los mismos asuntos, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el juez deberá exhortar a los interesados a lograr un advenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento.

Artículo 942.- No se requieren formalidades especiales para acudir ante el Juez de lo Familiar cuando se solicite la declaración, preservación o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una

obligación, tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de maridos, padres y tutores, y en general todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial.

Artículo 943.- Podrá acudir al Juez de lo Familiar por escrito o por comparecencia personal en los casos urgentes a que se refiere el artículo anterior, exponiendo de manera breve y concisa los hechos de que se trate. Con las copias respectivas de esa comparecencia y de los documentos que en su caso se presenten se correrá traslado a la parte demandada, la que deberá comparecer, en la misma forma dentro del término de nueve días. En tales comparecencias las partes deberán ofrecer las pruebas respectivas. Al ordenarse ese traslado, el Juez deberá señalar día y hora para la celebración de la audiencia respectiva. Tratándose de alimentos, ya sean provisionales o los que se deban por contrato, por testamento o por disposición de la Ley, el Juez fijará a petición del acreedor, sin audiencia del deudor y mediante la información que estime necesaria, una pensión alimenticia provisional, mientras se resuelve el juicio.

Será optativa para las partes acudir asesoradas y en ese supuesto, los asesores necesariamente deberán ser Licenciados en Derecho, con cédula profesional. En caso de que una de las partes se encuentre asesorada y la otra no, se solicitarán de inmediato los servicios de un Defensor de Oficio, el que deberá acudir, desde luego, a enterarse del asunto, disfrutando de un término que no podrá exceder de tres días para hacerlo, por cuya razón se diferirá la audiencia en un término igual.

Artículo 944.- En la audiencia las partes aportarán las pruebas que así procedan y que hayan ofrecido, sin más limitación que no sean contrarias a la moral o estén prohibidas por la Ley.

Artículo 945.- La audiencia se practicará con o sin la asistencia de las partes. El Juez, para resolver el problema que se le plantee, podrá cerciorarse personalmente o con auxilio de trabajadores sociales, de la veracidad de los hechos, quienes presentarán el trabajo que desarrollen en la audiencia, pudiendo ser interrogados por el Juez y por las partes. Su intervención tendrá el valor de un testimonio de calidad, quedando su valoración a lo dispuesto por el artículo 419. En el fallo se expresarán en todo caso los medios y pruebas en los que se haya fundado el Juez para dictarlo.

Artículo 946.- El Juez y las partes podrán interrogar a los testigos con relación a los hechos controvertidos, pudiéndoles, hacer todas las preguntas que juzguen procedentes, con la sola limitación a que se refiere el artículo 944.

Artículo 947.- La audiencia se llevará a cabo dentro de los treinta días contados a partir del auto que ordene el traslado, en la inteligencia de que la demanda inicial deberá ser proveída dentro del término de tres días.

Artículo 948.- Si por cualquier circunstancia la audiencia no puede celebrarse, ésta se verificará dentro de los ocho días siguientes. Las partes deberán presentar a sus testigos y peritos, de manifestar bajo protesta de decir verdad no estar en aptitud de hacerlo, se impondrá al Actuario del Juzgado la obligación de citar a los primeros y de hacer saber su cargo a los segundos, citándolos asimismo, para la audiencia respectiva, en la que deberá rendir dictamen. Dicha citación se hará con apercibimiento de arresto hasta por quince

días, de no comparecer el testigo o el perito sin causa justificada y al promovente de la prueba, de imponerle una multa hasta de tres mil pesos en caso de que el señalamiento de domicilio resulte inexacto, o de comprobarse que se solicitó la prueba con el propósito de retardar el procedimiento, sin perjuicio de que se denuncie la falsedad resultante. Las partes, en caso de que se ofrezca la prueba confesional, deberán ser citados con apercibimiento de ser declaradas confesas de las posiciones que se les articulen y sean calificadas de legales, a menos que acrediten justa causa para no asistir.

Artículo 949.- La sentencia se pronunciará de manera breve y concisa, en el mismo momento de la audiencia de ser así posible o dentro de los ocho días siguientes.

Artículo 950.- la apelación deberá interponerse en la forma y términos previstos por el artículo 691.

Cuando la tramitación del juicio se haya regido por las disposiciones generales del Código, igualmente se regirá por éstas disposiciones, por lo que toca a los recursos; pero en todo caso, si la parte recurrente careciere de abogado, la propia Sala solicitará la intervención de un Defensor de Oficio, que gozará de un plazo de tres días más para enterarse del asunto y a efecto de que haga valer los agravios o cualquier derecho a nombre de la parte que asesore.

Artículo 951.- Salvo los casos previstos en el artículo 700, en donde el recurso de apelación se admitirá en ambos efectos, en los demás casos, dicho recurso procederá en el efecto devolutivo.

Las resoluciones sobre alimentos que fueron apeladas, se ejecutarán sin fianza.

Artículo 952.- Los autos que no fueren apelables y los decretos, pueden ser revocados por el juez que los dicta.

Son procedentes en materia de recursos, igualmente los demás previstos en éste Código y su tramitación se sujetará a las disposiciones generales, del mismo y demás de los casos ya determinados expresamente en ésta Ley, para lo no previsto al respecto, se sujetará a las disposiciones generales correspondientes.

Artículo 953.- La recusación con causa o sin ella, no podrá impedir que el Juez adopte las medidas provisionales sobre depósito de personas, alimentos y menores.

Artículo 954.- Ninguna excepción dilatoria podrá impedir que se adopten las referidas medidas. Tanto en éste caso como en el del artículo anterior, hasta después de tomadas dichas medidas se dará el tramite correspondiente a la cuestión planteada.

Artículo 955.- Los incidentes se decidirán con un escrito de cada parte y sin suspensión del procedimiento. Si se promueve prueba, deberá ofrecerse en los escritos respectivos, fijando los puntos sobre que verse, y se citará dentro de ocho días, para audiencia indiferible, en que se reciba, se oigan brevemente las alegaciones, y se dicte la resolución dentro de los tres días siguientes.

Artículo 956.- En todo lo no previsto, regirán las reglas generales de éste Código de Procedimientos Civiles, en cuanto no se opongan a las disposiciones del presente título."(141)

141.- *Diario Oficial de la Federación del 14 de marzo de 1973. ob. cit.*

La adición del Título Décimo Sexto, Capítulo Único, "De las Controversias de Orden Familiar" del Código de Procedimientos Civiles fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 14 de Marzo de 1973.

Incluir un capítulo especial, dentro del Código de Procedimientos Civiles, que se refiera a la materia procesal familiar, fue un avance importante para la protección jurídica de la familia; sin embargo no son suficientes 17 artículos, para la gama de procedimientos de tipo familiar. Los jueces familiares no pueden seguir aplicando las normas del Código de procedimientos civiles, ya que estamos hablando de dos procedimientos completamente distintos. Por eso reiteramos nuestra posición ideológica y personal en ésta investigación doctoral, creando el Derecho procesal familiar y manifestando la necesidad de que se promulgue un Código de Procedimientos Familiares.

Un apartado especial, dentro de ésta evolución histórica del procedimiento familiar, merece el **Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo de 1983**. Primer Código procesal especializado en materia familiar, que se ocupa de establecer reglas para la solución de los conflictos familiares, separando tajantemente el procedimiento civil del familiar, dándole a la familia la protección que merece.

Por la importancia que representa para nuestra investigación, transcribiremos de manera integra la exposición de motivos del primer Código de Procedimientos Familiares en la República Mexicana.

"Exposición de Motivos.

Arrancarle a los procedimientos civiles, la verdadera valoración de los intereses familiares, que deben ser tutelados por el Derecho, es uno de los objetivos del Derecho Procesal Familiar.

La creación en México de los Juzgados Familiares y las Salas correspondientes en 1971, señalaron el camino para la protección integral de los valores familiares.

Hoy siguiendo aquella ruta, se propone éste Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo entre cuyas normas destacan las siguientes:

Rige exclusivamente para cuestiones de orden familiar. Se considera que la familia, la sociedad y el Estado, están interesados en su estricta observancia. Las instituciones procesales aquí señaladas tienen su fundamento principal en el contenido, del Código Familiar para el Estado de Hidalgo.

Se regula la organización de los Tribunales Familiares, de sus auxiliares y competencia. Los requisitos para ser Juez, Secretario de Acuerdos y Secretario Actuario, de los Juzgados Familiares, entre otros son, edad máxima de sesenta años, mínima de veinticinco, conocer las técnicas de control de la fecundación y planificación familiar, así como otras cuestiones trascendentes en la solución de los problemas familiares. Se regulan las funciones de los

Secretarios de Acuerdos y de los Actuarios. Se crean los Consejos de Familia, integrados con Licenciados en Derecho, Psicólogos, Trabajadores Sociales, Médicos generales y Pedagogos.

Muy interesante y de trascendencia plena es la proposición de admitir como auxiliar del Juez en el procedimiento familiar, la creación del Consejo de Familia. Es decir, el testimonio técnico aportado por las personas que conocen los hechos, por virtud de sus conocimientos científicos o técnicos especiales que fundamentan su narración con la metodología, técnicas y principios de vanguardia, vigentes en la ciencia del conocimiento.

Los miembros del Consejo de Familia exponen principalmente conceptos objetivos, basados en deducciones sobre lo percibido, como resultado de sus especiales técnicas sobre la materia. Incluyen los razonamientos sobre los hechos, al lado de percepciones como objeto del testimonio. No hay dificultad alguna en admitir la figura del testigo técnico, como los ojos y los oídos de la justicia. El testimonio técnico difiere del común en su valor. La experiencia técnica organizada del testigo, que comunica al Juez su experiencia sobre los hechos personales, anteriores al conflicto. Hay peritación técnica en la medida de sus conocimientos, adecuados a una realidad familiar, social y estatal.

Según se puede apreciar, el testimonio técnico es indispensable para auxiliar al Juez Familiar, acerca de un hecho determinado, sin recurrir al dictamen de peritos influenciados por intereses contrarios a la estabilidad

familiar.

La admisión del testimonio técnico, no requiere norma legal que lo autorice, porque se trata de una modalidad, para mejor fundar su valor probatorio. Lo mismo para la descripción adecuada con el conocimiento integral en la controversia o planteamiento al Juez Familiar. Entre las atribuciones del Consejo de Familia, están las de auxiliar al Juez Familiar; emitir dictámenes; proteger a la familia; evitar su desmembramiento, mejorarla, vigilar los medios masivos de difusión para que no la desorienten; prevenir la delincuencia juvenil y la comisión de delitos en el seno familiar. Conocer los asuntos vinculados con la planificación familiar, paternidad responsable y control de la fecundación. Vigilar el desempeño de los tutores. Estudiar los aspectos médicos, sociológicos, psicológicos y pedagógicos de los sujetos de la familia. Limitando sus intervenciones, por la ley, la moral y las buenas costumbres. Por la enorme trascendencia del Consejo de Familia, en los asuntos de familia, se señalan responsabilidades al no cumplir con sus atribuciones.

En cuanto a la competencia de los Jueces Familiares, la tendrán en negocios de jurisdicción voluntaria, relacionados con el Código Familiar para el Estado de Hidalgo, en los juicios contenciosos relativos al matrimonio, los bienes, impedimentos, divorcio, modificación o rectificación de las actas del estado familiar, del parentesco, alimentos, concubinato, filiación, patria potestad, estado de interdicción, tutela, adopción, patrimonio familiar, ausencia y juicios sucesorios.

Igualmente en acciones relativas al estado familiar y capacidad de las personas, en diligencias de consignación, exhortos, suplicatorias, requisitorias, cartas rogatorias, así como cuestiones que afecten los derechos de menores e incapaces.

En aspectos patrimoniales de menores, otorgarán permiso para vender, gravar, hipotecar e imponer cualquier otra limitación a la propiedad o intereses de menores. Se faculta al Juez Familiar y al Tribunal Superior de Justicia del Estado de Hidalgo, para suplir la queja en los aspectos alimentarios y de estabilidad familiar, antes de dictar sentencia.

En los procedimientos en general, se da intervención al tutor, al Consejo de Familia y al Ministerio Público, a veces como órgano regulador y vigilante de garantías constitucionales, como en el juicio de amparo. En otras, como institución ejecutora de la acción penal en sus diferentes fases procesales. En ocasiones, como órgano investigador, o parte en el proceso penal. En el orden familiar, el Ministerio Público actúa en forma diferente. Realiza el papel de verdadero vigilante familiar, con características especiales, vela por los intereses colectivos, públicos y sociales, de menores, incapaces, ausentes e ignorados. En general, desplaza en el orden familiar, a los egoístas e individualistas que deprimen el orden social para obtener ventajas.

Por ello el Ministerio Público, tiene funciones diversas a las conocidas. Busca la estabilidad familiar adecuada a la realidad social, como núcleo de la sociedad. Es una institución para armonizar los intereses debatidos en un juicio

familiar, persiguiendo el orden, la armonía, la solidaridad y congruencia de la célula social básica. En síntesis: el Ministerio Público, procurará la protección de los intereses superiores de la familia.

En éste Código, no se establecen formalidades especiales para acudir al Juez Familiar. Se permite la comparecencia personal en casos urgentes y en otros, por escrito. Las materias del juicio oral, comprenden impedimentos y negativas de permisos para contraer matrimonio, administración de bienes, educación de los hijos, oposición de cónyuges, padres o tutores y asuntos de menor trascendencia. Para proteger los intereses familiares, se faculta al Juez para imponer multas, cuando se compruebe la ejecución de maniobras para retardar el procedimiento. En juicio escrito, se ventilarán las materias más trascendentes de lo familiar. La contestación se dará dentro de los siete días siguientes. En materia familiar, el Juez no podrá revocar sus propias determinaciones. Excepcionalmente, procederá la apelación.

En juicios sobre cuestiones matrimoniales, los menores de edad requerirán el consentimiento de las personas titulares de la patria potestad o tutela. La nulidad del matrimonio y el divorcio, podrán pedirlo las personas determinadas en el Código Familiar para el Estado de Hidalgo. El juicio se tramitará en forma escrita, estableciéndose en la sentencia la buena o mala fe de los cónyuges para las consecuencias en las relaciones familiares. El juicio de divorcio será por escrito. Podrá demandarlo cualquiera de los cónyuges invocando las causales establecidas en el Código Familiar para el Estado de

Hidalgo. Se enfoca al divorcio con un criterio de salvaguardar el interés familiar, y no el de castigar penalmente al cónyuge.

La protección económica de la familia, contempla la reclamación de alimentos, y la forma de garantizarlos. Se fijan pensiones provisionales, que comprenden hasta el cincuenta por ciento de todos los ingresos del demandado, estableciéndose otras pensiones para hipótesis diferentes. Este juicio se hará en procedimiento oral o escrito. La pensión alimenticia deberá garantizarse por un período de cinco años. Se establece el doble pago, si hay desacato judicial.

La paternidad, la filiación y la patria potestad, están exhaustivamente reguladas. Se señalan juicios escritos, y se enumeran las personas que tienen derecho a desconocer la paternidad, a comprobar la posesión de estado, a investigar la maternidad y paternidad, así como la suspensión y terminación de la patria potestad.

La adopción se tramitará en juicio oral. Se da intervención al Ministerio Público y al Consejo de Familia, en lo que a ellos competa. La incapacidad, interdicción e inhabilitación, se ventilarán en juicio escrito. El Juez debe ordenar el aseguramiento de la persona y los bienes del incapacitado. Someter en un plazo máximo de setenta y dos horas al sujeto interdicto, oírlo o a su representante y prevenir al responsable de la guarda del incapaz, para no disponer de sus bienes. Tendrá intervención el Ministerio Público y se oír la opinión del Consejo de Familia. Se exige la autorización del Juez Familiar,

cuando los menores incapacitados pretendan enajenar, y, o gravar sus bienes. Puede solicitarla el tutor, el menor si ha cumplido dieciséis años, el cónyuge, sus ascendientes o descendientes, así como el Ministerio Público.

Se reglamentan las modificaciones a las actas del estado familiar, en caso de enmienda, para variar algún nombre o circunstancia y adecuarla a la realidad social o de hecho. Para el menor emancipado por matrimonio, se le exige la autorización judicial para enajenar, gravar o hipotecar bienes inmuebles. Tendrá tutor judicial y se dará vista al Ministerio Público, escuchando al Consejo de Familia.

Deberá escucharse al Ministerio Público y al Consejo de Familia. Entre otras cuestiones, se consideraran incidentes los asuntos sobre personalidad, capacidad, nulidad de actuaciones, notificaciones, emplazamientos, costas, recusaciones, oposiciones para cumplir con el mandato de la ley, providencias precautorias, reclamaciones, excepciones supervenientes, tachas, reclamaciones de nulidad, confesionales por error o violencia, las definitivas, la rendición, aprobación y desaprobación de cuentas por parte de tutores, cuestiones sobre interés público, sobre la persona, bienes de menores e incapacitados o ausentes.

Todo gobernado, al reclamar un derecho, violación al mismo, o su preservación, requiere medios para impugnarlos y adecuar la conducta señalada por el legislador, a una norma establecida y sancionada por el poder público, ajustada a la realidad social. Para lograrlo, el Estado pone a su

alcance, medios para reparar la violación infringida, sea por desviación o por arbitrariedad del poder. Por inexacta aplicación o criterio erróneo, que haga imposible la seguridad jurídica, si el legislador no hubiese invocado un recurso de apelación. Para un acto de incertidumbre, se consignan medios impugnatorios para confirmar, modificar o revocar, una resolución injustamente aplicada, a cualquiera de los litigantes o terceros extraños e interesados en el procedimiento. Se precisaron en forma limitada, los medios de impugnación, para celeridad del proceso tutelar de la estabilidad familiar, social y estatal.

Al interponerse un recurso, se prohíbe al Juez revocar sus propias resoluciones. Se permite recurrirlas en ambos efectos, negando o concediendo permiso para contraer matrimonio; oposición de cónyuges y padres o tutores. La nulidad del matrimonio, divorcio, adopción, enajenación o gravámen de bienes de menores o incapacitados, falsa representación del litigante, citaciones erróneas, continuación del procedimiento en ejecuciones de imposible reparación en la definitiva: interlocutorias, si se otorga fianza y en las definitivas que paralicen o terminen un juicio.

La tutela procede para menores e incapaces. El tutor otorgará las garantías señaladas en éste Código. Si en su conducta hubiere dolo, fraude o negligencia, será separado de su cargo, nombrándose un tutor interino. Las providencias cautelares, tienen por objeto que los problemas del orden familiar, no sean más graves. Las solicitudes para estos casos, podrán ser en forma

escrita o verbal. Se permite el depósito de menores, incapacitados, huérfanos y cónyuges.

Otra importante aportación en materia de procedimientos familiares, es el trámite de los incidentes.

Las proposiciones legales procedimentales relativas, se encuentran precisadas en forma concreta. Esto permitirá alcanzar la sentencia definitiva, sin obstáculos impuestos por litigantes de mala fe, los cuales van en detrimento de la sociedad, la familia y el Estado. Este sistema les da seguridad a quienes claman justicia, basados en la confianza, en sus aplicadores y ejecutores, armonizando la sociedad y la ley.

Entre otras cuestiones, se consideran incidentes los asuntos sobre personalidad, capacidad, nulidad de actuaciones, divorcio, adopción, enajenación o gravámen de bienes de menores o incapacitados, falsa representación del litigante, citaciones erróneas, continuación del procedimiento, en ejecuciones de imposible reparación en la definitiva; interlocutorias, si se otorga fianza y en las definitivas que paralicen o terminen un juicio.

Serán recurribles en el efecto devolutivo, las resoluciones sobre diferencias entre cónyuges, educación de los hijos, suspensión de la patria potestad, interdicción, incapacidad, modificación de las actas del Registro del estado familiar, protección económica de la familia, interlocutorias, cuentas de

tutores, reconvencciones, admisión de demanda, contestación o reconvencción, declaratorias de jurisdicción, excepciones, aseguramiento de bienes de menores, tutor o su remoción, minoridad o incapacidad, discernimiento de menores, preclusión, recusaciones, pruebas, declaración ilegal de confesión, incidente de nulidad, por no conceder términos legales y la recepción sin consentimiento de los litigantes.

Muchos países actualmente poseen una legislación familiar. Algunos con Códigos Familiares autónomos e independientes del civil, señalan normas procesales para ventilar los juicios de orden familiar, en la esfera del proceso civil. La verdadera integración de la legislación familiar, requiere Ley Sustantiva, en éste caso el Código Familiar para el Estado de Hidalgo, y la Adjetiva, el Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo, con el cuál, la célula social por excelencia, estará protegida por el Estado; no permitirá la intervención de éste en su seno y dará las normas necesarias y adecuadas para reencontrar los valores supremos de la familia." (142)

El Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo separa de manera tajante el procedimiento familiar del civil. Representa el mayor avance, en lo que a procedimientos familiares se refiere.

142.- *Legislación Familiar del Estado de Hidalgo. Código de Procedimientos Familiares. ob. cit. pp. 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106.*

Por primera vez se protege a la familia dentro del procedimiento, pues se regula la verdadera especialización del juez familiar; existe una concordancia entre lo señalado por el Código Familiar y por el de Procedimientos Familiares; surge una figura auxiliar del juez familiar, que es el Consejo de familia, que ayudará al juez a conocer la verdad a través de una valoración técnica de los hechos que se le presentan. Consideramos que por medio del Consejo de Familia el juez verdaderamente puede hacer uso de sus facultades discrecionales y conocer la verdad del problema que atañe a una familia, evitando en lo posible que se cometa fraude a la ley.

El Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo suprime las formalidades para acudir ante el Juez de lo familiar, permitiéndose la comparecencia de manera personal en casos urgentes. Estamos totalmente de acuerdo con ésta postura, pues existen muchas familias que requieren de una solución pronta a su problema, de acudir directamente al juez a ser escuchados y dárseles una solución apegada a Derecho que solucione el conflicto en el menor tiempo posible.

La familia mexicana merece una legislación sustantiva y adjetiva, acorde a sus necesidades; el Distrito Federal requiere la creación de un Código familiar y uno de procedimientos familiares, que den la solución más adecuada a los conflictos que se presentan en el seno familiar. No es posible que existan desde 1971 jueces familiares y aún no se les haya dotado de la herramienta más importante, que es el Código de procedimientos familiares. Es urgente que los conflictos de carácter familiar se resuelvan con apoyo en normas de Derecho procesal familiar y no civil.

CAPÍTULO CUARTO

EL PROCEDIMIENTO FAMILIAR.

Dentro del presente capítulo, hablaremos del procedimiento familiar, para lo cuál consideramos importante señalar las características de éste. Mismas que lo hacen distinto del procedimiento civil y apoyan nuestra propuesta, en el sentido de crear una nueva rama del Derecho, el Derecho procesal familiar

I.- CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO FAMILIAR.- Expuestas dentro del capítulo primero de la presente investigación doctoral, pero de tal importancia, que consideramos primordial plasmarlas en éste capítulo nuevamente.

