

37
24

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



MODIFICACIONES AL PROCEDIMIENTO DE LAS
CONTROVERSIAS DE ORDEN FAMILIAR

TESIS QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

MARIA DEL PILAR ARRIAGA AMARO



MEXICO, DISTRITO FEDERAL.

1997

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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.

**A mis padres,
siendo ésta una manera más
de expresarles mi cariño.**

**A mis hermanos,
por ser parte importante
de mi vida.**

**A Lupita,
por el apoyo y amistad
brindados incondicionalmente.**

**A la Facultad de Derecho de la
Universidad Nacional Autónoma de México,
por la formación profesional otorgada.**

**A los Licenciados:
Héctor Molina González.
Santos Martínez Gómez,
porque sin su apoyo y paciencia
no hubiera sido posible la presente
investigación.**

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO.....	1
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I LAS INSTITUCIONES	
1.- La Familia.....	5
1.1 Concepto.....	8
Etimológico.....	8
Jurídico.....	10
Social.....	13
1.2 Función Jurídica.....	14
Ámbito Interno.....	14
Ámbito Externo.....	17
2.- El Derecho Procesal.....	18
2.1 Definición.....	19
2.2 Evolución.....	22
2.3 Características.....	37
3.- El Procedimiento Familiar.....	39
3.1 Definición.....	40
3.2 Autonomía del Derecho Familiar.....	41
3.3 Necesidad de Regular el Procedimiento Familiar de Facto.....	46
CAPÍTULO II LOS PROCEDIMIENTOS	
1.- Procedimiento Civil y Procedimiento Familiar.....	49
1.1 Diferencias entre ambos.....	50
Principios Rectores.....	51
Conflictos.....	57
Regulación.....	60

	Pág.
2.- Procedimiento Familiar de Facto.....	74
2.1 Aplicación Práctica.....	77
2.2 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Disposiciones Incompletas en Controversias Familiares.....	87

CAPÍTULO III

ANÁLISIS COMPARATIVO DEL DERECHO POSITIVO A LA PRÁCTICA

1.- Necesidad de Proteger a la Familia.....	100
2.- Controversias de Orden Familiar.....	110
2.1 Alimentos.....	113
2.2 Patria Potestad.....	116
2.3 Guarda y Custodia.....	125
3.- Tesis Jurisprudenciales en Controversias de Orden Familiar.....	129
4.- Resumen y Propuestas en Controversias de Orden Familiar.....	149

CAPÍTULO IV

TESIS DE LA TESIS

1.- Avances en Materia Procesal.....	158
2.- Propuesta.....	170
2.1 Modificaciones al Título XVI del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.....	171
2.2 Selección de Jueces Familiares.....	188
2.3 Creación de una Mesa de Tramite para las personas que acuden por Primera vez, Ampliación de la Defensoría de Oficio del Fuero Común del Distrito Federal..	199
2.4 Ejecución de Sentencias Familiares.....	205
CONCLUSIONES.....	210
BIBLIOGRAFÍA.....	214

PRÓLOGO

Quando ingresamos a la carrera de derecho creemos que la verdad pura es la teoría que se nos enseña en las aulas, la cual se nos muestra tan metódicamente ordenada, tan lógica en su consecución que realmente convencidos ondeamos la bandera de la justicia y en nuestro espíritu se despierta el ánimo auténtico por defender a toda costa la misma, por ser honestos en el ejercicio de la abogacía, por reivindicar su mala fama y mil sueños más que toman forma en nuestras jóvenes mentes gracias a que la teoría nos enseña que todo ello es factible.

Sin embargo, absortos en el estudio, olvidamos o dejamos de lado la condición humana que, como presupuesto, presenta un complejo tejido de emociones que nos impulsan a actuar de manera contraria a la conducta que la sociedad espera y reclama de nosotros.

Es precisamente cuando nos enfrentamos día a día con la actividad judicial que nos percatamos de que esa maravillosa teoría tan predecible en su actuación es no pocas veces distinta e incluso contraria a la imprevisible y dinámica práctica forense.

Gracias a este desequilibrio entre la teoría y la práctica es que surge la presente investigación, pretendemos sin ánimo de presunción alguna dar a conocer las fallas, errores e interpretaciones judiciales que en nuestra corta experiencia en el foro pudimos apreciar.

Sabemos que es difícil criticar, en la mejor de las acepciones, la labor tan profesional y loable que hacen un grupo de expertos y peritos en el derecho como lo son los legisladores y jueces, pero peor aún es criticar de manera malsana, sin señalar por lo menos una posible solución, un acceso de cambio a ese desacierto.