El Derecho procesal familiar, cuenta con características propias, distintas de cualquier otra rama que nos permite diferenciarlo del procesal civil y comprender, porque proponemos la separación de ambos y la creación de un Código de Procedimientos Familiares, que termine con el absurdo de resolver cuestiones familiares con apoyo en el Código de Procedimientos Civiles, obsoleto y falto de sistemática en Derecho procesal familiar.

1.- El proceso familiar es de orden público.- Por ser la familia la célula más importante de toda sociedad, quizá más que el propio Estado, se le han otorgado al Juez las más amplias facultades para conocer la verdad, suplir la deficiencia de la queja, actuar de oficio y resolver protegiendo a la familia.

En éste sentido, de manera tímida e incipiente, el artículo 940 del Código de procedimientos civiles del Distrito Federal, establece que todos los problemas inherentes a la familia son de orden público, por constituir aquella la base de la integración de la sociedad.

Por ser de orden público, se le da al Juez familiar, las más amplias facultades para la dirección del proceso. Podrá suplir la deficiencia de la queja. Invocar de oficio principios procesales, siempre que no cambie los hechos, hayan o no sido invocados por las partes. Puede allegarse las pruebas necesarias para probar la verdad de los hechos, aún cuando las partes no las hayan ofrecido.(143) Actuar de oficio significa que el Juez familiar puede tomar la iniciativa en el proceso. Decidir situaciones, aún cuando no hayan sido solicitadas por las partes, siempre en interés de la familia. Tiene la posibilidad de sustituir una mala defensa o un mal planteamiento de Derecho. (144)

El Juez familiar tiene la facultad de dirigir el proceso familiar, para proteger a la célula más importante de la sociedad. Es necesario que los jueces familiares hagan uso de estas facultades discrecionales, que la ley les otorga y no se conformen con lo que las partes les aportan. Deben buscar allegarse a la verdad de los hechos para poder dar la solución más adecuada para la familia.

143.- Ovalle Favela José. *ob. cit.* p. 275

144.- Bejarano y Sánchez, Manuel. *ob. cit.* pp. 163, 164.

En la práctica, los jueces de lo familiar sólo hacen uso de dichas facultades en los procedimientos relativos a alimentos y menores, pero no en casos de divorcio o nulidad de matrimonio, v. gr., pues estos, en un absurdo más de la ley se tramitan como procedimientos civiles.

2.- Todos los juicios de carácter familiar, requieren la intervención del Ministerio Público. Al Estado le interesa proteger a la célula más importante de toda sociedad, a la familia. Una manera de hacerlo es vigilando, a través del Ministerio Público, que procesalmente se protejan los intereses familiares y no los de los individuos que la forman.

3.- La confesión espontánea de una de las partes es ineficaz para probar un hecho. En el proceso familiar el juez podrá solicitar de oficio y haciendo uso de sus facultades inquisitoriales, la admisión de otro tipo de pruebas que ratifiquen la confesión. En éste caso existe Jurisprudencia definida de la Corte que señala: "DIVORCIO, CAUSALES DE , EN QUE LA CONFESIÓN NO ES MEDIO IDÓNEO PARA SU DEMOSTRACIÓN. PRUEBA PERICIAL.- Cuando se trata de una causal de divorcio consistente en una alteración o afectación de la salud o en un anormal funcionamiento de los órganos del cuerpo humano, como son las que contempla el legislador en la fracción VI del artículo 267 del Código Civil, no es suficiente (por no ser el medio de prueba idóneo), la confesión, sino que se requiere de otras pruebas, especialmente la pericial, por ser ésta la prueba idónea para tales casos, para tener por plenamente acreditada la alteración de la salud o el anormal funcionamiento. Séptima época, Cuarta parte: Vol. 43. Pag. 35."

4.- En caso de que el demandado no conteste la demanda, dentro del término establecido para tal efecto, ésta se tiene por contestada en sentido negativo.

En el proceso familiar no se aplica el principio 'el que calla otorga', en Derecho procesal familiar el que calla no dice nada, y corresponde al actor probar los hechos de su demanda. (145)

A éste respecto el artículo 271 del Código de procedimientos civiles señala que las demandas que no se contesten en el término establecido para ello se tendrán por contestadas en sentido afirmativo excepto cuando se trate de asuntos que afecten las relaciones familiares o el estado civil de las personas. Esta excepción hecha por el Código procesal es importante en materia familiar, ya que se busca siempre la protección de los intereses familiares y se previene de ésta manera que al realizar mal un emplazamiento o no contestar la demanda, dentro del término por cualquier circunstancia, se tenga al demandado por contestado en sentido afirmativo. En Derecho procesal familiar corresponde al actor probar los hechos de su demanda.

5.- Se prohíbe que las partes comprometan las cuestiones familiares a arbitraje. Por ser la familia la célula más importante de toda sociedad, al Estado le interesa su protección, por lo que cuando se presente un conflicto debe estar presente un funcionario del Estado, en éste caso el Juez familiar.

El arbitraje es la solución a un litigio, dada por un tercero imparcial, que no ésta investido de ninguna función judicial, sino que es un particular que ayuda a dirimir una controversia. En materia procesal familiar, por el interés que representa la familia, no se permite que los particulares se hagan justicia a través del arbitraje. Requiriéndose siempre la intervención de un funcionario judicial, en éste caso del Juez familiar.

6.- Las sentencias dictadas por los tribunales familiares producen efectos contra terceros. En materia civil la sentencia dictada sólo obliga a las partes que han intervenido en el juicio. En materia procesal familiar existen sentencias que producen efectos, incluso contra aquellos que no intervinieron en el juicio. Por ejemplo en una sentencia de divorcio se condena a un hijo a ver a su padre sólo los fines de semana, y el menor nunca fue oído ni vencido en juicio.(146)

7.- Para acudir ante un juez familiar, no se requiere formalidad alguna. Las partes pueden comparecer personalmente y narrar de manera oral los hechos y el juez tiene obligación de levantar un acta de la comparecencia.

En este sentido el artículo 942 del Código de procedimientos civiles señala: " no se requieren formalidades especiales para acudir ante el juez de lo familiar, cuando se solicite la declaración preservación o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o del desconocimiento de una

146.- Ibidem pp. 275, 276, 277.

obligación, tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de maridos, padres y tutores y en general todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial." (147)

En la práctica ésta disposición es letra muerta. Nadie acude ante el juez familiar, si no es por medio de un escrito, y cuando se pretende hacer de manera oral, el personal administrativo del juzgado remite a los interesados a consultar un abogado o ante la Defensoría de Oficio del Tribunal Superior de Justicia del D.F., lo que representa un retraso en la solución de sus conflictos, en detrimento de la familia misma.

En el Derecho procesal familiar, velar por los intereses de la familia es fundamental. Proponemos que los juzgados familiares trabajen los 365 días del año, a través de turnos, con la finalidad de que en casos de extrema urgencia; v. gr. alimentos, guarda y custodia de menores, la familia no tenga que esperar a que transcurran las vacaciones de tribunales para dar solución a su conflicto. La familia debe ser protegida por un cuerpo de leyes y profesionales acordes a sus necesidades.

147.- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. ob. cit.

8.- El juez familiar deberá exhortar a las partes a resolver la controversia mediante un convenio, con lo que podrá evitarse un juicio que deteriore a la familia. El juez, con base en sus amplísimas facultades se erigirá en un verdadero protector e inquisidor de la familia. (148)

Como podemos apreciar las características del Derecho procesal familiar son completamente distintas del Derecho procesal civil. En primer lugar el proceso civil está regido por principios dispositivos. El Familiar por inquisitivos. En el civil las partes pueden manejar el proceso; éste sólo se inicia a instancia de parte; el impulso procesal depende exclusivamente de éstas; ellas fijan el objeto de la prueba; el juez no puede ir más allá de lo solicitado. En el Familiar el juez tiene las más amplias facultades para dirigir el proceso, solicitar pruebas de oficio, utilizar todos los medios para allegarse la verdad, suplir la deficiencia de la queja.

Son procesos totalmente distintos. No tienen porque seguir regidos por un mismo cuerpo de leyes. El Derecho procesal familiar debe tener su propio Código de procedimientos familiares, que establezca los conceptos, principios generales, las normas de Derecho procesal familiar y específicamente de los procedimientos familiares en general. Juicios sobre cuestiones matrimoniales; nulidad de matrimonio; divorcio; protección económica de la familia; paternidad; filiación; patria potestad; adopción; incapacidad; interdicción;

148.- Güitrón Fuentesvilla, Julián. "El Derecho Procesal Familiar es una realidad en México" Primera parte. *El Sol de México*. Sección A, México, D.F. 9 de enero de 1995. p.6

rehabilitación; organización judicial para enajenar o gravar bienes de menores e incapacitados; modificaciones a las actas del Registro del Estado familiar; emancipación; tutela; ausencia; presunción de muerte; providencias cautelares; impedimentos; excusas; recusaciones ; incidentes y recursos.

Las normas de Derecho procesal familiar deben aplicarse a todos aquellos juicios en los que se ve involucrada la familia, y no sólo a aquellos que limitativamente señala el artículo 942 del Código de Procedimientos civiles. ¿Acaso un juicio de divorcio no es un juicio de carácter familiar?

La familia requiere de tribunales especiales que conozcan de su problemática, éstos existen desde el año de 1971, pero después de 25 años no ha sido posible crear la herramienta más importante de estos tribunales, el Código de procedimientos familiares . A pesar de la incipiente reforma de 1973, que adicionó un capítulo especial denominado "De las Controversias del Orden Familiar" que incluye 17 artículos, éstos no son suficientes. Es erróneo pensar que con apoyo en 17 artículos puedan solucionarse los conflictos familiares. Por ello los jueces familiares han tenido que seguir aplicando las normas del proceso civil, aún cuando se trata de dos procedimientos que nada tienen en común.

Después de veinticinco años de creados los jueces familiares y de veintitres de promulgado un capítulo especial en materia procesal familiar, es indispensable que se dé el gran paso a la protección a la familia en materia

procesal creando un Código de procedimientos familiares para cada Estado de la República que carezca de él.

II.- LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO FAMILIAR.-

Al prohibirse que los miembros de una sociedad se hagan justicia por su propia mano, el Estado asumió la tarea de impartirla, permitiendo a los gobernados requerir de su intervención en los casos que exista lesión de derechos, iniciando la acción judicial correspondiente. Recibiendo el nombre de "parte", tanto quién inicia esta acción, como a quién éste llama ante la autoridad judicial y reconoce como violador de sus derechos.

1.- CONCEPTO DE PARTE.- Procesalmente la palabra parte se define como: " Toda persona física o jurídica que interviene en un proceso en defensa de un interés o de un derecho que le afectan; ya lo haga como demandante, demandado, querellante, querellado, acusado, acusador o como tercero interviniente que comparecen ante los órganos de la jurisdicción en materia contenciosa, requiriendo una sentencia favorable a su pretensión." (149)

149.- Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, República Argentina 1979. p. 546.

De la anterior definición, los procesalistas distinguen dos tipos de parte: parte en sentido material y parte en sentido formal. La primera es aquella en cuyo interés o contra del cuál se provoca la intervención del poder judicial; la segunda actúa en juicio, sin que le afecten personalmente, las resoluciones del mismo. (150)

En materia procesal familiar, las partes, por regla general, pertenecen a un mismo grupo familiar y buscan la defensa de un derecho ante un órgano capacitado, que es el Juez familiar, quién como en todo proceso procurará llegar a la verdad a través de la exposición de la tesis, acción, de la parte actora; de la antítesis, excepción de la demandada; y de la síntesis, sentencia. Por medio de la tesis o acción, la parte actora expondrá las ideas en las que funda su petición; a través de la antítesis la otra parte dará su punto de vista. Serán dos ideas opuestas que requieren, dentro del debate procesal las mismas oportunidades, para que el Juez dé su veredicto.

Como ya hemos mencionado el Juez de lo familiar cuenta con las más amplias facultades para investigar los conflictos familiares y llegar a la verdad siempre en beneficio de la familia y no de los miembros que la forman. Es indudable que el Juez familiar, personalmente no puede investigar cada conflicto que se le presenta, pues esto representa una tarea agotadora e imposible de cumplir y es la causa principal por la que, aún cuando cuenta con amplias facultades, el juez familiar no hace uso de ellas.

150.- Becerra Bautista, José. ob. cit. p 20.

Es por esto que proponemos, que en el Distrito Federal, el juez familiar se auxilie de un órgano creado por el Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo, denominado Consejo de Familia, integrado por Médicos, Licenciados en Derecho, Psicólogos, Trabajadores Sociales y Pedagogos, que ayudan al juez familiar a llegar a la verdad expuesta por la partes en el juicio , a través de un testimonio técnico, narrándole los hechos que conocen por virtud de sus conocimientos científicos o técnicos.

2.- CAPACIDAD PARA SER PARTE.- De acuerdo con el Código de Procedimientos civiles, pueden comparecer a juicio todo aquel que éste en pleno ejercicio de sus derechos civiles, tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena y quién tenga el interés contrario. Los que no se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos pueden comparecer a juicio a través de sus representantes legales, quiénes tendrán el carácter de partes en sentido formal.

No debe confundirse la capacidad que se requiere para ser parte en un juicio denominada legitimatio ad processum, con la capacidad establecida en el Código Civil que en el artículo 450 señala: "Tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad;

II.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotropicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o a la

alteración en la inteligencia que ésto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por si mismos, o manifestar su voluntad por algún medio." (151)

Los mencionados en el artículo anterior tienen incapacidad civil, pero no procesal pues pueden comparecer a juicio a través de sus representantes.

En ninguna otra rama del Derecho procesal, como en el procesal familiar encontramos la presencia de representantes o partes en sentido formal, que comparecen a juicio sin que les pare perjuicio la sentencia. V. gr. los juicios en donde se ventilan conflictos relacionados con menores de edad, quiénes no pueden comparecer a juicio por si mismos, pero pueden hacerlo a través de sus representantes (padres o tutores). Al respecto Manuel Bejarano Sánchez, en su libro "La controversia del orden familiar. Tesis Discrepantes." expone el siguiente caso: " La abuela materna de unos niños, que acogió y protegió a sus nietos a raíz de la muerte de la madre ¿podrá exigir judicialmente al padre del menor el pago de una pensión para sufragar los gastos de éstos?

Es innegable que el padre que abandonó a sus vástagos, acogidos por la abuela, debería proveer los medios económicos necesarios para el sustento de los menores, y que al descuidar hacerlo o al resistirse a cumplir su obligación, debería a ser compelido a alimentarlos por la acción de la justicia, pues tal es la respuesta que dicta el sentido común.

Sin embargo, en la práctica, la acción judicial de la abuela se vio obstaculizada por la oposición del padre, quién compareció al juicio a defenderse, argumentando que aquélla no representa a los infantes, pues éste derecho le corresponde a él, como titular de la patria potestad sobre sus hijos; y alegó la falta de personalidad o de legitimación en el proceso de la citada ascendiente, como excepción dilatoria. ' Tú abuela no representas a mis hijos porque dicha representación me compete a mí, y por tanto, careces de personalidad para demandarme.'

La autoridad jurisdiccional se ve precisada a reconocer la situación legal de la patria potestad del padre incumplido, y, concediéndole la razón declara ineficaz todo lo actuado y da por terminado el juicio por la ausencia de representación de los menores acreedores, que impidió se formalizara una reclamación válida.

La acción de la ascendiente se ve frustrada por la aplicación de principios jurídicos de indiscutible existencia y evidente necesidad, pues la falta de representación impide la intervención legítima en el proceso, y en el caso concreto el padre no ha sido privado de la patria potestad, uno de cuyos efectos es el de la representación del menor. Y no obstante ello, parece imperativo discrepar del fallo y explorar otra vía de solución para satisfacer la justa pretensión, sin trastornar el orden jurídico, sin violar la ley, inclusive asumiendo el riesgo de críticas y reparos que se sustentan en una práctica habitual que es cómodo proseguir.

En el caso examinado, el padre de los menores no exigió que éstos le fueran entregados para darles sustento en la convivencia.

Tampoco efectuó depósito alguno de dinero para aliviar las necesidades inmediatas de sus hijos. Se limitó a enervar la acción judicial para eludir el cumplimiento de su obligación y evitar ser compelido a observarla.

De hecho, los menores estaban abandonados por el padre y acogidos por la abuela desde su más tierna infancia.

En tal situación ¿podría considerarse que la abuela tenía la representación legal de sus nietos conforme a la norma prevista en el artículo 492 del Código Civil?

El reconocimiento de tal representación permitiría desestimar la expresión opuesta por el padre demandado y destruir una defensa que sólo tendía a frustrar la acción del tribunal y a neutralizar el legítimo ejercicio de un derecho de prioritaria satisfacción.

La tesis sostenida es la siguiente:

Los abuelos que acogen a un menor cuyo padre no le provee los recursos necesarios de subsistencia, están legitimados para representarlo, pues la ley lo coloca bajo su tutela legítima conforme a la norma del artículo 492 del Código Civil que dice:

Art. 492.- La ley coloca a los expósitos bajo la tutela de la persona que los haya acogido, quién tendrá las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores.

Por tanto, el padre puede ser enjuiciado por los abuelos tutores, en demanda de alimentos para el niño.

Ante la urgencia de proveer y asegurar la subsistencia del menor abandonado, el Juez de lo Familiar debe reconocer la tutela legítima ejercida por el abuelo que acogió al menor, y no detenerse a escuchar argumentaciones legalistas de supuesta ausencia de personalidad, que sólo tienden a enervar la acción de la justicia y a frustrar la aplicación de la ley de orden público que exige prioritariamente la satisfacción de las necesidades del acreedor y el cumplimiento de los deberes ineludibles del deudor. En consecuencia, es improcedente la excepción de falta de personalidad que opone el padre demandado.

El concepto anterior, es sobradamente justificado en un caso como el presente, donde el enjuiciado no se apresta a cumplir su obligación alimentaria, ni a requerir la entrega de los menores, sino a defenderse argumentando el tecnicismo de la falta de legitimación procesal, para diferir, enervar u omitir el cumplimiento de sus deberes.

No puede soslayarse el hecho de que el padre, quién no ha sido privado de la patria potestad, mantiene la representación legal de los hijos, pero en el caso, teniendo un interés contrario a ellos, demostrado plenamente al rechazar la reclamación de alimentos y al descuidar totalmente su suministro, está justificada en derecho la coexistencia de la tutela con la patria potestad conforme al artículo 440 del Código Civil que señala: En todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos, serán éstos representados en juicio y fuera de él por un tutor nombrado por el Juez para cada caso. " (152)

Como podemos darnos cuenta en el caso anterior, como en muchos de Derecho procesal familiar, los menores son partes en juicios familiares, y aún cuando no cuentan con la capacidad del Derecho civil si tienen capacidad procesal para comparecer a juicio a través de sus representantes o tutores, como hemos visto en el caso expuesto.

En este sentido México ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada en la Ciudad de Nueva York, el día 20 de noviembre de 1989, y que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 25 de enero de 1991. En ésta convención se reconoce a la familia como el grupo fundamental de toda sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, que deben recibir la protección y asistencia necesaria para asumir plenamente sus responsabilidades

dentro de la comunidad.

En materia procesal familiar es importante destacar las disposiciones de los artículos 3 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño.

El artículo tercero dispone que todas las medidas, relacionadas con los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Por su parte el artículo 12 señala :

1.- Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del mismo.

2.- Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. (153)

153.- Diario Oficial de la Federación. Talleres Gráficos de la Nación. 25 de Enero de 1991. pp. 12, 13, 14, 15.

Los jueces de lo familiar, de acuerdo con las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño, deben velar por los intereses de los menores y darles la oportunidad de ser escuchados en juicios que directamente les afecten.

Dentro del Derecho procesal familiar, muchas de las resoluciones judiciales afectan a menores, que nunca fueron tomados en cuenta dentro del procedimiento, ojalá y los jueces de lo familiar conozcan el contenido de la Convención de los Derechos del Niño y les den la oportunidad a éstos de ser escuchados y tomados en cuenta.

Por regla general para que un proceso dé inicio, se requiere de la existencia de una parte afectada que recurra ante la autoridad judicial correspondiente a solicitar su auxilio para la solución de la controversia que se va a plantear.

En materia procesal familiar, el Código de procedimientos familiares del Estado de Hidalgo y la Ley Procesal de Familia de El Salvador, contemplan por la importancia que representa la institución de la familia dentro de la sociedad, que los procedimientos familiares puedan iniciarse de oficio, es decir el juez familiar puede tomar la iniciativa del proceso.

A éste respecto el artículo 41 de la Ley procesal de familia de El Salvador señala:

"Cuando de conformidad al Código de Familia el proceso se iniciare de oficio, el juez dictará resolución en que relacione los hechos en que se fundamenta y la finalidad que se propone, la cuál se notificará al Procurador de Familia y a los interesados; y se les citará o emplazará, según el caso, para que comparezcan al proceso.

El proceso también podrá iniciar de oficio con sólo la manifestación verbal de los hechos por el interesado, en vista de la urgencia del asunto, calificada por el Juez, en el interés de la familia. En éstos casos se procederá de conformidad a lo dispuesto en el inciso anterior." (154)

Dentro de las amplias facultades del juez familiar, puede iniciar el proceso, sin necesidad de esperar que las partes se presenten ante él a narrarle el conflicto. Cuando el Juez de lo familiar considere el interés de la familia en peligro puede iniciar el procedimiento familiar. Esta característica es una distinción más entre el procedimiento civil y el familiar, y apoya nuestra propuesta en el sentido de que debe separarse el procedimiento familiar del civil.

III.- LA DEMANDA EN EL PROCEDIMIENTO FAMILIAR.

Los procedimientos se inician con la presentación de la demanda.

1.- CONCEPTO ETIMOLOGICO.- La palabra demanda proviene del "verbo demandar que significa pedir, solicitar: sentido que no tenía el original latín *demando*, -are que significaba remitir, mandar, confiar a, compuesto de *mando*, -are confiar a, recomendar, encargar, propiamente dar en la mano (*man/um/do*)."⁽¹⁵⁵⁾

2.- CONCEPTO JURIDICO.- Demanda es el "acto procesal introductivo de instancia por virtud del cuál el actor somete su pretensión al juez, con las formas requeridas por la ley, pidiendo una sentencia favorable a su interés.

Documento mediante el cuál el actor comunica su pretensión al juez, con las formas requeridas por la ley, pidiendo una sentencia favorable a su interés."⁽¹⁵⁶⁾

Mediante la presentación de la demanda van a desencadenarse una serie de actos procesales, los cuales constituyen en conjunto el proceso. El primer acto que pone en movimiento la maquinaria del proceso es la demanda.

155.- Couture, Eduardo. Vocabulario Juridico. 2ª reimpresión. Ediciones Depalma. Buenos Aires, República Argentina 1983. p. 210.

156.- Ibidem. p. 209

La presentación de la demanda, puede hacerse de dos maneras: por escrito y en forma oral o por comparecencia. En ambos casos debe ser ordenada, clara, precisa, congruente, sistemática y con fundamento legal.

Cuando la presentación de la demanda se haga por escrito debe contener lo siguiente:

a.- El Rubro que identifica el asunto, haciendo una mención genérica del tipo de juicio de que se trata, consignando: nombre del actor, nombre del demandado y tipo de juicio. Esta parte de la demanda, se establece por los usos pero no se encuentra regulada por precepto legal alguno.

b.- El preámbulo contiene la identificación de la parte actora con su nombre y domicilio. El nombre y domicilio del demandado. Qué es lo que se demanda.

c.- Exposición de hechos que es la narración histórica, detallada, sucinta y clara de lo sucedido. En éste punto la parte actora dará su versión de los hechos.

d.- Invocación del Derecho en donde el actor deberá fundamentar su pretensión. Es decir señalará los artículos, leyes, jurisprudencias o precedentes que apoyan la posición que el actor sostiene.

e.- Puntos petitorios, constituyen un resumen condensado de lo que se está solicitando al juez. (157)

Estos puntos constituyen la estructura que toda demanda debe seguir. Además de acuerdo con nuestro Código de Procedimientos Civiles toda demanda debe de cumplir con los siguientes requisitos.

"Art. 255.- Toda contienda judicial principiará por demanda, en la cuál se expresarán:

I.- El tribunal ante el que se promueve;

II.- El nombre del actor y la casa que se señale para oír notificaciones;

III.- El nombre del demandado y su domicilio;

IV.- El objeto u objetos que se reclamen, con sus accesorios;

V.- Los hechos en que el actor funde su petición, numerándolos y narrándolos sucintamente con claridad y precisión. de tal manera que el demandado pueda preparar su contestación y defensa:

VI.- Los fundamentos de derecho y la clase de acción. procurando citar los preceptos legales o principios jurídicos aplicables:

VII.- El valor de lo demandado, si de ello depende la competencia del juez." (158)

157.- Gómez Lara, Cipriano. Derecho Procesal Civil. Ed. Trillas. México D.F. 1984 pp. 32, 33, 34, 35.

158.- Código de Procedimientos Civiles para el D.F.-ob. cit. p. 77

El artículo anterior fue reformado por decreto publicado el 24 de mayo de 1996 en el Diario Oficial de la Federación, cuya vigencia comenzará el 24 de julio de 1996, para quedar de la siguiente manera:

"Art. 255.- . . .

I.- . . .

II.- El nombre y apellidos del actor y el domicilio que señale para oír notificaciones.

III.- . . .

IV.- . . .

V.- Los hechos en que el actor funde su petición, en los cuales precisará los documentos públicos o privados que tengan relación con cada hecho así como si los tiene o no ha su disposición. De igual manera proporcionará los nombre y apellidos de los testigos que hayan presenciado los hechos relativos.

Asimismo debe numerar y narrar los hechos exponiéndolos sucintamente con claridad y precisión.

VI.- . . .

VII.- . . .

VIII.- La firma del actor o su representante legítimo. Si éstos no supieren o no pudieren firmar, pondrán su huella digital, firmando otra persona en su nombre y a su ruego, indicando éstas circunstancias." (159)

Antes de la reforma, el nombre de los testigos presenciales o los documentos que probarán los hechos se reservaban para aportarse en el escrito de ofrecimiento de pruebas, relacionándolos con los hechos de la demanda; ahora deberán señalarse al mismo tiempo en que son narrados los hechos de la demanda.

Otra aportación es el hecho de que el actor debe firmar la demanda, lo cual era una práctica judicial aún cuando no hubiera disposición escrita al respecto. Las personas que no supieran firmar estampaban su huella digital, pero no firmaba nadie a su ruego, como lo previene la reforma.

Consideramos de suma importancia que en el momento de narrarse los hechos de la demanda se relacionen los documentos o personas relacionadas con ésta, así el demandado está en posibilidad de señalar si los testigos presenciales son reales o no. Antes de la reforma, sólo hasta el período de ofrecimiento de pruebas, se conocían los nombres de los testigos.

Consideramos adecuada ésta reforma y en materia procesal familiar, con la finalidad de acortar los plazos en que se desarrolla un procedimiento, proponemos que las pruebas se aporten en la demanda y contestación de la misma. Esto ya se lleva a cabo en los procedimientos familiares que se tramitan por vía de controversia familiar. v. gr. alimentos; sin embargo proponemos que en los demás juicios de carácter familiar, como son el divorcio necesario, nulidad de matrimonio, etc., también se aplique ésta disposición, pues tan controversia familiar son los alimentos como el divorcio necesario.

De acuerdo con el Código de Procedimientos Civiles la demanda debe cumplir con los siguientes requisitos:

a.- Tribunal ante el que se promueve. La demanda debe formularse ante tribunal competente, aludiendo al órgano jurisdiccional competente, sin referirse al nombre de la persona que ocupa el cargo. Así tratándose de un asunto de tipo familiar el juez competente ante el que debe presentarse la demanda es el Juez de lo Familiar en turno.

b.- Nombre completo del actor y la casa que señale para oír notificaciones. La persona que asuma la posición de actor debe tener capacidad procesal, las personas físicas jurídicas sin capacidad procesal o las jurídicas colectivas, sólo podrán comparecer a juicio a través de sus representantes legales, debiendo a la presentación de la demanda acompañar los documentos que acrediten tal representación .

La casa que se señale para oír notificaciones deberá estar ubicada en el lugar del juicio, si no se señala domicilio dentro del lugar del juicio, las notificaciones se harán por medio de Boletín judicial.

c.- El nombre del demandado y su domicilio. Si la demanda va dirigida en contra del demandado es explicable que se exija al actor señalar el domicilio y nombre de éste, con el objeto de que se le haga saber el contenido de la demanda y pueda contestarla. En caso de que el actor ignore el domicilio del demandado deberá notificársele a través de edictos, publicados en el Boletín

judicial y en los periódicos de mayor circulación, otorgándole un plazo de entre 15 y 60 días para que se presente a contestar la demanda.

d.- El objeto u objetos que se reclamen con sus accesorios, el actor debe precisar, en éste punto, el dar, hacer o no hacer que requiere del demandado así como las condiciones de la conducta pretendida.

e.- Los hechos en que el actor funde su petición, numerándolos y narrándolos sucintamente con claridad y precisión de tal forma que el demandado pueda preparar su contestación y defensa. Los hechos de la demanda deben ser sólo aquellos que dieron motivo a ella, deben relatarse en forma numerada, conteniendo un sólo hecho por cada número. Con la finalidad de que el demandado pueda referirse individualmente a cada uno de los hechos en la contestación de la demanda y el actor al ofrecer los medios de prueba que estime convenientes, pueda relacionarlos con los hechos que pretende probar. Además deberá señalar los documentos que tengan relación con cada hecho y los testigos presenciales, si existieron, de cada uno.

f.- Los fundamentos de Derecho y la clase de acción. Deberán citarse los preceptos legales o los principios jurídicos aplicables. artículos del Código Civil y procesal que fundamenten la petición del actor. En cuanto a la acción que promueve éste requisito se concreta en el momento de señalarse los artículos en que se funda la petición de la parte actora.

g.- El valor de lo demandado si de ello depende la competencia del juez. Tratándose de un juez civil y dada su naturaleza patrimonial es necesario señalar el monto de lo demandado pues de éste depende si es competente un juez civil o uno de paz. (160) En materia procesal familiar, en los casos en los que se demanden aspectos patrimoniales, no importando el monto de éstos el juez competente siempre será el Familiar.

h.- A partir del 24 de julio de 1996 la demanda deberá ser firmada por el actor o su representante legal. Si éstos no supieren o no pudieren firmar, estamparán su huella digital, y firmará otra persona a su ruego, manifestándose tal circunstancia.

Por regla general debe comparecerse ante autoridad judicial a través de un escrito de demanda, sin embargo y tratándose de conflictos familiares se permite la comparecencia de manera oral.

A éste respecto el Código de procedimientos civiles para el Distrito Federal en su capítulo de las Controversias Familiares señala:

"Art. 942.- No se requieren formalidades especiales para acudir ante el Juez de lo Familiar cuando se solicite la declaración, preservación o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos, de calificación de

impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de maridos, padres o tutores y en general todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial.

Art. 943.- Podrá acudir al Juez de lo Familiar por escrito o por comparecencia personal en los casos urgentes a que se refiere el artículo anterior, exponiendo de manera breve y concisa los hechos de que se trate. Con las copias respectivas de esa comparecencia y de los documentos que en su caso se presenten se correrá traslado a la parte demandada, la que deberá comparecer, en la misma forma dentro del término de nueve días. En tales comparecencias las partes deberán ofrecer las pruebas respectivas, Al ordenarse ese traslado, el juez deberá señalar día y hora para la celebración de la audiencia respectiva. Tratándose de alimentos, ya sean provisionales o los que se deban por contrato, por testamento o por disposición de la ley, el juez fijará a petición del acreedor, sin audiencia del deudor y mediante la información que estime necesaria, una pensión alimenticia provisional, mientras se resuelve el juicio.

Será optativa para las partes acudir asesoradas, y en éste supuesto, los asesores necesariamente deberán ser Licenciados en Derecho, con cédula profesional. En caso de que una de las partes se encuentre asesorada y la otra no, se solicitarán de inmediato los servicios de un Defensor de Oficio, el que deberá acudir, desde luego, a enterarse del asunto, disfrutando de un término que no podrá exceder de tres para hacerlo, por cuya razón se diferirá la

audiencia en un término igual." (161)

El espíritu del legislador al crear en 1973 el capítulo de las Controversias del Orden Familiar, fue otorgar una vía más rápida para la solución de los conflictos que afectan a la familia; sin embargo no todas las controversias familiares pueden tramitarse por ésta vía, pues se limita para los casos previstos en el artículo 942, que transcribimos anteriormente. Es decir, juicios de divorcio, que desde nuestro punto de vista, es una controversia familiar, debe tramitarse por vía ordinaria civil y no por vía de controversia familiar, lo que significa mayor tiempo en el proceso y en la solución del conflicto.

Cuando se trate de las controversias señaladas en el artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles, v. gr.: alimentos: en principio, no se requiere formalidad alguna para acudir ante el juez de lo familiar, permitiéndose inclusive la comparecencia personal, para narrar en forma oral el conflicto. En la práctica esta disposición es letra muerta y no se permite la comparecencia de manera personal ante el juez de lo familiar, ya que entra en conflicto con lo señalado en el Art. 65 del Código de Procedimientos Civiles que dispone: " El escrito por el cuál se inicie un procedimiento deberá ser presentado en la oficialía de partes común a los juzgados de la rama de que se trate para ser turnado al juzgado que corresponda. . . . " (162)

161.- Código de Procedimientos Civiles para el D.F. ob. cit. p. 242

162.- Ibidem. p. 65

Este artículo fue reformado el 24 de mayo de 1996, para quedar como sigue:

"Art. 65.- Los tribunales tendrán una oficialía de partes común y su propia oficialía de partes.

La primera de éstas tendrá las siguientes atribuciones:

I.- Turnar el escrito por el cuál se inicie un procedimiento, al juzgado que corresponda, para su conocimiento.

II.- Recibir los escritos de término que se presenten después de las horas de labores de los tribunales, y

III.- Proporcionar servicio desde las nueve hasta las veintiún horas, durante los días señalados en el artículo 64 de este código y remitir los escritos que reciba al tribunal que corresponda, a más tardar al día siguiente.

El escrito por el cuál se inicie un procedimiento, deberá ser presentado en la oficialía de partes común a los juzgados de la rama de que se trate, para ser turnado al juzgado que corresponda: los interesados pueden exhibir una copia simple del escrito citado, a fin de que dicha oficialía de partes se los devuelva con la anotación de la fecha y hora de presentación sellada y firmada por el empleado que la reciba.

La oficialía de partes de cada tribunal recibirá los escritos subsecuentes que se presenten al juez que conozca del procedimiento, durante las horas de labores del juzgado correspondiente, pudiendo los interesados exhibir una copia de sus escritos, a fin de que se les devuelva con la anotación de la fecha y hora de presentación, sellada y firmada por el empleado que los reciba en el tribunal.

Los escritos subsecuentes que se presenten fuera de las horas de labores del juzgado del conocimiento, dentro del horario señalado, deberán presentarse ante la oficialía de partes común de los juzgados de la rama que corresponda al juez del conocimiento.

Los empleados encargados de la recepción de escritos y documentos, en ningún caso y por ningún motivo podrán rechazar promoción alguna.

Las primeras diligencias en materia de depósito de personas y demás cuestiones de Derecho familiar, o cualquiera otras que, a juicio del juez, fueren de índole tan perentoria y urgente que su dilación dé motivo fundado para temer que se causen perjuicios a los interesados, podrán acordarse y en su caso proceder a la ejecución que se ordene por cualquiera de los jueces ante quienes se solicite.

Fuera de los casos expresados en el párrafo anterior, los jueces que dicten providencia en un negocio que no estuviere turnado a ellos serán corregidos disciplinariamente." (163)

Para el Derecho procesal familiar, la reforma del artículo 65 del Código de Procedimientos Civiles del 24 de mayo de 1996, en el sentido de que en casos de Derecho familiar pueda comparecerse ante cualquier juez, debido a la urgencia del caso, representa un gran avance. El capítulo de las controversias familiares regula la posibilidad de comparecer en forma oral ante cualquier juez de lo familiar, lo que entraba en conflicto con lo dispuesto el artículo 65, antes de la reforma, en el sentido de que todo juicio debía iniciar

por demanda presentada ante la oficialía de partes común; sin señalar casos de excepción como los que pueden presentarse en el Derecho familiar.

El legislador comienza a tomar consciencia de que los asuntos relativos a la familia merecen ser tratados en forma distinta de como se tratan los juicios de carácter meramente civil.

Esperamos que al inicio de la vigencia de las reformas del 24 de mayo de 1996, realmente se atiendan los casos urgentes de Derecho familiar, por el juez ante quién el interesado comparezca.

El Derecho procesal familiar protege el interés superior que representa la familia en materia procesal, por lo tanto proponemos que los juzgados familiares trabajen, por medio de turnos, los trescientos sesenta y cinco días del año, como sucede con los juzgados penales. La familia no puede esperar a que los tribunales regresen de vacaciones, para la solución de sus conflictos, pues cómo atinadamente lo ha señalado el legislador en las reformas de 1996, en el Derecho familiar pueden presentarse casos de urgencia que requieren una atención y solución inmediata.

El Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo, primer código procesal que separó el proceso familiar del civil, contempla la posibilidad, de que en casos determinados, se acuda ante el juez de lo familiar de manera oral.

"Art. 23.- Salvo los casos en que éste Código establezca lo contrario, no se requiere formalidad especial, para ocurrir ante un juez familiar.

Art. 24.- Podrá acudir al Juez Familiar por escrito o por comparecencia personal en los casos urgentes, exponiendo de manera breve y concisa los hechos de que se traten.

Art. 34.- Son materia de juicio oral:

I.- La calificación de impedimentos y negativas de permisos para contraer matrimonio.

II.- Las diferencias entre marido y mujer, sobre la administración de los bienes.

III.- La educación de los hijos.

IV.- La oposición de cónyuges, padres y tutores.

V.- Las autorizaciones necesarias para contratar entre sí los cónyuges, en los casos previstos por los artículos 55, 56 y 57 del Código Familiar para el Estado de Hidalgo.

VI.- En general, todas las cuestiones de menor trascendencia, sin solución entre cónyuges y opositores en su caso." (164)

Por tratarse de una legislación especializada en la solución de conflictos familiares el Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo, plasma en sus disposiciones que en casos urgentes puede comparecerse ante el

164.- Legislación Familiar para el Estado de Hidalgo. Código de Procedimientos Familiares. ob. cit. pp. 114, 116.

juez de lo familiar de manera pronta y expedita buscando solución a conflictos familiares, que no pueden esperar el seguimiento de ciertas formalidades.

La ley procesal de familia de la República de El Salvador, otra de las pocas leyes que en el mundo ha separado el procedimiento familiar del civil, también establece la posibilidad de comparecer ante el juez de lo familiar de manera oral en casos urgentes. Es innegable que dentro de la familia se presentan conflictos, que requieren de una solución casi inmediata, para no seguir dañando a la familia, en éstos casos debe permitirse la comparecencia personal ante el juez correspondiente.

Los Códigos de procedimientos familiares, del Estado de Hidalgo y de la República de El Salvador, así lo reflejan al disponer que en casos de urgencia puede comparecer personalmente ante el juez de lo familiar sin necesidad de elaborar un escrito de demanda. Nuestro Código de Procedimientos Civiles para el D.F. ha tratado de darle la importancia que merecen las controversias familiares, sin embargo al encontrarse dentro de éste cuerpo de leyes muchas disposiciones son contradictorias, ya que sólo se aplican al procedimiento civil.

Como hemos señalado aún cuando en el capítulo relativo a las Controversias Familiares se establece que puede haber comparecencia oral, ésta disposición es letra muerta y los jueces de lo familiar no entran en el estudio del conflicto si la comparecencia no se hace por escrito.

Es por ésto que proponemos que el procedimiento familiar sea separado del civil, creando un cuerpo de leyes especializadas en resolver conflictos de carácter familiar, un Código de Procedimientos Familiares para el Distrito Federal y para cada uno de los Estados de la República Mexicana que no cuente con él.

Una vez presentada la demanda, ya sea por escrito o de manera oral, es necesario darle aviso a la otra parte, para que conozca el contenido de lo que se le demanda y esté en posibilidad de defenderse.

Ya hemos mencionado que durante el procedimiento y para que el Juez de lo familiar esté en aptitud de llegar a la verdad deberá analizar la exposición de una tesis, acción de la parte actora; y de la antítesis, exposición de los hechos por parte del demandado.

"La demanda es un negocio receptio; quién la debe recibir es el juez porque es él quién debe proveer sobre ella; pero no puede proveer sin el contradictorio y esto exige que la demanda sea conocida también por la otra parte, la cuál de otro modo no podría contradecir. Esto no significa que la demanda se dirija también a la otra parte y, por tanto, deba también ser recibida por ésta; es necesario solamente que la otra parte sepa que una cierta demanda ha sido presentada al juez contra ella." (165)

165.- Carnelutti, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal. Colección Clásicos del Derecho. Traducción de Enrique Figueroa Alfonzo. Ed. Pedagógica Iberoamericana. México D.F. 1984. p. 113.*

IV.- EL EMPLAZAMIENTO.

Etimológicamente la palabra emplazamiento proviene del "verbo latino placeo, -ere 'gustar', una de cuyas formas: placitum est se usó como impersonal con el significado de 'parece bueno', de donde 'así se ha decidido'. De ésta manera placitum pasó a significar siempre 'decidido, fijado', y en particular la fecha para un procedimiento judicial, y aún el propio procedimiento judicial. En castellano ésta palabra dio plazo 'fecha fijada por un juez', de donde el verbo emplazar, significa obligación de presentarse en fecha fija.

Procesalmente el emplazamiento es el llamamiento con plazo hecho por el juez, citando a alguna persona para que comparezca en un proceso o instancia a manifestar su defensa o a cumplir con lo que se le mandare." (166)

El demandado conocerá de la interposición de una demanda en su contra a través del emplazamiento. El juez deberá emplazar al demandado, otorgándole un plazo con la finalidad de que éste dé contestación a la demanda interpuesta en su contra.

Las palabras notificación y emplazamiento suelen utilizarse como sinónimos, sin embargo los procesalistas señalan que emplazamiento debe reservarse para el acto procesal por el cuál el juzgador notifica al demandado

de la existencia de una demanda en su contra, del auto que la admite y le concede un plazo para que dé contestación a la misma.

El emplazamiento cuenta con dos elementos:

a.- Una notificación, misma que hace saber al demandado la existencia de una demanda en su contra, admitida por un juez, y

b.- Un emplazamiento en sentido estricto, que otorga al demandado un plazo para que conteste la demanda.

El emplazamiento al demandado es una de las formalidades esenciales del procedimiento a que se refiere nuestra Carta Magna en su artículo 14, que establece la llamada garantía de audiencia. Por ello el emplazamiento se ha rodeado de una serie de formalidades que garanticen el conocimiento del proceso por parte del demandado.

La notificación debe hacerse de manera personal en el domicilio del demandado, si éste no se encontrará deberá dejársele citatorio. En caso de que en la segunda búsqueda no se encuentre, podrá emplazársele a través de quién se halle en el domicilio, siempre y cuando el actuario se cerciore de ser el domicilio del demandado. Se dejará en poder de éste la cédula de notificación, que contendrá: nombre completo del promovente, el tribunal que ordena la diligencia, resolución a notificar, nombre completo de quién recibe, la fecha y la hora en que se entregue; así como una copia simple de la demanda y de los documentos base de la acción debidamente sellados.

Una vez llevado a cabo el emplazamiento, comenzará a correr el plazo para que el demandado conteste la demanda entablada en su contra. (167)

A éste respecto el Código de Procedimientos civiles para el Distrito Federal señala: "Art. 256.- Presentada la demanda con los documentos y copias prevenidos, se correrá traslado de ella a la persona o personas contra quienes se proponga, y se les emplazará para que la contesten dentro del término de nueve días.

Art. 259.- Los efectos del emplazamiento son:

I.- Prevenir el juicio en favor del juez que lo hace;

II.- Sujetar al emplazado a seguir el juicio ante el Juez que lo emplazó, siendo competente al tiempo de la citación, aunque después deje de serlo con relación al demandado porque éste cambie de domicilio, o por otro motivo legal;

III.- Obligar al demandado a contestar ante el juez que lo emplazó salvo siempre el derecho de provocar la incompetencia;

IV.- Producir todas las consecuencias de la interpelación judicial, si por otros medios no se hubiere constituido ya en mora el obligado;

V.- Originar el interés legal en las obligaciones pecuniarias sin causa de réditos." (168)

167.- Ovalle Favela, José. *ob. cit.* pp. 55, 56.