Conscientes de que nuestra visión y experiencia jurídicas son limitadas, no por falta de interés sino en razón de la edad, el presente trabajo busca hacer sentir la necesidad compartida, creemos por otros juristas, de que nuestra legislación se actualice a la sociedad para la que fue creada; tal actualización se traduce más que en reformar o derogar disposiciones legales en una mayor dinámica en su aplicación.

Nos abocamos expresamente a la rama familiar porque consideramos que al ser ésta la base de la sociedad, es donde se debe estructurar vigorosamente la personalidad de sus miembros, los que después pasarán a ser parte de la comunidad, por ello debemos empezar por los cánones de la conducta interfamiliar trascendentes a las relaciones humanas.

INTRODUCCIÓN

Uno de los elementos que integran el Estado es la población y de ésta su principal componente es la familia que, en suma se considera como la célula primaria de la sociedad y es gracias a tan gran trascendencia que el Estado, en su calidad de regulador de la vida en comunidad, se encuentra obligado a proteger a ese grupo, no sólo en el aspecto material sino también y como el más importante en el aspecto jurídico.

La presente investigación inicia con la delimitación y desarrollo histórico de las instituciones que constituyen el objeto de estudio: la familia, el derecho procesal y el procedimiento familiar.

La razón por la que incluimos al derecho procesal dentro de nuestro trabajo, es porque éste se observa como el aspecto práctico del derecho positivo y toda vez que nuestra principal inquietud es la impartición de justicia, se hace obligada su presencia.

Conscientes de que aún cuando el procedimiento familiar es previsto dentro de la legislación procesal civil, no pueden ser considerados como algo similar, por ello y con el propósito de delimitar la competencia y el objeto de aplicación de uno y otro, mostramos sus diferencias más relevantes, así como su desarrollo forense y las deficientes disposiciones del citado enjuiciamiento familiar.

Dando por hecho que un interés generalizado es el bienestar de la infancia, el capítulo tercero se aboca al análisis de los estatutos legales a la protección y salvaguarda de los derechos de los menores de edad, las contradicciones existentes entre los mismos y el criterio jurisprudencial que otorga solución a estas posturas opuestas.

Por último y como consecuencia lógica de toda investigación proponemos un medio resolutor al problema de la anómala impartición de justicia familiar creada por la ignorancia de los juzgadores respecto de la ley, los fraudes que se cometen escudados en la lagunas legales y la apatía de los funcionarios tanto judiciales como administrativos de los juzgados familiares.

Nuestra solución surge a través de la modificación y reestructuración del procedimiento para las controversias de orden familiar, buscando en su aplicación el motivo de su creación y no la rigidez formal y silogística con que los jueces familiares, influenciados por criterios civilistas, lo llevan a cabo.

CAPÍTULO I

LAS INSTITUCIONES

1.- LA FAMILIA.

Consideramos que la familia es tan antigua como la humanidad misma, sin embargo cuando surge no es lo que ahora conocemos como tal, ésta tuvo que evolucionar, por ello podemos encontrar diversas etapas en la familia, no obstante existe una imposibilidad por parte de historiadores e investigadores para comprobar plenamente la teoría de la evolución de la familia.

Así pues, podemos suponer que en un primer momento los seres humanos vivieron en una etapa de promiscuidad sexual, de tal suerte que cada mujer pertenecía a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres, el parentesco sólo podía ser cierto por parte de la madre otorgándole a esta una posición social elevada constituyendo con ello un matriarcado.

Surge una segunda fase en esta evolución en la cual, coinciden varios autores en señalar que se da la principal diferencia entre la animalidad y la humanidad toda vez que se prohíben las relaciones sexuales entre parientes próximos. "El primer paso se da para eliminar la cohabitación entre ascendientes y descendientes. Esta forma de familia llamada por Morgan consanguínea consistía en grupos conyugales separados por generaciones; los integrantes de cada una de ellas se consideran cónyuges entre sí colectivamente. Por lo tanto, se consideran todos los abuelos y abuelas como marido y mujer; sus hijos los padres y las madres lo eran también, y los hijos de estos formaban un tercer círculo de cónyuges comunes.

No existe noción de pareja conyugal, la prohibición de incesto se refiere únicamente a las relaciones entre padres e hijos." ¹

Surge la familia denominada punalua, en ella se separa a los hermanos, hombres y mujeres, evitando con ello las relaciones sexuales entre estos y restringiendo aun más la libre promiscuidad.

"Apareció un grupo de matrimonios por grupo; cada grupo conyugal se encontraba constituido del modo siguiente: una serie de hermanas (es decir, de mujeres pertenecientes a una misma generación dentro de una familia e incluyendo primas en segundo o tercer grado) eran mujeres comunes de una serie de maridos comunes de los cuales estaban excluidos sus propios hermanos (es decir, hermanos uterinos y demás miembros de la misma generación dentro de la familia)." ²

No obstante de restringirse la promiscuidad, no existía una mínima certeza en lo que a la paternidad corresponde, toda vez que al ser un grupo de cónyuges comunes surgen diferentes posibilidades.