168.- *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. ob. cit.* p. 78

V.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Una vez emplazado el demandado podrá asumir las siguientes actitudes:

1.- Allanarse a la demanda, es decir aceptar las pretensiones que se le reclaman. El allanamiento ha sido considerado como una forma autocompositiva de solución al conflicto en donde el demandado se convierte de parte resistente en parte sometida a las pretensiones del actor. Una vez que el demandado se allana a la demanda inmediatamente se dicta sentencia, sin necesidad de pasar por la etapa probatoria y de alegatos, puesto que no existe controversia alguna. (169)

En materia procesal familiar, existen excepciones al hecho de que si el demandado se allana a la demanda o confiesa los hechos de la misma, se termina el procedimiento y se pasa a la etapa resolutoria. La Suprema Corte de Justicia de la Nación señala:

"DIVORCIO, CAUSALES DE , EN QUE LA CONFESIÓN NO ES MEDIO IDÓNEO PARA SU DEMOSTRACIÓN. PRUEBA PERICIAL.- Cuando se trata de una causal de divorcio consistente en una alteración o afectación de la salud o en un anormal funcionamiento de los órganos del cuerpo humano, como son las que contempla el legislador en la fracción VI del artículo 267 del Código Civil, no es suficiente (por no ser el medio de prueba idóneo), la confesión, sino que se requiere de otras pruebas, especialmente la

pericial por ser ésta la prueba idónea para tales casos, para tener por plenamente acreditada la alteración de la salud o el anormal funcionamiento . Séptima época. Cuarta parte: Vol. 43, pag. 35." (170)

En este mismo sentido "el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Sonora en su artículo 240, párrafo segundo, establece: 'no procede citar para sentencia en caso de allanamiento, si la cuestión planteada interesa al orden público o cuando manifestadamente la sentencia por dictar se surta efectos frente a terceros que no han litigado, y en los demás casos en que la ley así lo disponga'. Conforme al artículo 553, fracción IV, del mismo ordenamiento, en los procesos sobre cuestiones familiares y el estado civil de las personas, el allanamiento no vincula al juez." (171)

En la Ley Procesal Familiar de la República de El Salvador se establece: "Art. 48.- El allanamiento no produce efectos y el juez podrá rechazarlo y practicar pruebas de oficio cuando:

- a).- Advirtiere fraude;
- b).- Lo pidiere un tercero excluyente;
- c).- El demandado no tuviere la libre disposición del derecho o éste es irrenunciable;
- d).- Lo hiciere el apoderado que no esté especialmente facultado;
- e).- Los hechos admitidos no pudieren probarse por confesión, si la Ley

170.- *De la Paz y F., Victor M. ob. cit. p. 330.*

171.- *Ovalle Favela, José. ob. cit. p. 67.*

exige prueba específica.

f).- La sentencia pudiere producir efectos de cosa juzgada respecto de terceros; y

g).- Existiere litisconsorcio necesario y no hubiere conformidad de todos los demandados." (172)

Hemos señalado que en cuestiones de orden familiar la autonomía de la voluntad de las partes es un principio no aplicable a ésta materia, por lo tanto en cuestiones de orden civil el demandado podrá allanarse a la demanda y dar por terminado el procedimiento; en materia procesal familiar aún cuando el demandado se allane a la demanda, el juez de la familiar está obligado a investigar la realidad de los hechos en beneficio de la familia, que representa la célula fundamental de nuestra sociedad.

Esta excepción apoya nuestra postura de separar el procedimiento civil del procedimiento familiar, pues se trata de cuestiones opuestas que no pueden resolverse con base en un mismo ordenamiento procesal, por lo que proponemos la creación de un Código de Procedimientos Familiares para el Distrito Federal que contemple los principios especiales de éste tipo de procedimientos.

2.- Resistencia u oposición a la demanda.- El demandado podrá oponerse a la demanda a través de varias actividades.

a.- **Negación de los hechos.-** El demandado negará los hechos relatados por el actor en su demanda, imponiéndolele a éste la carga de probar los hechos afirmados, pues como señalaremos más adelante la carga de la prueba corresponde a quién afirma y no a quién niega los hechos de una demanda.

b.- **Denuncia.-** El demandado podrá solicitar al juez que haga del conocimiento de un tercero el juicio en el que ha sido demandado, con la finalidad de que comparezca a éste y la sentencia que se pueda dictar, adquiera carácter de cosa juzgada frente al tercero.

c.- **Negación del derecho.-** Como consecuencia de la actitud de negar los hechos, podrá negarse la existencia de los derechos reclamados por el actor, lo cuál se concreta en la denominada excepción de sine actione agis o excepción de falta de acción consistente en la negación de que el actor tenga los derechos reclamados en juicio. (173)

d.- **Oposición de excepciones .-** Todas las excepciones que el demandado tenga, deberá oponerlas en la contestación de la demanda. La oposición de excepciones ha sido considerada como el derecho de contradicción otorgado al demandado, como el derecho de acción es otorgado

al actor o demandante.

Tradicionalmente se han confundido los términos excepciones y defensa, incluyéndose en la práctica judicial dentro de las excepciones a las defensas. Las excepciones son oposiciones substanciales o de fondo, que no desconocen la existencia de la razón, de los hechos y el derecho en los que el actor fundamenta su demanda, sino que le contraponen nuevos o diferentes hechos o derecho que desvirtúan los efectos jurídicos pretendidos por el actor. La defensa, en cambio, es la negación de la razón, los hechos o el derecho pretendido por el actor.

Cuando el demandado al contestar la demanda niega los hechos, dirige su oposición hacia la existencia de la pretensión, por lo que estaríamos en presencia de una defensa; por el contrario cuando el demandado alega un hecho nuevo que modifica la situación anterior, estamos en presencia de una excepción. (174)

3.- Reconvencción.- Compete a los demandados no sólo excepcionarse o defenderse de lo que se les reclama sino también plantear nuevas pretensiones a través de la reconvencción, cada parte será al mismo tiempo actor y demandado. (175) La reconvencción es conocida también como contrademanda o mutua petición, por la cuál el demandado no sólo se defiende

174.- Gómez Lara, Cipriano. *ob. cit.* pp. 51, 52.

175.- Briseño Sierra, Humberto. *El Juicio Ordinario Civil*. Ed. Trillas. México D.F. 1975. p. 392.

o excepciona, sino que asume una actitud de ataque. El actor inicial es demandado reconvenicional y el demandado inicial es actor reconvenicional.

La reconvenición deberá plantearse al tiempo de contestar la demanda, cumpliendo los mismos requisitos que la demanda; el demandado deberá primero contestar la demanda entablada en su contra y posteriormente podrá interponer su reconvenición. Si el demandado reconviniera se le otorgará al actor un plazo de seis días para dar contestación a la demanda interpuesta en su contra. (176)

4.- Contumacia o Rebeldía.- Otra de las actitudes que puede asumir el demandado es de tipo pasivo, es decir no contestar la demanda.

La palabra rebeldía tiene los siguientes significados: "rebeldía del juicio. Contumacia; omisión del litigante, normalmente el demandado de no comparecer a estar a derecho, cuando ha sido emplazado personalmente en el país, absteniéndose de participar en el proceso que se le sigue. Rebeldía de la instancia.- Omisión del litigante que, habiendo participado en el juicio, se abstiene de comparecer e intervenir en una instancia ulterior. Rebeldía de un acto procesal.- Omisión del litigante de realizar un acto procesal concreto, tal como evacuar un traslado o una vista, dentro del término dado para ello." (177)

176.- Gómez Lara, Cipriano. *ob. cit.* pp. 59, 60, 61.

177.- Couture J., Eduardo. *Vocabulario Jurídico. ob. cit.* p. 502.

De la anterior definición se reconocen dos tipos de rebeldía la total, que se presenta cuando el demandado ha sido emplazado conforme a la ley y no comparece a contestar la demanda dentro del término que el juez le ha dado para tal efecto; y la rebeldía parcial en donde alguna de las partes, no comparece a realizar un determinado acto procesal.

Para que el juez pueda declarar la rebeldía en que incurra la parte demandada al no contestar la demanda debe cerciorarse de que el emplazamiento se ha realizado conforme lo marca la ley y el plazo concedido ha transcurrido sin que exista contestación de demanda. (178)

Las consecuencias que produce la declaración de rebeldía son las siguientes:

a.- Todas las notificaciones posteriores, aún las de carácter personal, le surtirán efectos al demandado a través de Boletín judicial.

b.- Si el demandado no contesta la demanda dentro del término señalado, se presumen confesados los hechos de la demanda, excepto en los casos que afecten las relaciones familiares, el estado civil de las personas, cuestiones de arrendamiento y los casos en que el emplazamiento se haga por edictos, en donde los hechos se tendrán por contestados en sentido negativo.

c.- A partir de la declaración de rebeldía se abre el período de ofrecimiento de pruebas. (179)

178.- Ovalle Favela, José. *ob. cit.* p. 86

179.- Becerra Bautista, José. *ob. cit.* p. 72

El artículo 271 del Código de Procedimientos Civiles para el D.F. señala: "Transcurrido el plazo fijado en el emplazamiento sin haber sido contestada la demanda se hará declaración de rebeldía, sin que medie petición de parte y se procederá de acuerdo con lo prescrito por el artículo 272-A a 272-B, observándose las disposiciones del Título Noveno.

Para hacer la declaración de rebeldía, el juez examinará escrupulosamente y bajo su más estricta responsabilidad si las citaciones y notificaciones precedentes están hechas al demandado en la forma legal, si el demandante no señaló casa en el lugar del juicio, y si el demandado quebrantó el arraigo.

Si el juez encontrara que el emplazamiento no se hizo correctamente, mandará reponerlo e impondrá una corrección disciplinaria al notificador, cuando aparezca responsable.

Se presumirán confesados los hechos de la demanda que se deje de contestar. Sin embargo, se tendrá por contestada en sentido negativo cuando se trate de asuntos que afecten las relaciones familiares, el estado civil de las personas, cuestiones de arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación, cuando el demandado sea inquilino, y en los casos en que el emplazamiento se hubiere hecho por edictos." (180)

Los dos últimos párrafos de éste artículo fueron reformados el 24 de mayo de 1996, en éstos se establece que si el juez encuentra que no se hizo el emplazamiento conforme a la ley, dará aviso al Consejo de la Judicatura para

que éste imponga una medida de corrección al notificador; por otra parte ya no se tiene por contestada en sentido negativo, las demandas que dejen de contestarse cuando se trate de cuestiones relativas al arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación.

La excepción de que en materia familiar sí no se contesta la demanda ésta se tiene por contestada en sentido negativo, apoya nuestra postura en el sentido de que el procedimiento familiar es totalmente opuesto al procedimiento civil, y por lo tanto no pueden aplicársele los mismos principios y debe regularse de una manera autónoma en un Código de Procedimientos Familiares. En éste sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala:

"DIVORCIO, SEVICIA COMO CAUSAL DE. CONFESIÓN FICTA.- Como la sociedad está interesada en la conservación del matrimonio, el juzgador debe ser estricto a fin de que las causas que provoquen la disolución del vínculo matrimonial sean de tal calidad que hagan imposible la vida en común. Si bien las presunciones pueden probar las causales de divorcio, deben ser vehementes y llevar al ánimo del juzgador la certeza de los hechos relativos que perturben la tranquilidad conyugal y que impidan que se restablezcan en lo futuro. Por tanto, no basta que no se haya contestado la demanda de divorcio, fundada en la causal de sevicia, para tener por comprobados los hechos en que se hizo consistir ésta, si no hay elemento alguno que confirme su existencia y realización. Es decir que cuando la confesión ficta no es suficiente, para tener por comprobada la causal de sevicia, la acción de divorcio legalmente no puede prosperar.

Sexta época, Cuarta Parte: Vol. LXII, Pág. 91. A.D. 8188/60. Lauro Estrada Angeles.- 5 votos." (181)

En materia familiar el que calla no otorga, corresponde al actor probar los hechos en los que funda la demanda y el demandado aún cuando no conteste la demanda no será declarado confeso de los hechos que se le imputan, como sucede en el procedimiento civil, puesto que se busca la protección de los intereses familiares y se previene que si el demandado no contesta, por alguna circunstancia, quede en total estado de indefensión

Esta es una característica propia del Derecho Procesal Familiar ya que éste representa intereses superiores a los del procesal civil. Por ello proponemos la creación de un Código de Procedimientos Familiares para el Distrito Federal y para cada uno de los Estados de la República Mexicana, que contenga verdaderos principios de Derecho procesal familiar y no se trate, como hasta la fecha, de aplicar principios del proceso civil, con excepciones en materia familiar, que al existir demuestran que ambos procedimientos son totalmente distintos.

La familia representa un interés superior al de los individuos que la forman, por tanto el Juez de lo Familiar debe velar por la protección de dichos intereses, pero debe hacerlo con base en una ley especializada en resolver conflictos de carácter familiar y no seguir aplicando leyes que no han sido creadas para tal efecto como es el Código de Procedimientos Civiles.

" El procedimiento de controversia familiar fue diseñado expresamente para atacar en forma inmediata, informal y rápida, la solución a determinados problemas familiares: la ley expresamente se refiere a cuestiones de alimentos, menores, diferencias entre padres y esposos, etc., que cita precisamente en el artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles.

Hay, sin embargo, otras cuestiones familiares de relevancia, como son los divorcios, nulidad de matrimonio, nulidad de actas del Registro Civil, reconocimiento de la paternidad, sucesiones, en donde indudablemente están involucrados el interés de la familia, su seguridad, la subsistencia de los menores; conflictos para los cuales el legislador consideró conveniente mantener la vía judicial de trámite ordinario en las primeramente enunciadas, y el procedimiento especial sucesorio en la última, a fin de permitir una substanciación menos apresurada y de mayor reflexión, dotada de términos más amplios y un periodo probatorio especial para acopiar y preparar las pruebas necesarias. Este trámite ordinario impuesto a problemas familiares trascendentes, impuso el criterio de que en tales materias era totalmente ajena la aplicación de los principios de Derecho procesal familiar. Se limitó así la discrecionalidad, la actuación de oficio, la suplencia de la queja, la ausencia de formalidades, la búsqueda de pruebas por el juez, a cuestiones menos complejas y más urgentes, y se descuidó de atender a otras de mayor o igual importancia." (182)

Dar reglas distintas del procedimiento civil para determinados conflictos familiares, dejando fuera a otros que también afectan a la familia, no es la mejor solución en materia procesal familiar. El Derecho procesal familiar existe y cuenta con reglas específicas que deben aplicarse a todo tipo de procedimiento en donde se ve involucrada la familia y no sólo a alguno de ellos.

Nuestra propuesta en este sentido es de aplicar las reglas especiales del Derecho procesal familiar a toda controversia que se suscite en la familia. No podemos seguir aplicando las reglas del juicio ordinario civil a juicios de carácter familiar, pues se trata de situaciones distintas, es necesario crear un tipo de juicio paralelo a las controversias familiares, que dé solución todo lo relativo a aquellos juicios no contemplados en la controversias familiares, pero relativos a la familia, y a los cuales deben aplicárseles las reglas del Derecho procesal familiar

En las controversias del orden familiar, al interponer la demanda o contestar la misma, las partes deberán ofrecer las pruebas en las que fundamentan sus acciones o excepciones. Es decir las pruebas serán ofrecidas al inicio del procedimiento. Después de contestada la demanda se señalará fecha para una audiencia de conciliación.

En los demás juicios de carácter familiar, a los que se les aplican los principios del procedimiento civil, postura que no compartimos, una

vez que se contesta la demanda, el juez fijará fecha para que tenga verificativo la audiencia previa y de conciliación, en ella el juez de lo familiar, haciendo uso de las amplias facultades que le concede la ley, buscará que las partes lleguen a un acuerdo y se de por terminado el juicio.

Una de las diferencias fundamentales entre el procedimiento civil y el familiar, es la facultad del juez de lo familiar de tratar de concluir el litigio, por medio de un acuerdo entre los contendientes. Las controversias surgidas entre familiares, reclaman con mayor urgencia una vía de solución que evite el desgaste de la relación familiar por una controversia judicial. Es razonable que en materia familiar se enfatice la necesidad de llegar a una solución negociada del conflicto que afecta a la familia, a través del juez que debe conciliar en lo posible en beneficio de los intereses del grupo y no de los individuos que la forman.

En éste sentido, el tercer párrafo del artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles señala que el juez deberá exhortar a los interesados a lograr un advenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento.
(183)

183.- *Ibidem* pp. 162, 165, 166.

Al término de la audiencia de conciliación, en caso de los procedimientos ordinarios, y sólo si las partes no llegan a un acuerdo se abre el período probatorio, para que en un plazo de diez días ofrezcan las pruebas necesarias .

En éste sentido nuestra propuesta consiste en que para hacer más rápido el procedimiento familiar, independientemente si se trata de controversias familiares o no, las pruebas se ofrezcan desde el inicio del procedimiento, con la finalidad de que los asuntos familiares se resuelvan, en bienestar de la misma, de la manera más rápida como sea posible.

Durante el período probatorio las partes aportarán al juez todo aquello que sirva para demostrar y tenga relación con los hechos en los que fundaron la demanda y la contestación de la misma. En la reforma del 24 de mayo de 1996 se establece que desde el escrito de demanda deben, al mismo tiempo que se narran los hechos, señalarse los documentos relacionados con ellos o los testigos presenciales de los mismos. Esto permite al demandado conocer, desde la demanda, las pruebas que posteriormente se ofrecerán, pues aunque la demanda contenga nombres de testigos, ésto no sustituye el período de ofrecimiento de pruebas, abierto después de la audiencia de conciliación.

VI.- LAS PRUEBAS.

1.- CONCEPTO DE PRUEBA.- "La palabra prueba en su sentido estrictamente gramatical, expresa la acción y efecto de probar, y también la razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa.

La palabra prueba tiene su etimología, según unos, del adverbio probe, que significa honradamente, por considerarse que obra con honradez el que prueba lo que pretende; o, según otros, de la palabra probandum, que significa recomendar, probar, experimentar, patentiza, hacer fe, según expresan varias leyes del Derecho Romano.

Por prueba se entiende, principalmente, según la define la Ley de Partida, la averiguación que se hace en juicio de alguna cosa dudosa, o bien la producción de los actos o elementos de convicción que somete el litigante, en la forma que la ley previene, ante el juez del litigio, y que son propios, según derecho, para justificar la verdad de los hechos alegados en el pleito." (184)

Probar es producir un estado de certidumbre, respecto de la existencia o inexistencia de un hecho o verdad o falsedad de una propuesta, en la mente de

184.- De Pina, Rafael. Tratado de las Pruebas Civiles. Tercera ed. Porrúa S.A. México D.F. 1981. pp. 27, 28.

una o varias personas . Probar es lograr que la mente perciba algo con la misma claridad con que los ojos ven las cosas materiales. (185)

Una etapa importante en cualquier tipo de procedimiento es la probatoria, en donde ambas partes ofrecen al juzgador las pruebas con las que pretenden demostrar los hechos fundamentales de su demanda o las excepciones que opusieron al contestar la misma.

En materia procesal familiar, además de las pruebas que las partes aporten, el juez podrá, haciendo uso de sus amplias facultades, solicitar las pruebas que estime conveniente para estar en posibilidad de llegar a la verdad. Esta facultad no la tiene el juez en el procedimiento civil, lo que apoya nuestra propuesta, en el sentido de separar definitivamente el procedimiento civil del familiar, pues se trata de cuestiones distintas.

En el artículo 945 del Código de Procedimientos Civiles para el D.F establece que el juez de lo familiar podrá cerciorarse personalmente o con auxilio de trabajadores sociales de la veracidad de los hechos. (186)

En la práctica el juez de lo familiar no hace uso de éstas facultades, es decir no se aboca a investigar la verdad de los hechos, ni actúa de oficio.

185.- *Diccionario de Derecho Procesal Civil. ob. cit. pp. 657, 658*

186.- *Código de Procedimientos Civiles para el D.F.: ob. cit. p. 243*

Consideramos que los jueces de lo familiar deben recibir una adecuada formación profesional, que les haga adquirir conciencia de la responsabilidad a su cargo, y hagan uso de las facultades otorgadas por su rango.

El artículo 21 del Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo dispone: "El juez familiar podrá ordenar el desahogo de cualquier clase de pruebas que no afecten la moral, las buenas costumbres, el orden público, ni contraríen a la ley, aunque no las ofrezcan las partes, cuando el punto que desee aclarar, afecte el interés de la familia, conservando la igualdad entre las partes." (187)

Por su parte la Ley Procesal de Familia de la República de El Salvador señala: "Art. 109.- A continuación el Juez resolverá sobre los medios probatorios solicitados por las partes; rechazará los que fueren inadmisibles, impertinentes o inútiles y admitirá los medios probatorios que estime pertinentes al caso, para que sean presentados y ordenará de oficio los que considere necesarios." (188)

El Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo y la Ley Procesal de Familia de la República de El Salvador, cuerpos de leyes pioneros en separar la materia procesal civil de la procesal familiar, reconocen

187.- *Legislación Familiar del Estado de Hidalgo. Código de Procedimientos Familiares. ob. cit. p. 114*

188.- *Ley Procesal de Familia de la República de El Salvador. ob. cit. p. 43.*

expresamente la facultad del juez familiar de ordenar las pruebas que estime conveniente para llegar a la verdad de los hechos aún cuando las partes no las hayan ofrecido.

Estas disposiciones apoyan nuestra propuesta de que el procedimiento familiar es distinto del civil, en primer lugar por regular de manera independiente al procedimiento familiar, y en segundo por otorgar al juez familiar atribuciones expresas para ordenar las pruebas que estimen convenientes a fin de llegar a la verdad de los hechos.

En el Código de Procedimientos civiles para el D.F. se otorga a los jueces, en artículos diferentes (279 y 945), la facultad de ordenar pruebas de oficio, sin que, en la práctica, hagan uso de éstas facultades, conformándose con las pruebas presentadas por las partes.

Una vez que venza el plazo para ofrecer pruebas, el juez deberá acordar sobre la admisión o desechamiento de las ofrecidas por las partes.

2.- PRINCIPIOS RECTORES DE LA PRUEBA.- Existen ciertos principios que rigen la actividad probatoria en un procedimiento.

a.- Principio de la necesidad de la prueba. Los hechos sobre los que se funda una decisión judicial deben ser demostrados por las pruebas que ofrezcan las partes u ordene el juez, ya que el juzgador no puede decidir sobre cuestiones que no hayan sido probadas.

b.- Prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos. Nadie puede ser juez y parte al mismo tiempo, por lo tanto no podrá suplir las pruebas con el conocimiento personal que tenga sobre los hechos.

c.- Principio de adquisición de la prueba. La actividad probatoria no pertenece a quién la realiza, sino que es propia del proceso. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que la propuso y proporcionó.

d.- Principio de contradicción de la prueba. La parte en contra de la cuál se propuso una prueba, tiene derecho de conocerla y discutirla, incluyendo en ésto el ejercicio de su derecho de contraprobar.

e.- Principio de publicidad de la prueba. Las partes y cualquier tercero interesado, deben estar en posibilidad de conocer directamente los motivos que determinaron una decisión judicial, particularmente en lo referente a la valoración de la prueba.

f.- Principio de inmediación y dirección del juez en la producción de la prueba. El juez debe dirigir de manera personal, sin mediación de nadie, la producción de la prueba, ya que si ésta está dirigida a producir en el juzgador una valoración, nada más lógico que sea éste quién la reciba y dirija su producción. (189)

g.- Sólo los hechos controvertidos de la demanda y la contestación están sujetos a prueba, el Derecho lo estará sólo tratándose de leyes extranjeras, usos o jurisprudencia.

h.- No deben admitirse las pruebas que son contrarias al Derecho, a la moral o aquellas sobre las que ya exista cosa juzgada. (190)

Para que el juzgador, en el desarrollo dialéctico del proceso, esté en posibilidad de dar solución a una controversia, debe analizar las pruebas que las partes le ofrecen y en algunos casos, podrá ordenar otras que le permitan conocer la verdad de los hechos, de otra manera sería imposible que el juzgador diera una solución al conflicto.

3.- CARGA DE LA PRUEBA.- ¿Quién está obligado a probar? La respuesta a ésta pregunta la da la carga de la prueba, con los siguientes principios:

" El que afirma está obligado a probar; por consecuencia el actor está obligado a probar los elementos de hecho en que funda su acción y el reo los concernientes a sus excepciones.

El reo hace las veces de actor en lo relativo a las excepciones.

190.- Pérez Palma, Rafael. *Guía de Derecho Procesal Civil*. 5ª ed. Cardenas Editor y Distribuidor. México D.F. 1979. p. 349.

El que niega no está obligado a probar su negación . Más aún algunos sostienen que el hecho negativo no es susceptible de prueba porque esto implica la demostración de la no existencia de una serie de hechos positivos contrarios a él. Por ejemplo si el demandado sostiene que no se encontraba en un lugar y fecha determinada, deberá probar que se encontraba en otra parte. Si sostengo que no estuve en México el 15 de enero de 1959 a las diez de la mañana, me basta probar que a esa hora estuve en Guadalajara." (191)

Es decir la carga de la prueba no le corresponde sólo al actor o al demandado sino a ambos, en cuanto que uno debe probar los hechos de su demanda y el otro las excepciones a la misma.

En materia procesal familiar son aplicables los principios de la carga de la prueba; sin embargo hay excepciones como la plasmada en la siguientes tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

"ALIMENTOS, NECESIDAD DEL PAGO DE. CARGA DE LA PRUEBA.- El marido tiene obligación de alimentar a la mujer y a los hijos, quienes tienen a su favor la presunción de necesitar los alimentos, salvo prueba en contrario. La obligación cesa cuando los acreedores ya no tienen necesidad de ellos, pero la carga de la prueba corresponde en éstos casos al deudor. Jurisprudencia 146 (Séptima época), apéndice 1917 - 1988, segunda parte, pag.

257." (192)

En éste caso la carga de la prueba se revierte al deudor alimentario quién deberá demostrar que los acreedores cuentan con recursos suficientes para subsistir, y éstos no están obligados a probar que requieren de alimentos, pues ello se comprueba en razón de la dependencia económica con el deudor.

4.- MEDIOS DE PRUEBA.- Son cualquier cosa que pueda demostrar los hechos controvertidos

El Código de Procedimientos Civiles en su artículo 289 dispone: "Son admisibles como medios de prueba aquellos elementos que pueden producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos." (193)

La doctrina ha clasificado los medios de prueba de la siguiente manera:

" Pruebas directas, que son aquellas que producen el conocimiento del hecho directamente y sin necesidad de intermediarios; a ellas se oponen las pruebas indirectas, que también conducen a la prueba del hecho pero a través de otros medios y de los razonamientos que debe hacer la mente, para llegar al conocimiento del hecho que se investiga.

192.- *Bejarano y Sánchez, Manuel. ob. cit. p. 105.*

193.- *Código de Procedimientos Civiles para el D.F. ob. cit. p. 86*

Pruebas reales u objetivas, consisten en casos apreciables por los sentidos, y a las que se oponen las personales, que derivan de la actividad de las personas y cuya objetividad se pierde o es difícil de demostrar.

Pruebas pertinentes, las que conciernen a los hechos controvertidos y a las que se oponen las impertinentes, que se refieren a los hechos que no son materia de la controversia.

Pruebas idóneas, aquellas que son adecuadas para probar los hechos litigiosos; a ellas se oponen las ineficaces, que como su nombre lo indica, son las que carecen del poder o de la eficacia suficientes para probar algún hecho.

Pruebas necesarias, las que son indispensables para probar algún elemento esencial de la acción o de la excepción; frente a ellas se colocan las inútiles, que son aquellas que carecen de trascendencia legal por referirse a hechos sin importancia y las útiles, que no siendo necesarias, tienden simplemente a ilustrar el conocimiento del juez.

Pruebas morales o inmorales, cuyo calificativo proviene, no de que esté prohibido probar algún hecho inmoral, como lo puede ser un adulterio, o cualquier acto reprobado por las buenas costumbres, sino de la intención insana y morbosa, con que sea ofrecida u ordenada la prueba, como sería la reconstrucción de algún hecho inmoral, simplemente para presenciar el espectáculo.

Pruebas concurrentes cuando son varias las pruebas que concurren a demostrar un sólo hecho y singulares las que no están asociadas a otras para ese mismo efecto.

Pruebas nominadas e inominadas según que estén o no, comprendidas dentro de los medios de prueba enumerados por la ley." (194)

"Pruebas preconstituidas y por constituir. Las primeras existen previamente al proceso, como los documentos. Las pruebas por constituir son aquellas que se realizan sólo durante y con motivo del proceso, como la declaración testimonial, la inspección judicial o los dictámenes periciales." (195)

Pruebas históricas son aquellas aptas para representar el objeto que se quiere conocer, v. gr. las fotografías, las cintas cinematográficas, las producciones fonográficas. Pruebas críticas no representan directamente el objeto que se quiere conocer, v. gr. objetos o declaraciones de personas que sin reflejar el hecho que se va a probar, sirven al juez para deducir la existencia o inexistencia del mismo.

Pruebas permanentes ya que cuentan con la eficacia de conservar la realización de los hechos, independientemente de la memoria del hombre y el

194.- Pérez Palma, Rafael. ob. cit. p. 348.

195.- Ovalle Favela, José. ob. cit. p. 110

transcurso del tiempo, v. gr. los documentos. Pruebas transitorias, que reconstruyen los hechos con elementos subjetivos y se basan en la memoria del hombre, v. gr. la declaración de testigos.

Pruebas reales que son proporcionadas por cosas: documentos, fotografías, copias, etc.. Pruebas personales tienen su origen en declaraciones de personas: testimonial, confesional, pericial. (196)

Dentro de las anteriores clasificaciones de los medios de prueba dadas por la Doctrina, se encuentran comprendidos todas las pruebas que pueden ofrecerse en cualquier tipo de juicio y las cuales serán analizadas a continuación.

5.- PRUEBAS EN PARTICULAR.- Las pruebas que pueden ofrecerse, de acuerdo con nuestro Código de Procedimientos Civiles son las siguientes:

A.- La Confesional.- La Confesión se define como la declaración o reconocimiento que una parte hace de hechos controvertidos que le son propios.

1.- Clasificación de la prueba Confesional.- Existen diversas clases de confesión.

a.- Confesión Judicial, la que se hace ante juez competente y siguiendo las formalidades señaladas por la ley.

b.- Confesión extrajudicial, aquella realizada fuera de juicio o ante juez incompetente.

c.- Confesión espontánea, la que una parte formula, en la demanda o contestación, sin necesidad de que la contraparte requiera la prueba.

d.- Confesión provocada, se presenta cuando una de las partes ofrece la prueba de confesión de su contraparte y se practica cumpliendo las formalidades legales.

e.- Confesión expresa, la formulada con palabras, respondiendo a las preguntas, denominadas posiciones, que realiza la contraparte o el juez . Esta a su vez puede ser simple, cuando el confesante acepta lisa y llanamente que sucedieron los hechos en los términos que se le pregunta; cualificada cuando además de reconocer los hechos, agrega nuevas circunstancias. (197)

f.- Confesión ficta, aquella que la ley presume cuando el que ha sido citado a desahogar la prueba confesional, incurre en alguno de los siguientes supuestos: no comparece, compareciendo se niega a declarar, declarando no

197.- Mateos Alarcon, Manuel. Estudios sobre las pruebas en materia civil, mercantil y federal. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1971. pp. 48, 49, 50, 51.

responde afirmativa o negativamente, se dejan de contestar los hechos de la demanda o se contestan con evasivas, o no se contesta la demanda. (198)

La confesión ficta tiene una excepción en materia procesal familiar, ya que, como hemos señalado anteriormente, en materia familiar si no se contesta la demanda ésta se tiene por contestada en sentido negativo y no se tienen por confesados los hechos de manera ficta. En éste sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene las siguientes tesis: "DIVORCIO, SEVICIA COMO CAUSAL DE. CONFESIÓN FICTA.- Como la sociedad está interesada en la conservación del matrimonio, el juzgador debe ser estricto a fin de que las causas que provoquen la disolución del vínculo matrimonial sean de tal calidad que hagan imposible la vida en común. Si bien las presunciones pueden probar las causales de divorcio, deben ser vehementes y llevar al ánimo del juzgador la certeza de los hechos relativos que perturben la tranquilidad conyugal y que impidan que se restablezcan en lo futuro. Por tanto, no basta que no se haya contestado la demanda de divorcio, fundada en la causal de sevicia, para tener por comprobados los hechos en que se hizo consistir ésta, si no hay elemento alguno que confirme su existencia y realización. Es decir que cuando la confesión ficta no es suficiente, para tener por comprobada la causal de sevicia, la acción de divorcio legalmente no puede prosperar. Sexta época, Cuarta Parte: Vol. LXII, Pág. 91. A.D. 8188/60. Lauro Estrada Ángeles.- 5 votos." (199)

198.- *Ovalle Favela, José. ob. cit. p. 111*

199.- *De la Paz y F., Víctor M. ob. cit. p. 359*

DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE. INEFICACIA DE LA CONFESIÓN FICTA PARA DEMOSTRARLO, SI NO SE ADMICULA ESTA CON OTRAS PROBANZAS.- La confesión ficta de la actora, por no haber concurrido a la diligencia de absolución de posiciones, pese a estar citado para ello con el apercibimiento de ley, si es el único elemento de prueba con que se pretende demostrar el adulterio atribuido a la cónyuge, no es bastante para demostrar la procedencia de la acción reconvenzional ejercitada y, por tanto, carece del valor probatorio que se le atribuye, porque dicha prueba, según lo ha sostenido ésta Sala en la Tesis Jurisprudencial 124, visible a fojas 363, de la Cuarta Parte de la última compilación del Semanario Judicial de la Federación, constituye una presunción que, para demostrar con ella una causal de divorcio, debe ser acompañada de otros elementos probatorios que la robustezcan. Amparo directo 4203/74. Telesforo Barradas Montero. 10 de marzo del 1977. 5 votos. Ponente: Salvador Mondragón Guerra. Secretario: Max J. Peniche. " (200)

En materia civil la prueba confesional fue, por mucho tiempo considerada como la reina de las pruebas, sin embargo, poco a poco ha ido perdiendo su eficacia para probar, por si sola, los hechos controvertidos. En materia procesal familiar la prueba confesional nunca ha sido considerada como prueba plena, ya que por tratarse de cuestiones de orden público, se solicita la presencia de otras pruebas que acrediten los hechos controvertidos.

2.- Formalidad de la prueba confesional.- Para garantizar que la confesión produzca efectos jurídicos deben seguirse ciertas formalidades establecidas por la ley.

a.- Ofrecimiento de la prueba. La prueba confesional se ofrece, de acuerdo con el artículo 308 del Código de Procedimientos Civiles para el D.F. vigente hasta el 24 de julio de 1996, desde que se abrió el periodo de ofrecimiento de pruebas y hasta antes de la audiencia de desahogo de las mismas. A partir del 24 de julio de 1996, y debido a las reformas al Código de Procedimientos Civiles para el D.F. del 24 de mayo de 1996, la prueba confesional se podrá ofrecer desde los escritos de demanda y contestación de la misma y hasta diez días antes de la celebración de la audiencia.

Puede o no presentarse pliego de posiciones. Las posiciones son las preguntas que hace una parte a la otra, sobre hechos propios que sean materia del debate, formuladas en términos precisos, sin insidia y que puedan ser contestadas en sentido afirmativo o negativo. Este pliego deberá guardarse en el seguro del juzgado y sólo podrá abrirse por el juez al principio de la audiencia de desahogo de pruebas, cuando se articulen posiciones por escrito. Se permite que las posiciones se hagan de manera oral, en el momento de la audiencia

b.- Citación a la diligencia. El desahogo de la confesional no puede llevarse a cabo, si el absolvente no es citado a través de notificación personal a más tardar el día anterior a la diligencia.

c.- **Presencia del juzgador.** Lo que distingue la confesión judicial de la extrajudicial, es que la primera debe desahogarse ante la presencia judicial, la cuál deberá cumplir ciertos deberes. Abrir el sobre cerrado que contenga el pliego de posiciones, cuando estas van a desahogarse por escrito. Conocer las posiciones formuladas, calificando y aprobando aquellas que cumplan los requisitos señalados por la ley, las demás deberá desecharlas. Deberá apercibir al declarante que se conduzca con verdad, apercibiéndolo de declararlo confesó, si contesta con evasivas o dijere ignorar los hechos propios.

d.- **Presencia de las partes.** Ante el juez deberán comparecer el articulante y el absolvente; el último sin la asistencia de abogado, pero tratándose de extranjeros podrán tener interprete. La presencia de la parte articulante es importante, puesto que podrá, si lo considera necesario, ampliar las posiciones de manera oral.

e.- **Necesidad de llevar a cabo la diligencia por escrito.** La ley exige, para que no se dude de que se cumplieron las formalidades exigidas para la confesión, que el absolvente firme el pliego de posiciones; se levante acta en donde conste las respuestas dadas por el absolvente, implicando la pregunta y que el absolvente firme el acta, una vez que ha leído sus respuestas. (201)

Las formalidades que debe cumplir la prueba confesional, son aplicables al desahogo de la confesional en un procedimiento familiar. Excepto

201.- *Becerra Bautista, José. ob. cit. pp. 106, 107, 108.*

que tratándose de asuntos de carácter familiar, si el absolvente no comparece, o contesta con evasivas, o señala desconocer hechos propios; no será declarado confeso de las posiciones que han sido calificadas de legales. Como hemos mencionado anteriormente, en materia familiar el que calla no otorga, y corresponderá a la contraparte probar, plenamente a través de otras pruebas, los hechos que afirma.

B.- La prueba documental.- Esta prueba se desahoga por medio de documentos, que son considerados como uno de los medios más seguros de prueba en el proceso.

En los documentos se expresa, a través de signos, una manifestación del pensamiento, sin importar el material sobre el cuál están contenidos ni la clase de escritura. Sin embargo, existen corrientes que sólo consideran documentos a aquellos que contengan escritos, dejando fuera a las fotografías, planos, dibujos, considerados objeto de inspección o reconocimiento judicial. Nuestro Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal considera a éstos últimos como medios de prueba científicos, agrupándolos de manera independiente de los documentos, propiamente dicho.

Para que éstos pueden ser objeto de prueba en un proceso deben ser examinados, percibidos sensorialmente por el juez.

1.- Clasificación de los documentos. Para ser ofrecidos como prueba, los documentos se clasifican en privados y públicos. Los primeros consignan alguna disposición o convenio, celebrado entre particulares y sin la intervención de ningún funcionario público. Los segundos son otorgados por autoridades, funcionarios públicos o personas investidas de fe pública. (202)

El Código de Procedimientos Civiles para el D.F., señala en su artículo 327 cuales son documentos públicos:

"Art. 327.- Son documentos públicos:

I.- Los testimonios de las escrituras públicas otorgadas con arreglo a derecho y las escrituras originales de las mismas;

II.- Los documentos auténticos expedidos por funcionarios que desempeñen cargo público en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones;

III.- Los documentos auténticos, libros de acta, estatutos, registros y catastros que se hallen en los archivos públicos, o los dependientes del Gobierno federal, de los Estados o del Distrito Federal;

IV.- Las certificaciones de las actas del estado civil expedidas por los jueces del Registro Civil, respecto a constancias existentes en los libros correspondientes;

VI.- Las certificaciones de constancias existentes en los archivos parroquiales y que se refieran a actos pasados, antes del establecimiento del Registro Civil, siempre que fueren cotejados por Notario Público o quién haga sus veces con arreglo a Derecho;

VII.- Las ordenanzas, estatutos, reglamentos y actas de sociedades o asociaciones, universidades, siempre que estuvieren aprobados por el Gobierno general o de los Estados, y las copias certificadas que de ellos se expidieren;

VIII.-Las actuaciones judiciales de toda especie.

IX.- Las certificaciones que expidieren las bolsas mercantiles o mineras autorizadas por la ley y las expedidas por corredores titulados con arreglo al Código de Comercio;

X.- Los demás a los que se les reconozca ese carácter por la ley." (203)

Este artículo fue reformado el 24 de mayo de 1996 y entrará en vigor el 24 de julio de 1996, quedando de la siguiente manera:

"Art. 327.- . . .

I.- Las escrituras públicas, pólizas y actas otorgadas ante notario o corredor público y los testimonios y copias certificadas de dichos documentos;

II a X.- . . . " (204)

En materia procesal familiar respecto a los documentos públicos, señalados por la fracción II del artículo anterior, la Corte ha dado la siguiente tesis: DIVORCIO. ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL. INEFICACIA PROBATORIA DE LAS ACTAS DE BARANDILLA.- Las constancias levantadas ante los Tribunales Calificadores carecen de eficacia

203.- *Código de Procedimientos Civiles. ob. cit. p. 94*

204.- *Diario Oficial de la Federación del 24 de mayo de 1996. ob. cit. p. 19*

probatoria, porque para su asentamiento no requiere la autoridad el cumplimiento de ningún requisito previo, sino que actúa a simple instancia del interesado, asentándose los datos que ministra, de donde resulta que la constancia sólo es una mera información que hace el interesado a la autoridad que interviene, sin ningún valor legal probatorio, pues atribuírselo, sin haberse oído a la persona a quién se alude en la constancia, equivaldría a negarle el derecho de audiencia que preconiza el artículo 14 Constitucional. Séptima época, Cuarta Parte: Vol. 8 Pag. 18. A.D. 9427/68. Francisco Ortega Morales.- 5 votos.- Vol. 56. pag. 20 A.D. 3378/72.- Jesús Corres Espinoza.- 5 votos.- Vol. 61. Pag. 32. A.D. 53/72.- Guillermo Monzcatti Palacios.- 5 votos." (205)

Aún cuando las actas de barandilla son consideradas como documentos públicos, por ser expedidos por un funcionario en el ejercicio de sus funciones, no constituyen prueba plena para acreditar, en éste caso, una causal de divorcio. Se trata a todas luces de proteger a la familia, la célula más importante de cualquier sociedad. Si se tratará de cualquier otro procedimiento tal documento serviría para probar un hecho controvertido, tratándose de un procedimiento familiar, el juez debe ir más allá de lo que las partes, en ocasiones le presentan como pruebas.

C.- Prueba Pericial.- "Cuando la apreciación de un hecho requiere de parte del observador una preparación especial, obtenida por el estudio científico de la materia a que se refiere, o, simplemente, por la experiencia

personal que proporciona el ejercicio de una profesión, arte u oficio, surge en el proceso la necesidad de la pericia." (206)

Existen casos en que el juez debe ser auxiliado por expertos en ciertas materias, puesto que él sólo está obligado a ser experto en derecho, pero no a conocer otras materia, por eso, en ciertas ocasiones, para tener ese conocimiento, debe ser auxiliado por otros profesionales.

El Código de Procedimientos Civiles para el D.F. señala que la prueba pericial procede cuando sean necesarios conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, técnica, oficio o industria, y deberá ofrecerse expresando los puntos sobre los que versará el peritaje.

Las partes deberán ofrecer la prueba, dentro del término de ofrecimiento; señalarán el ámbito de conocimiento especial sobre la que debe versar el peritaje; las cuestiones que debe resolver el perito; el nombre completo, domicilio, calidad, cédula profesional, si cuenta con ella, del perito propuesto. Una vez admitida la prueba, los peritos, en un plazo de tres días, deberán presentar escrito por el cuál aceptan el cargo; protestan el fiel y legal desempeño del mismo; presentan los documentos que los acredite como tal, y manifiestan bajo protesta de decir verdad que conocen los puntos cuestionados. Deberán presentar su dictamen dentro de los diez días siguientes a la fecha en

que presentan el escrito de aceptación del cargo. Tratándose de juicios de trámite especial, el peritaje deberá rendirse en un plazo de cinco días.

La falta de presentación del escrito de aceptación del cargo del perito del oferente de la prueba, dará lugar a que el juez le designe perito en rebeldía. Si la parte contraria no nombra perito de su parte, o nombrándole no se presenta a aceptar el cargo, se presumirá que se adhiere al peritaje rendido por el perito de la oferente.

Si los peritos se presentan a aceptar el cargo, pero no rinden su peritaje en el término concedido, se presume que dicha parte acepta aquél que se rinda por el perito de la contraria. Si ambos peritos no rinden su dictamen, el juez nombrará un solo perito, para ambas partes, en rebeldía.

Si los dictámenes de los peritos de ambas partes, fueren substancialmente contradictorios, el juez nombrará un perito tercero en discordia. (207)

En muchos de los conflictos de carácter familiar se requiere de la opinión de expertos en diversas materias, como la médica, psicológica, de asistencia social. El juez de lo familiar debería contar con un cuerpo multidisciplinario que le ayude a conocer la verdad de los hechos, sin esperar a que las partes, a través de la prueba pericial, le soliciten éste conocimiento.

207.- *Diario Oficial de la Federación del 24 de mayo de 1996. ob. cit. pp. 19, 20, 21.*

D.- Inspección Judicial.- Es el examen sensorial directo realizado por el juez en personas u objetos relacionados con la controversia. El examen no sólo se limita a lo que vea el juez, puede utilizar otros sentidos como el olfato, el oído, etc.

Ofrecida y admitida la prueba de inspección judicial, el juez señalará fecha y hora para llevarla a cabo, a la misma podrán concurrir las partes o sus representantes legítimos, los abogados, los testigos y los peritos. Cualquiera de ellos podrá hacer las observaciones que estime convenientes.(208)

La inspección judicial, en materia procesal familiar, es un medio idóneo para que el juez conozca la realidad de los hechos. En el uso de las amplias facultades que la ley le concede al juez familiar, consideramos que debiera de ordenar, en todos los juicios relacionados con la familia y sobre todo con menores, la inspección judicial, trasladándose al lugar donde la familia habita y en donde los problemas se presentan. Sin embargo, el juez de lo familiar no hace uso de sus facultades inquisitoriales y espera a que las partes le ofrezcan la prueba de inspección judicial, y cuando lo hacen delega en el secretario de acuerdos, notificador, conciliador, o su colaborador más cercano la práctica de ésta diligencia, que consideramos de vital importancia en materia procesal familiar.

208.- *Becerra Bautista, José. ob. cit. pp. 129, 130, 131.*

E.- La Testimonial.- Esta prueba tuvo una gran importancia histórica, al grado de que los testigos fueron considerados como los ojos y los oídos de la justicia. Los problemas propios de la percepción, la falibilidad humana y las operaciones indebidas a que se presta esta prueba, han reducido la confiabilidad de ella.

1.- Concepto de testimonio.- Es la declaración, hecha por un tercero ajeno a la controversia, de los hechos sobre los que versa ésta.

2.- Clasificación de testigos.- Existen varias clases de testigos:

a.- Por razón del nexo del testigo con el hecho. El testigo puede ser:

a.1.- Testigo directo, también llamado de presencia o de vista, que es aquel que ha tenido conocimiento inmediato del hecho.

a.2.- Testigo indirecto, conocido como de referencia o de oídas, si su conocimiento, sobre los hechos controvertidos, provienen de informaciones proporcionadas por otras personas.

b.- Por la función que desempeña. El testigo puede ser:

b.1.- Testigo narrador, aquel que comparece a declarar en juicio, narrando los hechos sobre los que son interrogados.

b.2.- Testigo instrumental, cuando su presencia se requiere para dar validez a un determinado acto.

En materia procesal, de éste grupo, importan los testigos narradores.

c.- Por el contenido de su declaración. El testigo puede ser:

c.1.- Contradictorios o discordantes.

c.2.- Contestes o concordantes.

Depende si hay discrepancia o no en su declaración. Y al respecto la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene que las discrepancias que existan en los testigos, si no alteran la esencia de los hechos, no afectan la sustancia de la declaración de los mismos y no deben considerarse como contradictorias.

Por otra parte señala que la coincidencia total en las declaraciones de los testigos, engendra sospecha sobre la sinceridad de los mismos, y da motivos para sospechar que éstos han sido aleccionados previamente.

3.- ¿Quiénes pueden ser testigos? Todos aquellos que tengan conocimiento de los hechos controvertidos. El artículo 288 del Código de Procedimientos Civiles para el D.F., establece, a terceros ajenos a juicio, la obligación de prestar auxilio a los tribunales en la averiguación de la verdad. Sin embargo, quedan exentos de ésta los ascendientes, descendientes, cónyuges y personas que deban guardar el secreto profesional, cuando se trate de probar un hecho en contra de la parte con la que están relacionados. Estas personas no pueden ser obligadas a declarar, pero pueden hacerlo, si lo desean. (209)

209.- *Ovalle Favela, José. ob. cit. pp. 124, 125, 126.*

4.- Ofrecimiento de la prueba.- Hasta antes del 24 de julio de 1996, fecha en que inicia la vigencia de las reformas al Código de Procedimientos Civiles del D.F., publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 24 de mayo de 1996, la prueba testimonial se ofrece en el escrito de pruebas, manifestando el nombre completo y domicilio del testigo. Las partes tienen obligación de presentar a los testigos que propongan, para lo cual se les entregarán las cédulas correspondientes. Si el oferente no puede presentarlo manifestará esta situación bajo protesta de decir verdad, para que el juez lo cite con el apercibimiento de ley y comparezca el día de la audiencia de desahogo de pruebas. De no hacerlo se le impondrá, al testigo, arresto hasta por quince días o multa equivalente a 15 días de salario mínimo.

A partir del 24 de julio de 1996 los nombres y apellidos de los testigos, así como los hechos que presenciaron, se manifestarán desde el escrito de demanda y contestación de la misma. Deberán manifestarse nuevamente en el escrito de ofrecimiento de pruebas, en el término que el juez concede para tal efecto. Las partes están obligadas a presentar a sus testigos, su falta de comparecencia es en perjuicio del oferente de la prueba. Si el testigo no comparece, se desechará la prueba, sin imposición de ninguna medida de apremio al testigo. Cuando las partes estén realmente imposibilitadas para presentar al testigo, lo manifestarán bajo protesta de decir verdad, expresando las causas de imposibilidad, mismas que el juez calificará a su prudente arbitrio. El testigo que sea citado por el juez, será apercibido de que en caso de no comparecer se le impondrá arresto hasta por 36 horas o multa equivalente a 30 días de salario mínimo vigente en el D.F.

5.- Desahogo de la prueba.- Se llevará a cabo, el día señalado para la audiencia de desahogo de pruebas. El examen del testigo comienza con la toma de protesta para conducirse con verdad y advirtiéndole en las penas que incurren los que declaran falsamente. A continuación se le pedirá que manifieste su nombre completo, edad, estado familiar, domicilio y ocupación; si es pariente por consanguinidad o afinidad de alguna de las partes; si depende económicamente o le une algún vínculo de sociedad o intereses al oferente; si es amigo o enemigo de alguna de las partes y por último si tiene interés en la controversia.

A continuación se le interrogará en forma verbal. Las preguntas deberán hacerse de manera clara y precisa, procurando que comprenda sólo un hecho. No deberán contener la descripción detallada de los hechos, ya que ésta descripción le corresponde al testigo y no al que interroga. El examen se hará en presencia de las partes, interrogando a través de preguntas, primero la parte oferente, y después interrogando, a través de repreguntas, la otra parte. Además el juez podrá realizar las preguntas que considere necesarias. (210)

Aún cuando nuestra ley procesal no señala expresamente que los parientes no pueden comparecer como testigos, si debe señalarse ésta circunstancia. Se puede admitir como testigo a un pariente o amigo, pero la contraparte tratará de desvirtuar su dicho, con apoyo en el factor de parentesco

o amistad. En materia procesal familiar, nadie mejor que los amigos o los parientes para ser testigos presenciales de las controversias surgidas en el seno familiar. Por ello la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene la siguiente tesis: **DIVORCIO. PRUEBA TESTIMONIAL DE PARIENTES, AMIGOS O DOMÉSTICOS.-** Conforme al sistema del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales y códigos de los Estados que tienen iguales disposiciones, no sólo los amigos sino también los domésticos y parientes, son aptos para ser testigos especialmente en los juicios de divorcio, porque ninguna persona como ellos puede estar más enterada de las desavenencias conyugales. Quinta Época: Suplemento de 1956, Pag. 490. A.D. 393/59.- Eduardo Sarabia Osorno.- 5 votos. Tomo CXXI, pag. 529. A.D. 5365/55.- Enriqueta Lecuona de Bustillo.- 5 votos. Tomo CXXII, pag. 596. A.D. 6285/55.- Epitacio Molina.- 5 votos. Sexta Época. Cuarta Parte: Vol. LVIII, pag. 162. A.D. 1880/60.- Carmen Martinez Vasconcelos.- Unanimidad de 4 votos. Vol. LXVII, pag. 76. A.D. 4878/60.- Salvador Flores de De la Vega.- Unanimidad de 4 votos." (211)

Compartimos la postura de la tesis anterior, ya que los familiares, amigos y domésticos, en un procedimiento familiar, son los testigos idóneos, de vistas, de oídas, que viven, y en algunos casos, son parte de la controversia familiar.

F.- La Presuncional.- "La palabra presunción por sus raíces, se compone de la preposición prae y el verbo sunco, que significan tomar anticipadamente, porque por las presunciones se deduce un juicio u opinión de las cosas y de los hechos, antes que éstos se nos demuestren o aparezcan por sí mismos." (212)

En sentido jurídico, la presunción es el mecanismo de razonamiento por el cuál se llega al conocimiento de hechos conocidos partiendo de hechos desconocidos.

Nuestro código de procedimientos civiles reconoce dos tipos de presunciones: la presunción legal y la humana.

La presunción legal, es de dos tipos: La que no admite prueba en contrario (jure et de jure), se trata de una excepción a la necesidad de probar; es decir la ley presume un hecho desconocido, tomando como base uno conocido, y no se admite prueba en contra. La presunción legal que si admite prueba en contrario (juris tantum), que es aquella que da por cierto un hecho desconocido, con base en uno conocido, pero ésta si admite prueba en contrario. (213) v. gr. presunción de que son hijos de matrimonio, los nacidos 180 días después de celebrado y 300 días después de disuelto.

212.- *Diccionario de Derecho Procesal Civil. ob. cit. p. 613.*

213.- *Gómez Lara. Cipriano. ob. cit. pp. 118, 121.*

La presunción humana es "aquella de las cuales el juez, como hombre, se sirve durante el pleito para formar su convicción, cuál lo haría cualquiera que razonase fuera del proceso. Cuando, según la experiencia que tenemos del orden normal de las cosas, un hecho es causa o efecto de otro hecho, o cuando acompaña a otro hecho, nosotros, conocida la existencia de uno de ellos, presumimos la existencia del otro. La presunción es, pues, una convicción fundada en el orden normal de las cosas y dura mientras no se pruebe lo contrario." (214)

Aún cuando muchos procesalistas no consideran a la presunción como prueba plena, desde nuestro punto de vista, y para cuestiones de Derecho procesal familiar, la presunción permite al juez llegar al conocimiento de hechos que le son desconocidos, a través de otros que si conoce. Es importante que el juez de lo familiar presuma legal y humanamente, para estar en posibilidad de dar la solución más adecuada al conflicto que afecta a una familia.

Todas las pruebas, que nuestro Código de Procedimientos Civiles, acepta para demostrar hechos controvertidos, deben ser valoradas por el juez, en su conjunto y no de manera aislada, con la finalidad de dictar sentencia apegado a derecho.

214.- Chioyenda, José. *Principios de Derecho Procesal Civil. Tomo II. ed. 1980. Cárdenas Editor y Distribuidor. México D.F. 1980. p. 368.*

En materia procesal familiar, y como ya lo hemos mencionado, una sola prueba no es suficiente para probar un hecho; sobre todo si consideramos que la sociedad está interesada en proteger a la familia y a los intereses superiores que ésta representa. Por lo tanto el juez de lo familiar debe analizar, en conjunto todas las pruebas que las partes le proporcionen, y más aún, si con ellas no ésta conforme, puede, haciendo uso de las amplias facultades que la ley le concede, ordenar las pruebas que considere necesarias para llegar a la verdad de los hechos.

Hace algún tiempo, nuestra ley procesal civil, otorgaba a cada una de las pruebas una valoración especial, si concurrían determinadas circunstancias, hoy en día el juez deberá valorar las pruebas ofrecidas por las partes, en su conjunto aplicando las reglas de la lógica y la experiencia.

De acuerdo con el artículo 403 del Código de Procedimientos civiles para el D.F., la única prueba que tiene valor probatorio pleno son los documentos públicos. Sin embargo, en materia procesal familiar, hemos analizado una excepción a éste principio, dada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que señala que las actas de barandilla, documentos públicos, son ineficaces para probar el abandono del domicilio conyugal.

La familia representa un interés superior al individual que protege el Derecho civil, por ello hemos sostenido que los principios del Derecho procesal

civil no son aplicables al procesal familiar. Las disposiciones que rigen en materia civil no siempre se pueden aplicar a la materia familiar, pues se trata de cuestiones diversas.

En materia civil el allanamiento de la demanda, obliga al juez a dictar sentencia y dar por terminado el juicio; en materia familiar el allanamiento de la demanda no termina con el juicio y si el juez lo considera necesario puede ordenar las pruebas pertinentes para demostrar los hechos demandados. En el proceso civil la confesión espontánea de un hecho puede ser prueba plena suficiente para que el juzgador considere ciertos los hechos; en el proceso familiar la confesión no hace prueba plena y el juez de lo familiar está obligado a ordenar otras pruebas que le demuestren los hechos. Un documento público, en un proceso civil, tiene valor probatorio pleno; en Derecho procesal familiar, no siempre lo tendrá, pues por encima de él está el interés superior que representa la familia. Un testimonio dado por un familiar, amigo o persona que dependa económicamente del oferente, en el proceso civil, puede ser materia de un incidente de tachas, por el cuál se dude de la credibilidad del testigo, justamente por un vínculo de parentesco o amistad. En materia procesal familiar, el testimonio de un familiar, amigo, o persona que dependa económicamente del oferente, son los testigos idóneos, puesto que conocen y les consta la controversia familiar, nadie mejor que ellos para narrar al juez la verdad de los hechos. Estas son sólo algunas de las circunstancias que demuestran que el proceso civil y familiar son distintos y apoyan nuestra posición ideológica personal y original de que deben ser separados y debe crearse un Código de Procedimientos Familiares para el D.F.

VII.- ÓRGANOS AUXILIARES DE LA JUSTICIA FAMILIAR.

La organización de un juzgado incluye además del juez, los secretarios de acuerdos, los conciliadores, los notificadores o actuarios, los mecanógrafos, etc., a ciertas personas que son , unas indispensables, otras necesarias y las restantes convenientes o eventualmente útiles.

Según la doctrina, la ley y especialización del trabajo profesional, señala que junto a los órganos resolutores de la función judicial, se organicen o actúen otros que, como si tratará de una maquina dirigida por las leyes de la fisica, se encuentren encargados de la realización, distribución o puesta en práctica de las decisiones del primero.

Como órganos auxiliares, algunos consideran a los secretarios, al cuerpo de oficiales y auxiliares y los agentes judiciales, cuyo conjunto compone el equipo realizador completado por los técnicos peritos. Es decir, concibe al grupo auxiliar como corporativo y distingue al grupo que posee funciones ejecutoras, de dirección y certificación pública, frente a los subordinados que realizan prácticamente las determinaciones burocráticas o administrativas, que son los oficiales y auxiliares propiamente dicho.

Los auxiliares de los jueces se dividen en internos o dependientes del Poder Judicial, v. gr. el Ministerio Público. Externos o no dependientes, como son los señalados por el Título Noveno de la Ley Orgánica de los Tribunales de

Justicia del fuero común, que señala como auxiliares de la administración de justicia a los sindicatos, interventores, albaceas, tutores, curadores, notarios, peritos y médicos forenses. (215)

Consideramos importante que todas las personas que trabajen dentro de un juzgado familiar, el juez, secretarios de acuerdos, conciliadores, ministerios públicos, notificadores, cuenten con una verdadera preparación que les permita dirigir responsablemente los destinos de las familias que acuden a ellos para encontrar la solución a un conflicto. Los jueces de lo familiar y las personas que trabajan con él, deben recibir previamente una preparación de conciencia, que les muestre sus facultades, pero también la responsabilidad que representa la familia dentro de la sociedad mexicana; de tal manera que procuren resolver sus conflictos con responsabilidad, conciencia y conocimiento especializado en materia familiar, que como ya hemos mencionado, a lo largo de ésta investigación doctoral, es una materia distinta de la civil.

Como órganos auxiliares de justicia familiar, proponemos la creación de un grupo multidisciplinario de profesionistas, integrados por médicos, psicólogos, pedagogos, trabajadores sociales y abogados, que verdaderamente auxilien al juez en el conocimiento real del conflicto familiar.

Este órgano multidisciplinario es creación del Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo, que en su exposición de motivos señala: "Muy interesante y de trascendencia plena es la proposición de admitir como auxiliar del Juez en el procedimiento familiar, la creación del Consejo de Familia. Es decir, el testimonio técnico aportado por las personas que conocen de los hechos, por virtud de sus conocimientos científicos, o técnicas especiales que fundamentan su narración, con la metodología, técnicas y principios de vanguardia vigentes en la ciencia del conocimiento.

Los miembros del Consejo de Familia exponen principalmente conceptos objetivos, basados en deducciones sobre lo percibido, como resultado de sus especiales técnicas sobre la materia. Incluyen los razonamientos sobre los hechos, al lado de percepciones como objeto del testimonio. No hay dificultad alguna en admitir la figura del testigo técnico, como los ojos y oídos de la justicia. El testimonio técnico difiere del común en su valor. La experiencia técnica organizada del testigo, que comunica al juez su experiencia sobre los hechos personales, anteriores al conflicto. Hay peritación técnica en la medida de sus conocimientos, adecuados a una realidad familiar, social y estatal.

Según se puede apreciar el testimonio técnico es indispensable para auxiliar al Juez Familiar, acerca de un hecho determinado, sin recurrir al dictamen de peritos influenciados por intereses contrarios a la estabilidad familiar.

La admisión del testimonio técnico, no requiere norma legal que lo autorice, porque se trata de una modalidad, para mejor fundar su valor probatorio. Lo mismo para la descripción, adecuada con el conocimiento integral en la controversia o planteamiento al Juez familiar. Entre las atribuciones del Consejo de Familia, están la de auxiliar al Juez Familiar; emitir dictámenes; proteger a la familia; evitar su desmembramiento, mejorarla, vigilar los medios masivos de difusión para que no la desorienten; prevenir la delincuencia juvenil y la comisión de delitos en el seno familiar. Conocer los asuntos vinculados con la planificación familiar, paternidad responsable y control de la fecundación. Vigilar el desempeño de los tutores. Estudiar los aspectos médicos, sociológicos, psicológicos y pedagógicos de los sujetos de la familia. Limitando sus intervenciones, por la ley, la moral y las buenas costumbres. Por la enorme trascendencia del Consejo de Familia, en los asuntos de la familia, se le señalan responsabilidades al no cumplir con sus atribuciones." (216)

Son atribuciones del Consejo de Familia: "las señaladas por el Código familiar para el Estado de Hidalgo, complementarias con las siguientes:

I.- Servir de Auxiliar del Juez Familiar.

II.- Valorar los datos, informes y otros elementos, conforme a la más absoluta libertad y convicción recta del Consejo.

III.- Informar debidamente, con base en los estudios técnicos

216.- *Legislación Familiar para el Estado de Hidalgo. Código de Procedimientos Familiares. ob. cit. pp. 101, 102.*

especializados, proporcionados por esos profesionales, los asuntos que la Ley o el Juez les determine.

IV.- Velar por la protección de la familia en todos los órdenes.

V.- Evitar la desorganización de la familia.

VI.- Estudiar el ambiente familiar para promover su mejoramiento.

VII.- Vigilar la influencia de los medios masivos de comunicación en la familia, orientándola hacia la superación y mejoramiento de sus miembros

VIII. Prevenir la delincuencia juvenil y la comisión de delitos en el seno familiar.

IX. Conocer de todos los asuntos relacionados con planificación familiar, paternidad responsable y control de la fecundación. Del funcionamiento de los centros de planificación familiar y control de la fecundación. De la educación, difusión, promoción y métodos para la planificación familiar y el control de la fecundación.

X. De la vigilancia, remoción, ratificación, aprobación y responsabilidad sobre la persona y bienes sujetos a tutela de quienes la ejerzan.

XI. En el aspecto sociológico: estudiar la biografía, conducta, condiciones generales y relaciones de vecindad, de los sujetos del conflicto.

XII. En el campo médico: estudiar los antecedentes patológicos, mutaciones genéticas, estado de salud en el momento, datos antropométricos, su interpretación, diagnóstico y pronóstico, así como sus condiciones de higiene y terapéuticas de los miembros de la familia en conflicto.

XIII. Relacionado con la psicología: estudiar el desarrollo intelectual, las aptitudes mentales, las especiales inclinaciones afectivas, volitivas y del carácter de los sujetos del conflicto.

XIV. En lo pedagógico: estudiar la historia escolar, determinando su aspecto de normalidad o insuficiencia, coeficiente de aprovechamiento en su caso, y el grado de escolaridad.

XV. La intervención del Consejo de Familia, no tendrá más limitaciones que la ley, la moral y las buenas costumbres." (217)

Es necesario que el Juez Familiar del D.F. cuente con un órgano auxiliar multidisciplinario que le ayude en la investigación de la verdad en las controversias familiares.

El Juez Familiar cuenta con las más amplias facultades para dirigir el procedimiento, investigar la verdad, ordenar las pruebas que crea convenientes; sin embargo, no hace uso de éstas facultades, algunas veces por ignorancia, otras por que realizar esa tarea por si sólo es prácticamente imposible y no cuenta con auxiliares especializados que le informen cuestiones de trascendencia para la familia. Por ello proponemos que en el D.F. se establezca como órgano auxiliar de la justicia familiar al Consejo de Familia.

217.- *Ibidem* pp. 111, 112.

VIII.- LOS ALEGATOS.

La palabra alegato o también llamada alegación tiene los siguientes significados: "Escrito en el cuál expone el abogado las razones que sirven de fundamento al derecho de su cliente e impugna las del adversario.

En sentido amplio significa cualquier razonamiento o exposición de méritos o motivos.

Innovación o manifestación de hechos o de argumentos de derecho que una parte hace en el proceso como razón o fundamento de su pretensión.

Exposición que se formula ante un Juez o tribunal, en la cuál los litigantes o sus patrocinadores examinan las pruebas practicadas, a efecto de mantener sus pretensiones." (218)

Una vez que concluye el desahogo de todas las pruebas presentadas por las partes, pasamos al periodo de alegatos en donde las partes tratan de demostrar al juzgador que las pruebas aportadas confirman los hechos y son aplicables los fundamentos de derecho invocados, por lo que deberá dictarse sentencia favorable.

Los alegatos contienen una relación breve de los hechos controvertidos y un análisis de las pruebas aportadas para probarlos, intentan demostrar la aplicación de los preceptos legales invocados, así como que las pruebas aportadas por la contraria resultaron inadecuadas para probar sus excepciones. En los alegatos las partes concluyen que como han demostrado sus pretensiones, el juez debe dictar sentencia a su favor.

Los alegatos pueden hacerse en forma oral, formulándose al término de la audiencia de desahogo de pruebas. Primero alegará la parte actora y después la demandada. En los casos en que intervenga el Ministerio Público también se le concederá el uso de la palabra para que alegue lo que a su derecho convenga.

Podrán también presentarse por escrito, y aún cuando nuestro Código procesal no señala en que momento deben presentarse, la práctica señala que el escrito de alegatos debe presentarse al término de la audiencia de pruebas para que puedan ser tomados en cuenta, al momento de dictar sentencia. (219)

En la práctica, es escasa la utilización de los alegatos, y lo común es que el acta de audiencia de desahogo de pruebas termine con la frase "y las partes alegaron lo que a su derecho convino", aún cuando ninguna de ellas haga uso de éste derecho. Terminada la audiencia de desahogo de pruebas y alegatos se citará para sentencia.

IX.- SENTENCIAS.

1.- Definición.- La palabra sentencia tiene los siguientes significados:

"Etimológicamente la palabra sentencia proviene del vocablo latino sintiendo, ya que el juez declara lo que siente , de acuerdo al resultado del proceso.

Las Siete Partidas la definen como: Decisión legítima del juez sobre la causa controvertida en su tribunal.

Manresa y Navarro dice que es el acto solemne que pone fin a la contienda judicial, decidiendo sobre las pretensiones que han sido objeto de pleito.

Ugo Rocco sostiene que es: Acto, por el cuál el Estado, a través del órgano jurisdiccional destinado a aplicar la norma al caso concreto, declara qué tutela jurídica concede el derecho objetivo a un interés determinado.

Chiovenda la define como la resolución del juez que, acogiendo o rechazando la demanda, afirma la existencia o inexistencia de una voluntad concreta de la ley, que garantiza un bien, o lo que es igual, respectivamente, la inexistencia o existencia de una voluntad de la ley que le garantice un bien al demandado.

Para Carnelutti la sentencia es la que cierra el proceso en una de sus fases.

Alfredo Rocco sostiene que la sentencia es el acto del juez encaminado a eliminar la incertidumbre sobre la norma aplicable al caso concreto, asertando una relación jurídica incierta y concreta.

Guasp señala que la sentencia es el acto del órgano jurisdiccional en el que éste emite su opinión sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión de la parte con el derecho objetivo, y en consecuencia, actúa o se niega a actuar dicha pretensión.

Eduardo Pallares dice que la sentencia es el acto jurisdiccional por medio del cuál el juez resuelve las cuestiones principales materia del juicio, o las incidentales que hayan surgido durante el proceso." (220)

Todas las anteriores definiciones coinciden en señalar que la sentencia es el acto del juez a través del cuál emite la resolución al conflicto planteado.

Durante el proceso las partes plantean al tribunal los puntos sobre los que versa su controversia, acreditan sus hechos con las pruebas que estimen convenientes, le señalan al juzgador la norma aplicable, y toda su actividad se agota en un punto, en que solicitan que el juez emita una resolución. (221)

220.- *Diccionario de Derecho Procesal Civil. ob. cit. pp. 720, 721.*

221.- *Becerra Bautista, José. ob. cit. p. 167.*

2.- Clasificación de las sentencias.-

a.- Por su función en el proceso las sentencias pueden ser:

a.1.- Definitivas, cuando deciden sobre el conflicto de fondo sometido a proceso, poniéndole fin a éste, aún cuando es susceptible de ser impugnada a través de algún medio de impugnación.

a.2.- Interlocutorias, cuando resuelven un incidente planteado dentro del proceso.

b.- Por su finalidad, las sentencias pueden ser:

b.1.- Declarativas, cuando declaran la existencia de un derecho. v. gr. la sentencia reconoce la adquisición de la propiedad por haber cubierto los requisitos de la usucapion.

b.2.- Constitutivas, cuando crean, modifican o extinguen un estado jurídico. V. gr. aquella sentencia que decreta la disolución del vínculo matrimonial, por haberse acreditado una de las causales establecidas por el artículo 267 del Código Civil.

b.3.- De condena, ordenan la realización de una determinada conducta a alguna de las partes en el proceso.

c.- Por su resultado las sentencias pueden ser:

c.1.- Estimatoria, cuando el juzgador estime fundada la acción del actor.

c.2.- Desestimatoria, cuando el juzgador estime infundada la acción del actor. (222)

222.- Ovalle Favela, José. ob. cit. pp. 157, 158.

De acuerdo con el Código de Procedimientos Civiles, artículo 81, las sentencias deben ser claras, congruentes y precisas con las demandas, las contestaciones y las pretensiones reclamadas en juicio, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate.

Este artículo fue reformado el 24 de mayo de 1996 y comenzará su vigencia el 24 de julio de 1996, y señala: "Art. 81.- Todas las resoluciones sean decretos de trámite, autos provisionales, definitivos o preparatorios o sentencias interlocutorias, deben ser claras, precisas y congruentes con las promociones de las partes, resolviendo sobre todo lo que éstas hayan pedido. Cuando el tribunal sea omiso en resolver todas las peticiones planteadas por el promovente, de oficio o a simple instancia verbal del interesado, deberá dar nueva cuenta y resolver las cuestiones omitidas dentro del día siguiente. Las sentencias definitivas también deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y las contestaciones y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, condenando o absolviendo al demandado, y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. Cuando éstos hubieren sido varios se hará el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos." (223)

Antes de la reforma, éste artículo no hablaba de otro tipo de resoluciones, sino solamente de las sentencias. Consideramos importante que el

legislador señale que todas las resoluciones deben ser congruentes con lo solicitado por las partes, pues en la práctica, muchos acuerdos son incongruentes u omisos, debiendo solicitar la ampliación o congruencia por escrito, lo que retrasa el procedimiento. Ahora la reforma dispone que cuando exista omisión, puede pedirse la corrección a instancia verbal, lo que agiliza el procedimiento y evita pérdida de tiempo.

El Código de Procedimientos Civiles para el D.F., señala que las sentencias deben ser congruentes con lo solicitado y debatido, decidiendo todos los puntos litigiosos, objeto de la controversia; sin embargo, en materia procesal familiar, el juez, haciendo uso de las amplias facultades que le concede la ley, puede ir más allá de lo solicitado por las partes, pudiendo inclusive, suplir la deficiencia de la queja, de acuerdo con lo que dispone la siguiente tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: "SUPLENCIA DE LA QUEJA. PROCEDE EN CUESTIONES DE DERECHO FAMILIAR.- En cuestiones de Derecho familiar no se puede actuar con el rigorismo de un estricto Derecho civil, pues en aquella disciplina la voluntad privada es ineficaz para la solución de los vínculos familiares y es donde adquiere mayor vigor la aplicación de los supuestos de los artículos 107, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el 76 bis fracción VI de la Ley de Amparo, ya que se trata de un menor, sin representación personal, y de un interés superior al individual en que, tanto la quejosa, pero sobre todo el citado menor, por falta de defensa adecuada se les puede dejar en estado de indefensión, violándose la ley en su perjuicio. A efecto el Derecho Familiar

cada día adquiere mayor trascendencia reformando la legislación y creando Tribunales especializados, y aún cuando forma parte del Derecho civil tiene caracteres propios que le comunican una fisonomía peculiarísima. No es de extrañar, pues, que haya juristas que pregunten si efectivamente debe considerársele como perteneciente al Derecho privado y si no estaría más propiamente ubicado dentro del público o como una rama independiente de ambos. En éste problema hay más que un intento puramente metodológico; implica en el fondo una cuestión conceptual que hace a la esencia de la familia en su relación con el individuo y con el Estado." (224)

Esta tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación apoya nuestra tesis en el sentido de que el Derecho Familiar es distinto del Civil y no pueden aplicársele los mismos principios de éste. Así mismo el Derecho Procesal Familiar es distinto del Procesal Civil y requiere una norma especialmente creada para la solución de los conflictos familiares, en donde se plasmen las características peculiares y los principios en que reposa el Derecho Procesal Familiar.

224.- *Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación. Tercera Sala. 7A Época. Vol. 217 - 228. cuarta parte. Pag. 322. A.D. 5725/86. Rufina Rivas Romero. 15 de mayo de 1987. Mayoría de 3 votos contra 2. Ponente: José Manuel Villagordoa Lozano.*

3.- Estructura de la Sentencia. Una sentencia debe contener las siguientes partes:

a.- Preámbulo, en el que se señalará el lugar, fecha y juez que pronuncia la sentencia, los nombres de las partes contendientes, el carácter con el que litigan y el tipo de juicio que se resuelve.

b.- Resultandos, se consignará con claridad y de manera concisa, las pretensiones de las partes y los hechos en que las funden.

c.- Considerandos, el juez analiza la litis planteada razonándola en relación a las pruebas ofrecidas y el derecho invocado.

d.- Puntos Resolutivos, en ellos se emite el fallo del juez, con claridad, precisión y de manera congruente con lo solicitado. (225)

Las sentencias definitivas deben dictarse dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se cito para tal efecto. De acuerdo con las reformas del 24 de mayo de 1996, no solamente deben dictarse sino que deberán ser publicadas en el Boletín Judicial en ese plazo. Tratándose de sentencias interlocutorias el plazo es de 8 días para dictar y publicar la resolución.

En materia procesal familia, tratándose de juicios seguidos por la vía de controversia familiar, la sentencia debe dictarse al terminar la audiencia de desahogo de pruebas o dentro de los ocho días siguientes. Esto debido a la importancia que representa la familia y a la urgencia de ver solucionado su conflicto.

En la práctica, son contados los jueces familiares que acatan ésta disposición, aún tratándose de juicios seguidos por la vía de controversia familiar. En relación a los demás juicios familiares, tramitados por vía ordinaria, pueden pasar meses sin que se dicte resolución. Esta situación perjudica a la familia que requiere de una solución rápida.

Consideramos adecuado el plazo señalado para dictar sentencia en los juicios seguidos por vía de controversia familiar, si éste realmente se acatará. Por ello proponemos que el juez familiar que conozca de un conflicto, dicte y publique la resolución dentro de los ocho días siguientes a que cita para sentencia, independientemente si se trata de juicio seguido por vía de controversia familiar o por vía ordinaria.

Una vez dictada la sentencia, las partes pueden estar de acuerdo con la resolución dictada por el juez o no. Si no están de acuerdo, la ley establece medios por los cuales solicitan a un juez superior, un nuevo estudio sobre la resolución emitida por el juez de primera instancia.

X.- APELACIÓN EN MATERIA FAMILIAR.

Quando el procedimiento surgió, no existieron los recursos, pues el juez era considerado como infalible, y sus decisiones eran la última palabra. Sin embargo, con el correr del tiempo, se dieron cuenta que los jueces también podían equivocarse, y surgieron los recursos, para modificar las resoluciones de estos.

Quando una sentencia no satisface a alguna de las partes, o consideran que ha habido un error dentro del procedimiento, la parte afectada puede interponer el recurso denominado de Apelación. Para lo cuál cuenta con un plazo de 6 días si se trata de sentencias definitivas y 3 si se trata de interlocutorias o autos apelables.

La apelación se tramita ante un Juez distinto del que conoció el procedimiento y dictó la resolución impugnada. Es decir, un tribunal de jerarquía superior, revisa los actos del inferior. Para poder impugnar la resolución es indispensable que ésta cause agravio a alguna de las partes, o a ambas. Denominado tradicionalmente de alzada, puesto que nos alzamos del inferior al superior.

La apelación puede proceder de dos maneras: El efecto devolutivo o en un efecto, que se presenta cuando se apela en contra de algún auto o de sentencia interlocutoria. En éste caso no se suspende el procedimiento debiendo enviarse al Superior, copias de las constancias que las partes

consideren necesarias, para integrar un testimonio de apelación, para la substanciación del recurso.

El efecto suspensivo, como su nombre lo indica, suspende el procedimiento, ya que el expediente original será remitido al superior; es decir el juez inferior queda congelado hasta que se resuelva la apelación. Procede en contra de sentencias definitivas.

El apelante, interpondrá su recurso ante el juez que conoce del juicio, podrá anunciar el recurso; es decir, señalar que interpone la apelación sin expresar agravios, los cuales formulara ante el superior. O bien en el momento de interponer el recurso manifestará los agravios que le causa la resolución apelada, los cuales remitirá el juez inferior al superior, para que los analice.

Expresados los agravios se dará vista a la contraria, para que los conteste.

La resolución de la apelación puede ser en los siguientes sentidos:

Confirmando la resolución impugnada.

Modificando la resolución impugnada, señalando en éste caso los términos en qué se modifica.

Revocando la resolución impugnada, en éste caso la Sala dictará una nueva sentencia.(226)

De acuerdo a las reformas al Código de Procedimientos Civiles del 24 de mayo de 1996, que entrarán en vigor el 24 de julio de 1996, el apelante contará, para interponer la apelación, con un plazo de 6 días si se trata de auto o sentencia interlocutoria y 9 si es sentencia definitiva. Deberá, al interponer el recurso, expresar los agravios que le causa la resolución impugnada, con los cuales, el juez de primera instancia, dará vista a la otra parte para que en un plazo de 3 días, tratándose de autos e interlocutorias, y 6, tratándose de sentencias definitivas, los conteste. Cuando se trate de apelación en el efecto devolutivo, el juez, de oficio, deberá integrar el testimonio de apelación. Una vez contestados los agravios, el juez deberá remitirlos a la Sala para que en un plazo de 8 días, autos e interlocutorias, ó 16, sentencias definitivas, resuelva la apelación. (227)

Consideramos que ésta reforma, busca que las apelaciones se tramiten lo más rápido posible. Antes de ella, y en la práctica, la mayoría de las apelaciones se interponen con el fin de retrasar el procedimiento. Ahora, al ordenar que el juez de oficio, integre el testimonio de apelación y remita el expediente a la Sala, se perderá menos tiempo.

Cuando se interpone un recurso de apelación o un amparo, el juicio va a ser revisado por un juez superior, que debe ser, al igual que el inferior, especializado en la materia del juicio que va a revisar.

En materia procesal familiar, cuando se interpone un recurso de apelación, los juicios familiares, son revisados por Magistrados del Tribunal Superior de Justicia, especializados en materia familiar. Recordemos que en 1971 cuando se crearon, por decreto del Presidente de la República Licenciado Luis Echeverría Álvarez, los juzgados familiares, también se crearon dos Salas Familiares, encargadas de revisar los actos de los jueces familiares de primera instancia.

Sostenemos que cualquier autoridad que en una u otra instancia deba conocer de cuestiones relativas a la familia debe contar con los conocimientos especiales de la materia, para estar en posibilidad de dar la resolución más adecuada a los intereses de la familia misma. Por lo anterior, nos preocupa que tratándose de juicios de amparo en materia familiar, estos sean resueltos por jueces de Distrito o Colegiados en materia Civil. A lo largo de ésta investigación doctoral hemos demostrado porqué debe separarse el procedimiento civil del familiar. En primera y segunda instancia existen jueces especializados en materia familiar, que requieren de un Código de Procedimientos Familiares, para dar solución, con base en una ley especializada, a los conflictos que les presentan. Pero también se requiere de Jueces de Distrito y Colegiados en Materia Familiar, especialistas en Derecho familiar; es absurdo que un juez especialista en materia civil, pueda conocer de asuntos relacionados con otras materias, como la familiar.

CAPÍTULO QUINTO
TESIS DE LA TESIS.
" DERECHO PROCESAL FAMILIAR "

La tesis doctoral representa una investigación original, en la que se hacen propuestas a la problemática planteada y se comprueban las hipótesis iniciales.

Nuestro tema "Derecho Procesal Familiar", reviste importancia, por la necesidad de establecer normas y procedimientos especializados, adecuados para la solución de los controversias que se suscitan en la familia.

Proponemos la creación de una nueva rama del Derecho, el Derecho Procesal Familiar. Encargado de resolver, exclusivamente conflictos de carácter familiar. No podemos seguir pidiendo normas prestadas, al Derecho procesal civil, para resolver cuestiones opuestas a éste, si se tratan de ramas distintas. La familia es la célula más importante de toda sociedad y como tal debe contar con normas creadas a su medida y necesidades.

Por iniciativa de ley del 29 de diciembre de 1970, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de febrero de 1971, se reforma la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común del Distrito y Territorios Federales, creándose una nueva clase de jueces, los jueces familiares. Esta

reforma señaló la importancia y necesidad de un tratamiento especial en todo lo que se refiera al grupo fundamental de la sociedad: la Familia. Se busco dar a la familia una adecuada protección, a través de la creación de tribunales especiales que conozcan exclusivamente de problemas de Derecho Familiar.

La iniciativa que creó los juzgados familiares fue buena, ya que se buscaba la protección de la familia; sin embargo establecer nueve juzgados especializados en resolver cuestiones relativas a la familia, no fue suficiente. Nunca se pensó en crear la herramienta más importante, con la que esos nuevos jueces iban a resolver los conflictos que se les planteaban. Desde entonces la ley aplicable en los juzgados familiares, es el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

El Derecho procesal familiar está compuesto por normas especializadas en resolver conflictos de carácter familiar, los cuales son distintos de los que pueden presentarse en el Derecho Civil, por lo tanto los primeros no pueden someterse a la aplicación de normas que no han sido creadas para ello.

Sostenemos que los jueces familiares deben ser verdaderos especialistas en Derecho familiar y Procesal familiar, deben tomar conciencia de que resuelven los problemas de la célula más importante de la sociedad: la familia, y ésto no es igual que resolver el cumplimiento de una obligación derivada de un contrato.

El Derecho Familiar surge como parte del Derecho civil, sin embargo logra su autonomía al demostrar que por encima del interés individual, está el familiar. Al Derecho familiar no se le aplican los principios, sobre los que reposa el Derecho civil, como son, la autonomía de la voluntad, la representación, el mandato, las modalidades del acto jurídico, la renuncia, la cesión, las modalidades del acto jurídico, la teoría de las nulidades, entre otros. Ha demostrado su autonomía, de la rama que le dio origen, al contar con leyes especiales en la materia, enseñarse de manera autónoma, cuenta con obras científicas propias, juzgados especiales, instituciones propias y procedimientos que ninguna otra rama del derecho tiene.

Si el Derecho familiar ha probado científicamente su autonomía del Derecho Civil, en ésta investigación doctoral pretendemos demostrar que el Derecho Procesal Familiar debe separarse del Derecho procesal civil. Se trata de procedimientos opuestos a los cuales no le son aplicables los mismos principios, por lo que proponemos que el D.F. cuente con un Código de Procedimientos Familiares que contenga los principios rectores del Derecho Procesal Familiar.

En México, en el Estado de Hidalgo, el Derecho Procesal Familiar ya ha logrado su autonomía al crearse el primer Código de Procedimientos Familiares del mundo.

En toda la República Mexicana tenemos jueces familiares, en algunos Estados Salas familiares, sin embargo sólo en el Estado de Hidalgo existe Código de Procedimientos Familiares. Ley que contiene los principios rectores, características especiales del procedimiento familiar, los demás Estados de la República, resuelven con apoyo en un Código de Procedimientos Civiles, lo cuál consideramos absurdo, pues se trata de cuestiones distintas.

Dentro de las categorías del Derecho procesal, existe el Derecho procesal dispositivo, en el cuál se encuentra el Procesal civil, reposa sobre el principio de la autonomía de la voluntad, el proceso sólo puede iniciarse a instancia de parte, su impulso depende de la actividad de éstas, fijan el objeto de las pruebas limitandoló a los hechos controvertidos, el juez nunca podrá ir más allá de lo solicitado. En una palabra las partes manejan el proceso.

El Derecho procesal familiar, se encuentra en la categoría del Derecho procesal inquisitivo, en ella el juez debe investigar la verdad de los hechos, puede ir más allá de lo que las partes le solicitan o le presentan, el proceso puede iniciarse de oficio, el juez cuenta con amplias facultades para manejar el proceso.

Esta distinción en las categorías del Derecho Procesal, en donde el civil y el familiar se encuentran en categorías diversas, apoya nuestra postura en el sentido de que sí el procedimiento civil y el familiar nada tienen en común,

porqué seguir aplicándole al familiar, principios y normas del civil. Este absurdo puede terminarse con la creación de un Código de Procedimientos Familiares que contenga los principios del Derecho Procesal Familiar.

En los libros de Derecho Procesal no existe el concepto de Derecho procesal familiar, por lo cuál proponemos definirlo como el conjunto de principios y normas, creadas especialmente para la protección del entorno familiar, que regulen el procedimiento familiar ante los jueces y tribunales en la materia.

Las características del Derecho Procesal Familiar, nos permiten diferenciarlo del civil y comprender porqué proponemos la separación de ambos y la creación de un Código de Procedimientos Familiares. Las características son las siguientes:

1.- El proceso familiar es de orden público.- Por ser la familia la célula más importante de toda sociedad, quizá más que el propio Estado, se le han otorgado al Juez las más amplias facultades para conocer la verdad, suplir la deficiencia de la queja, actuar de oficio y resolver protegiendo a la familia.

En éste sentido, de manera tímida e incipiente, el artículo 940 del Código de procedimientos civiles del Distrito Federal, establece que todos los problemas inherentes a la familia son de orden público, por constituir aquella la base de la integración de la sociedad.

El Juez familiar tiene la facultad de dirigir el proceso familiar, para proteger a la célula más importante de la sociedad. Es necesario que los jueces familiares hagan uso de estas facultades discrecionales, que la ley les otorga y no se conformen con lo que las partes les aportan. Deben buscar allegarse a la verdad de los hechos para poder dar la solución más adecuada para la familia.

En la práctica, los jueces de lo familiar sólo hacen uso de dichas facultades en los procedimientos relativos a alimentos y menores, pero no en casos de divorcio o nulidad de matrimonio, v. gr., pues éstos, en un absurdo más de la ley se tramitan como procedimientos civiles.

2.- Todos los juicios de carácter familiar, requieren la intervención del Ministerio Público. Al Estado le interesa proteger a la célula más importante de toda sociedad, a la familia. Una manera de hacerlo es vigilando, a través del Ministerio Público, que procesalmente se protejan los intereses familiares y no los de los individuos que la forman.

3.- La confesión espontánea de una de las partes es ineficaz para probar un hecho. En el proceso familiar el juez podrá solicitar de oficio y haciendo uso de sus facultades inquisitoriales, la admisión de otro tipo de pruebas que ratifiquen la confesión.

4.- En caso de que el demandado no conteste la demanda, dentro del término establecido para tal efecto, ésta se tiene por contestada en sentido negativo.

En el proceso familiar no se aplica el principio 'el que calla otorga', en Derecho procesal familiar el que calla no dice nada, y corresponde al actor probar los hechos de su demanda.

A éste respecto el artículo 271 del Código de procedimientos civiles señala que las demandas que no se contesten en el término establecido para ello se tendrán por contestadas en sentido afirmativo excepto cuando se trate de asuntos que afecten las relaciones familiares o el estado civil de las personas. Esta excepción hecha por el Código procesal es importante en materia familiar, ya que se busca siempre la protección de los intereses familiares y se previene de ésta manera que al realizar mal un emplazamiento o no contestar la demanda, dentro del término por cualquier circunstancia, se tenga al demandado por contestado en sentido afirmativo. En Derecho procesal familiar corresponde al actor probar los hechos de su demanda.

5.- Se prohíbe que las partes comprometan las cuestiones familiares a arbitraje. Por ser la familia la célula más importante de toda sociedad, al Estado le interesa su protección, por lo que cuando se presente un conflicto debe estar presente un funcionario del Estado, en éste caso el Juez familiar.

El arbitraje es la solución a un litigio, dada por un tercero imparcial, que no está investido de ninguna función judicial, sino que es un particular que

ayuda a dirimir una controversia. En materia procesal familiar, por el interés que representa la familia, no se permite que los particulares se hagan justicia a través del arbitraje. Requiriéndose siempre la intervención de un funcionario judicial, en éste caso del Juez familiar.

6.- Las sentencias dictadas por los tribunales familiares producen efectos contra terceros. En materia civil la sentencia dictada sólo obliga a las partes que han intervenido en el juicio. En materia procesal familiar existen sentencias que producen efectos, incluso contra aquellos que no intervinieron en el juicio. Por ejemplo en una sentencia de divorcio se condena a un hijo a ver a su padre solo los fines de semana, y el menor nunca fue oído ni vencido en juicio.

7.- Para acudir ante un juez familiar, no se requiere formalidad alguna. Las partes pueden comparecer personalmente y narrar de manera oral los hechos y el juez tiene obligación de levantar un acta de la comparecencia.

En la práctica ésta disposición es letra muerta. Nadie acude ante el juez familiar, si no es por medio de un escrito, y cuando se pretende hacer de manera oral, el personal administrativo del juzgado remite a los interesados a consultar un abogado o ante la Defensoría de Oficio del Tribunal Superior de Justicia del D.F., lo que representa un retraso en la solución de sus conflictos, en detrimento de la familia misma.

En el Derecho procesal familiar, velar por los intereses de la familia es fundamental. Proponemos que los juzgados familiares trabajen los 365 días del año, a través de turnos, con la finalidad de que en casos de extrema urgencia; v. gr. alimentos, guarda y custodia de menores, la familia no tenga que esperar a que transcurran las vacaciones de tribunales para dar solución a su conflicto. La familia debe ser protegida por un cuerpo de leyes y profesionales acordes a sus necesidades.

8.- El juez familiar deberá exhortar a las partes a resolver la controversia mediante un convenio, con lo que podrá evitarse un juicio que deteriore a la familia. El juez, con base en sus amplísimas facultades se erigirá en un verdadero protector e inquisidor de la familia.

Como podemos apreciar las características del Derecho procesal familiar son completamente distintas del Derecho procesal civil. En primer lugar el proceso civil está regido por principios dispositivos. El Familiar por inquisitivos. En el civil las partes pueden manejar el proceso; éste sólo se inicia a instancia de parte; el impulso procesal depende exclusivamente de éstas; ellas fijan el objeto de la prueba; el juez no puede ir más allá de lo solicitado. En el Familiar el juez tiene las más amplias facultades para dirigir el proceso, solicitar pruebas de oficio, utilizar todos los medios para allegarse la verdad, suplir la deficiencia de la queja.

Dentro de las normas procesales civiles, que erróneamente se aplican a los conflictos familiares encontramos siempre excepciones en materia procesal familiar como las siguientes:

En materia civil el allanamiento de la demanda, obliga al juez a dictar sentencia y dar por terminado el juicio; en materia familiar el allanamiento de la demanda no termina con el juicio y si el juez lo considera necesario puede ordenar las pruebas pertinentes para demostrar los hechos demandados. En el proceso civil la confesión espontánea de un hecho puede ser prueba plena suficiente para que el juzgador considere ciertos los hechos; en el proceso familiar la confesión no hace prueba plena y el juez de lo familiar ésta obligado a ordenar otras pruebas que le demuestren los hechos. Un documento público, en un proceso civil, tiene valor probatorio pleno; en Derecho procesal familiar, no siempre lo tendrá, pues por encima de él está el interés superior que representa la familia. Un testimonio dado por un familiar, amigo o persona que dependa económicamente del oferente, en el proceso civil, puede ser materia de un incidente de tachas, por el cuál se dude de la credibilidad del testigo, justamente por un vínculo de parentesco o amistad. En materia procesal familiar, el testimonio de un familiar, amigo, o personas que dependa económicamente del oferente, son los testigos idóneos, puesto que conocen y les consta la controversia familiar, nadie mejor que ellos para narrar al juez la verdad de los hechos. Estas son sólo algunas de las circunstancias que demuestran que el proceso civil y familiar son distintos y apoyan nuestra propuesta de que deben ser separados.

Son procesos totalmente distintos. No tienen porque seguir regidos por un mismo cuerpo de leyes. El Derecho procesal familiar debe tener su propio Código de procedimientos familiares, que establezca los conceptos, principios generales, las normas de Derecho procesal familiar y específicamente de los procedimientos familiares en general. Juicios sobre cuestiones matrimoniales; nulidad de matrimonio; divorcio; protección económica de la familia; paternidad; filiación; patria potestad; adopción; incapacidad; interdicción; rehabilitación; organización judicial para enajenar o gravar bienes de menores e incapacitados; modificaciones a las actas del Registro del Estado familiar; emancipación; tutela; ausencia; presunción de muerte; providencias cautelares; impedimentos; excusas; recusaciones ; incidentes y recursos.

Las normas de Derecho procesal familiar deben aplicarse a todos aquellos juicios en los que se ve involucrada la familia, y no sólo a aquellos que limitativamente señala el artículo 942 del Código de Procedimientos civiles. ¿Acaso un juicio de divorcio no es un juicio de carácter familiar?

La familia requiere de tribunales especiales que conozcan de su problemática, éstos existen desde el año de 1971, pero después de 25 años no ha sido posible crear la herramienta más importante de éstos tribunales, el Código de procedimientos familiares . A pesar de la incipiente reforma de 1973, que adicionó un capítulo especial denominado "De las Controversias del Orden Familiar" que incluye 17 artículos, estos no son suficientes. Es erróneo

pensar que con apoyo en 17 artículos puedan solucionarse los conflictos familiares. Por ello los jueces familiares han tenido que seguir aplicando las normas del proceso civil, aún cuando se trata de dos procedimientos que nada tienen en común.

A lo largo de nuestra investigación doctoral, nuestra posición ideológica personal y original ha quedado demostrada plenamente. El Derecho Procesal Familiar existe y debe plasmarse en un Código de Procedimientos Familiares para el Distrito Federal y para cada uno de los Estados de la República Mexicana que carezca de él.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La familia es el grupo de personas que descienden unas de otras, ligadas por vínculos de consanguinidad, afinidad, lazos de parentesco civil, o derivado de la fecundación artificial o maternidad asistida. Dicha institución social, permanente y natural base de todas las sociedades, no está exenta de presentar conflictos entre sus miembros, los cuales deben ser resueltos por tribunales, jueces y leyes especializadas.

SEGUNDA.- Cuando el Estado surgió la familia ya estaba organizada, la regían una serie de costumbres y tradiciones arraigadas. Cada familia tenía sus propias normas y la autoridad suprema era el pater familia, encargado de resolver los primeros conflictos de Derecho Procesal Familiar, ya que estos no podían ser resueltos por el juez encargado de otro tipo de asuntos.

Este es el primer indicio que tenemos sobre la separación del Derecho procesal familiar. Normas sólo aplicables a conflictos suscitados en la familia y por jueces especializados.

TERCERA.- La importancia y necesidad de darle a la familia un tratamiento especial hizo que, en el año de 1971, por iniciativa del entonces Presidente de la República Licenciado Luis Echeverría Álvarez, se crearan

juzgados familiares, encargados de conocer sólo problemas de Derecho Familiar.

CUARTA.- En 1973 surge un capítulo especial denominado "De las Controversias Familiares" , que establecía un procedimiento judicial moderno, eliminando formalidades, dotando al juez de una participación activa, facultades discrecionales para dirigir el procedimiento, para que se adentrará en los conflictos y estuviera en posibilidad de dictar sentencia apegado a la verdad.

Desgraciadamente ésta vía fue creada sólo para algunos de los procedimientos familiares, quedando los demás sujetos a las disposiciones del Derecho procesal civil.

QUINTA.- El Derecho Familiar surge como parte del Derecho civil, sin embargo logra su autonomía al demostrar que por encima del interés individual, está el familiar. Al Derecho familiar no se le aplican los principios, sobre los que reposa el Derecho civil, como son, la autonomía de la voluntad, la representación, el mandato, las modalidades del acto jurídico, la renuncia, la cesión y la teoría de las nulidades, entre otros. Ha demostrado su autonomía, de la rama que le dio origen, al contar con leyes especiales en la materia,

enseñarse de manera autónoma, cuenta con obras científicas propias, juzgados especiales, instituciones propias y procedimientos que ninguna otra rama del Derecho tiene.

Si el Derecho familiar ha probado científicamente su autonomía del Derecho Civil, en ésta investigación doctoral pretendemos demostrar que el Derecho Procesal Familiar debe separarse del Derecho procesal civil. Se trata de procedimientos opuestos a los cuales no le son aplicados los mismos principios, por lo que proponemos que el Distrito Federal cuente con un Código de Procedimientos Familiares que contenga los principios rectores del Derecho Procesal Familiar.

En México, en el Estado de Hidalgo, el Derecho Procesal Familiar ya ha logrado su autonomía al crearse el primer Código de Procedimientos Familiares del mundo.

SIXTA.- El Derecho Procesal Familiar es el conjunto de principios y normas, creadas especialmente para la protección del entorno familiar, que regulan el procedimiento familiar ante los jueces y tribunales en la materia.

SÉPTIMA.- Hace 25 años se crearon los juzgados familiares, y hasta la fecha no se ha creado la herramienta con la que los jueces familiares resuelvan los conflictos que se les plantean. Por ello tienen que administrar justicia, apoyados en el Código de Procedimientos Civiles, con principios procesales no aplicables al Derecho Procesal Familiar.

OCTAVA.- El Derecho Procesal Familiar cuenta con principios y características propias, sólo aplicables a juicios de tipo familiar. La familia requiere verlos plasmados en un Código de Procedimientos Familiares para el Distrito Federal, con procedimientos modernos que permitan a la familia obtener la pronta y expedita solución a sus problemas.

BIBLIOGRAFIA

Alsina , Hugo.

Tratado Teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial.

2ª ed. Ediar Sociedad Anónima Editores.

Buenos Aires, República Argentina. 1963

Alvarez, José María.

Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias.

Tomo I. U.N.A.M.

México D.F., 1982.

Becerra Bautista, José.

El Proceso civil en México.

Editorial Porrúa, S.A.

México, D.F. 1977

Bejarano y Sánchez, Manuel.

La Controversia de Orden Familiar. Tesis Discrepantes.

Tribunal Superior de Justicia del D.F.

México, D.F. 1994.

Belluscio, Augusto Cesar.

Manual de Derecho de Familia.

Tomo I. 3ª edición.

Ediciones Depalma.

Buenos Aires, República Argentina 1979

Briseño Sierra, Humberto.

Derecho Procesal.

Vol. I. 1ª edición.

Cárdenas Editor y Distribuidor.

México, D.F.. 1969

Briseño Sierra, Humberto.
Derecho Procesal.
Vol. II. 1ª edición.
Cárdenas Editor y Distribuidor.
México, D.F.. 1969

Briseño Sierra, Humberto.
El Juicio Ordinario Civil. Doctrina, legislación y jurisprudencia.
Editorial Trillas.
México, D.F. 1975

Bonnecase Julien.
La Filosofía del Código Napoleón aplicada al Derecho familiar.
Traducción de José M. Cajica Jr. Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, Puebla.
México. s.f.

Borda A. Guillermo.
Tratado de Derecho Civil.
Tomo I. Familia. 6º edición. Editorial Perrot.
Buenos Aires, República Argentina. s.f.

Cabanellas, Guillermo.
Tratado de Derecho Laboral.
Tomo I. Parte General.
Ediciones el Gráfico.
Buenos Aires, República Argentina. 1949

Cabanellas, Guillermo.
Los fundamentos del Nuevo Derecho.
Editorial Americalee.
Buenos Aires, República Argentina. 1945.

Carnelutti, Francesco.
Derecho Procesal Civil y Penal.
Colección Clásicos del Derecho.
Traducción de Enrique Figueroa Alonzo.
Editorial Pedagógica Iberoamericana.
México D.F. 1984

Castan Tobeñas, José.
Derecho Civil Español común y foral.
Tomo V. Derecho de Familia. Vol. I
Instituto Editorial Reus, S.A.
Madrid, España. s.f.

Cicú, Antonio.
El Derecho de Familia.
Traducción de Santiago Sentis Melendo.
Ediar Sociedad Anónima Editores.
Buenos Aires, República Argentina. 1947

Couture J., Eduardo.
Fundamentos del Derecho Procesal Civil
Tercera edición.
Editores Nacional S.A.
México, D.F. 1981.

Couture J., Eduardo.
Vocabulario Jurídico.
2ª reimpresión.
Ediciones Depalma.
Buenos Aires, República Argentina 1983.

Cuenca, Humberto.
Derecho Procesal Civil.
Tomo I. 1ª ed.
Universidad Central de Venezuela.
Caracas, Venezuela 1969

Chavero, Alfredo.
Resumen Integral de México a través de los siglos.
Tomo I. Historia Antigua. 5ª ed.
Ed. Compañía General de Ediciones S.A.
México, D.F. 1963.

Chiovenda, José
Principios de Derecho Procesal Civil.
Tomo II.
Cárdenas Editor y Distribuidor.
México, D.F. 1980

D. Cestau, Saul.
Derecho de Familia y Familia.
Vol. I. 3ª edición.
Fundación de Cultura Universitaria.
Montevideo, Uruguay 1982.

De la Paz y Fuentes, Víctor M.
Teoría y práctica del juicio de divorcio.
Primera edición.
Editor Fernando Leguizamo Cortes.
México, D.F. 1981.

De Pina, Rafael.
Tratado de las Pruebas Civiles.
Editorial Porrúa S.A.
México, D.F. 1981.

Díaz de Guijarro, Enrique.
Tratado de Derecho de Familia. Tomo I
Topográfica editora Argentina.
Buenos Aires, República Argentina. 1953

Falcon, Enrique M.
Derecho Procesal civil, comercial y laboral.
Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.
Buenos Aires, República Argentina 1978.

Fassi Santiago, Carlos.
Estudios de Derecho de Familia.
Editorial Platense.
La Plata, República Argentina. 1962.

Fix Zamudio, Hector y Ovalle Favela, José.
Derecho Procesal.
Instituto de Investigaciones Jurídicas.
Universidad Nacional Autónoma de México.
México, D.F. 1991.

Foignet, Rene.
Manual Elemental de Derecho Romano.
Traducción de Arturo Fernández Aguirre. Ed. José M. Cajica Jr. S.A.
Puebla, Pue. México 1956.

Fustel de Coulanges.
La Ciudad Antigua. Estudios sobre el culto, el Derecho y las Instituciones de
Grecia y Roma.
4ª edición. Editorial Porrúa S.A.
México, D.F. 1980.

Galindo Garfias, Ignacio.
Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia.
Tercera edición.
Editorial Porrúa, S.A.
México, D.F. 1979.

Gómez Lara, Cipriano.
Derecho Procesal Civil.
Editorial Trillas.
México D.F. 1984.

Güitrón Fuentesvilla, Julián.
Derecho Familiar.
2ª edición. Editado por la Universidad Autónoma de Chiapas.
Tuxtla Gutiérrez, Chiapas. 1988.

Güitrón Fuentesvilla, Julián.
¿Que es el Derecho familiar?. Vol. II.
Tercera edición. Promociones jurídicas y culturales S.C.
México, D.F. 1987.

Lehmann, Heinrich.
Tratado de Derecho Civil.
Vol. IV. Derecho de Familia.
Edit. Revista de Derecho Privado.
Madrid, España. 1953.

León Portilla, Miguel.
La Visión de los Vencidos.
Relaciones Indígenas de la Conquista. 8ª ed.
U.N.A.M. México D.F. 1980.

Mateos Alarcón, Manuel.
Estudio sobre las pruebas en materia civil, mercantil y federal.
Cárdenas Editor y Distribuidor.
México, D.F. 1971.

Margadant S., Guillermo Floris.
El Derecho Privado Romano.
19ª edición. Editorial Esfinge.
México, D.F. 1993.

Margadant S., Guillermo Floris.
Introducción a la Historia del Derecho Mexicano.
Octava Edición.
Editorial Esfinge S.A. de C.V.
México, D.F. 1988.

Mazeaud, Henri, León y Jean.
Lecciones de Derecho Civil.
Parte I. Vol. III. La Familia.
Traducción Luis Alcalá Zamora y Castilla.
Ediciones jurídicas Europa-América.
Buenos Aires, República Argentina. 1959.

Messineo, Francesco.
Manual de Derecho Civil y Comercial.
Tomo II. Derecho de la Personalidad. Derecho de familia.
Traducción de Santiago Sentis Melendo.
Ediciones jurídicas Europa-América.
Buenos Aires, República Argentina. 1954.

Oderigo, Mario A.
Lecciones de Derecho Procesal.
Tomo I. Parte General. 7ª reimpresión.
Ediciones Depalma.
Buenos Aires, República Argentina 1989.

Ovalle Favela, José
Derecho Procesal Civil.
Editorial Harla, S.A.
México, D.F. 1980

Pérez Palma, Rafael.
Guía de Derecho Procesal Civil.
5ª ed. Cárdenas Editor y Distribuidor.
México D.F. 1979.

Recaséns Siches, Luis.
Tratado General de Sociología.
Décimo octava edición.
Editorial Porrúa, S.A.
México, D.F. 1980.

Riva Palacio, Vicente.
Resumen integral de México a través de los siglos.
Tomo II. El Virreinato.
5ª ed. Compañía General de Ediciones S.A.
México D.F. 1963.

Ruggiero, Roberto de.
Instituciones de Derecho Civil.
Tomo II. Vol. II. Traducción de la 4ª edición italiana por Ramón Serrano y
José Santa Cruz T.
Instituto Editorial Reus.
Madrid, España. s.f.

Torres Rivero, Arturo Luis.
Derecho de Familia. Tomo I. Parte General.
Universidad Central de Venezuela.
Caracas, Venezuela 1967.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS.

Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Ossorio, Manuel. Ed.
Heliasta S.R.L. Buenos Aires, República Argentina 1979.

Diccionario de Derecho Procesal Civil. Pallares, Eduardo. Undécima edición.
Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1978

Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo II. Cabanellas, Guillermo. 12ª edición. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, República Argentina. 1979.

Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo III. Cabanellas, Guillermo. 12ª edición. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, República Argentina. 1979.

Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo III. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F. 1983.

Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo IV. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F. 1983.

Enciclopedia Salvat. Diccionario. Tomo 5. Barcelona, España. 1978

Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Tomo V. Selecciones del Reader's Digest. México, D.F. 1979

ARTÍCULOS Y REVISTAS

Antoni, Jorge S. La Ubicación de la Familia en el Derecho. Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Num. 20. Universidad Nacional de Tucuman. San Miguel de Tucumán, República Argentina. 1969

Barroso Figueroa, José. La Autonomía del Derecho Familiar. Revista de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M. México, D.F

Beltran de Heredia José. La Doctrina de Cicú sobre la posición sistemática del Derecho de Familia. Revista de Derecho Privado. Octubre de 1965. Madrid, España.

Díaz de Guíjarro, Enrique. Cuestiones de Derecho de Familia. Revista Cubana de Derecho. Año XXVIII. Abril-Junio 1956. N° 11. La Habana, Cuba. 1956.

Güitrón Fuentevilla, Julián. Concepto de Derecho civil y Derecho familiar. Revista de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M. Tomo XXIX. Num. 112. Enero-Abril 1979. México, D.F.

Güitrón Fuentevilla, Julián. ¿Cual es la naturaleza jurídica del Derecho familiar?. Revista Convergencia. Órgano informativo del Consejo Nacional de Egresados de Posgrado en Derecho.

Güitrón Fuentevilla, Julián. Derecho Procesal Familiar. El Sol de México. Sección A. México D.F. 9 de enero de 1995.

Margadant S., Guillermo Floris. "El Recurso de Fuerza en la época Novohispana". Medio Siglo de la Revista de la Facultad de Derecho. Edición especial. Facultad de Derecho. U.N.A.M. México, D.F. 1991.

Soberanes Fernández, José Luis. "Notas sobre el origen del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal." Estudios jurídicos en homenaje al maestro Guillermo Floris Margadant. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F. 1988.

Sordo Noriega, Francisco. Evolución del Derecho Mexicano (1912-1942). "Procedimientos Civiles." Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho. Vol. IV. Tomo II. Ed. Jus. México D.F. 1943.

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Sista. México D.F. 1994.

Código de la Familia de la República de Panama. 1994.

Código de Familia de la República de El Salvador. Ministerio de Justicia. San Salvador, El Salvador. C.A. 1993.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Editorial Sista. México D.F. 1995.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Anaya Editores S.A. México, D.F. 1993.

Eguía Villaseñor, Emilio. Legislación Familiar del Estado de Hidalgo. Código de Procedimientos Familiares. Pachuca de Soto, Hidalgo. México 1983.

Güitrón Fuentevilla, Julián. Legislación Familiar del Estado de Hidalgo. Código Familiar para el Estado de Hidalgo. Pachuca de Soto, Hidalgo. México 1983.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación. Tercera Sala. 7A Época. Vol. 217 - 228. Cuarta Parte. Página 322.

DIARIO DE LOS DEBATES Y DIARIOS OFICIALES.

Diario de los Debates de la Camara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. XLVIII Legislatura. Año I Tomo I Num. 19 Periodo Extraordinario.

Diario Oficial de la Federación del 14 de Marzo de 1973.

Diario Oficial de la Federación del 25 de enero de 1991.

Diario Oficial de la Federación del 24 de mayo de 1996.

Memoria de la XLVIII Legislatura. 1970 - 1973. Camara de Senadores. Edit. Bodoni S.A. México, D.F. 1976.

OTRAS PUBLICACIONES

Plan de Estudios. División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M.. Unidad de Registro e Información. U.N.A.M. n.f.

Planes y programas de estudios de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M.. Tomo II. U.N.A.M. 1992.

FALTA PAGINA

No. 333

I N D I C E

" DERECHO PROCESAL FAMILIAR "

PROLOGO.	I
INTRODUCCIÓN	IV
CAPÍTULO PRIMERO	
CONCEPTOS GENERALES.	
I.- FAMILIA.	
A).- Concepto etimológico.	1
B).- Concepto gramatical.	2
C).- Concepto sociológico.	4
D).- Concepto jurídico.	6
D).- Breve referencia histórica.	18
II.- DERECHO FAMILIAR.	
A).- Concepto de Derecho familiar.	30
B).- Características del Derecho familiar.	41
III.- DERECHO PROCESAL.	
A).- Concepto de Derecho procesal.	49
B).- Características del Derecho procesal.	53
C).- Categorías del Derecho procesal.	55
IV.- DERECHO PROCESAL FAMILIAR.	
A).- Nuestro concepto de Derecho procesal familiar.	74
B).- Características del Derecho procesal familiar.	76
CAPÍTULO SEGUNDO.	
NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO FAMILIAR.	
I.- Tesis de Antonio Cicú.	84
II.- Tesis de Roberto de Ruggiero.	92
III.- Tesis de Guillermo Cabanellas.	97
IV.- Tesis de Julián Güitrón Fuentevilla.	110
V.- Tesis de José Barroso Figueroa.	123

CAPÍTULO TERCERO.**ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PROCEDIMIENTO FAMILIAR.**

I.- HEBREOS	132
II.- EL PROCEDIMIENTO EN GRECIA.	134
III.- DERECHO ROMANO.	138
A).- Organización judicial	
B).- Procedimientos.	
1.- Acciones de la Ley	
2.- Procedimiento Formulario	
3.- Procedimiento Extraordinario.	
IV.- DERECHO GERMÁNICO.	148
V.- DERECHO ROMANO CANÓNICO.	150
VI.- DERECHO ESPAÑOL.	151
VII.- DERECHO MEXICANO.	162
A).- Epoca Prehispánica.	
B).- Epoca Colonial	
C).- Epoca Independiente.	

CAPÍTULO CUARTO.**EL PROCEDIMIENTO FAMILIAR.**

I.- Características generales del procedimiento familiar.	201
II.- Las partes.	209
1.- Concepto de parte.	
Parte en sentido material.	
Parte en sentido formal.	
2.- Capacidad para ser parte.	
III.- La Demanda.	220
1.- Concepto etimológico.	
2.- Concepto jurídico.	
IV.- El emplazamiento.	236
1.- Concepto etimológico.	
2.- Concepto jurídico.	
V.- Contestación de la Demanda.	239

VI.- Las pruebas.	
1.- Concepto de prueba.	253
2.- Principios rectores de la prueba.	256
3.- Carga de la prueba.	258
4.- Medios de prueba.	260
5.- Pruebas en particular.	263
A.- La confesional.	263
Definición.	
Clasificación.	
Formalidad y Desahogo.	
B.- La Documental.	269
Definición.	
Clasificación.	
C.- La Pericial.	272
Definición.	
Ofrecimiento y Desahogo.	
D.- Inspección Judicial.	275
Definición.	
Ofrecimiento y Desahogo.	
E.- La Testimonial.	276
Definición.	
Clases de testigos.	
Quienes pueden ser testigos.	
Ofrecimiento y Desahogo.	
F.- La Presuncional.	281
Definición.	
Clases.	
VII.- Los Organos Auxiliares de la Justicia Familiar.	285
VIII.- Los Alegatos.	291
IX.- Las Sentencias.	293
X.- La segunda instancia en materia familiar.	301

CAPÍTULO QUINTO.	
TESIS DE LA TESIS.	
DERECHO PROCESAL FAMILIAR.	305
CONCLUSIONES	317
BIBLIOGRAFÍA	321
ÍNDICE.	333