Como podemos observar este grupo social primario surge por las necesidades naturales de sus miembros, sobre todo aquellas referidas a la crianza y sostenimiento de los hijos; sin embargo no podemos negar que al interior de esos grupos surgen fuerzas afectivas muy poderosas y que al trascender al grupo lo obligan a permanecer unido.

Al tomar conciencia de la pareja conyugal surge la familia sindiásmica, que se caracteriza por exigir fidelidad absoluta a la mujer mientras dura la unión, castigando fuertemente el adulterio femenino, no obstante lo anterior el varón goza de la posibilidad de la infidelidad ocasional.

¹CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., LA FAMILIA EN EL DERECHO DERECHO DE FAMILIA Y RELACIONES JURÍDICO FAMILIARES, Edic. 2a. Edit, Porrúa, S.A., México, 1990. p. 182.

²Ibidem, pp. 182-3.

Como es lógico a la anterior etapa de la familia le falta cierto rigor para cumplir con las cargas inherentes a dicha unión, por tanto surge la familia monogámica, cuyos lazos son más perdurables y estables, ya no existe esa facilidad para disolver las uniones, en contra posición el varón puede repudiar a la mujer a causa de la infidelidad, el hecho de que es en él en quien descansa la obligación de sostener y proveer lo necesario para la perduración de la familia; ello trae aparejado que una vez que el hombre crea un patrimonio debe tener una paternidad cierta para que su prole pueda heredar y asegurar la continuidad de su especie e intereses.

En esta etapa, y como podemos desprender del párrafo anterior, la mujer cada vez se encuentra más restringida a las labores del hogar y 'atada' a un hombre por el sustento que éste le proporciona, en contrapartida el hombre aumenta su poder y privilegios.

Contemporaneamente surge la familia nuclear, "...y se caracteriza por ser un grupo social, por tener residencia común, cooperación económica y reproducción; incluye adultos de ambos sexos y a sus hijos, sean propios o adoptivos." ³

Ahora bien, a pesar del esfuerzo hecho para conocer el origen de la familia, éste sigue oculto no obstante de encontrar ciertas características en la evolución de la humanidad que nos hace suponer la existencia y evolución de ésta, sin embargo no podemos dejar de reconocer que es un fenómeno social, cultural y jurídico dotado de un ordenamiento normativo, el cual muchas veces no responde a las necesidades que surgen de esa interacción familiar.

Lo anterior nos muestra que la familia siempre esta en evolución y a cada etapa de la misma le corresponden muy variadas formas de manifestación económica, social, política, jurídica, etc.

³Ibidem, p. 185.

"Así, la familia se constituye en una institución que ha sido definida de muy distintas maneras; se le ha considerado como la célula primaria de la sociedad, como el núcleo inicial de toda organización social, como el medio en el que el individuo logra su desarrollo, tanto físico y psíquico como social. También se le ha señalado como la unidad económica que constituye la base de la seguridad material del individuo, a través de sus diversas etapas de desarrollo, primero en el seno de la familia dentro de la cual nace y posteriormente en el de la familia que hace." 4

Por tanto el concepto de familia tendrá diversas acepciones dependiendo de cual sea el enfoque del estudio a que se someta.

1.1 CONCEPTO.

Delimitaremos que se entiende por la palabra 'concepto', así tenemos:

"Concepto m. Idea que concibe o forma el entendimiento,..."5

La palabra concepto expresa la idea, el juicio, criterio o apreciación de algo, primordialmente con el propósito de hacerlo individual en su acepción y su identificación.

CONCEPTO ETIMOLÓGICO:

Al pretender conceptualizar a la familia mediante su acepción etimológica, lo que buscamos es encontrar las raíces de dicha locución.

*BAQUERIO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía., DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES. Edic, 1a. Edn, Harla, México, 1990. p. 7.

⁵LAROUSSE. Diccionario manual ilustrada. Edic, 4a. Edit, Ediciones Larousse. México, 1990. p. 193.

Para lograr nuestro propósito nos hemos auxiliado de diversas posturas doctrinales expresadas a continuación:

Encontramos que Joan Corominas define a la familia de la siguiente forma "Tomado del lat. familia 'conjunto de los esclavos y criados de una persona', 'familia', derivado de famulus 'sirviente', 'esclavo'." ⁶

Reforzando lo anterior Guillermo Cabanellas señala que la familia es un "...vocablo que nuestro idioma conserva íntegramente del latín." ⁷

Concretando el origen del vocablo que nos ocupa, Vicente García de Diego menciona que la familia se constituye por "...todas las personas de la misma sangre': del lat. familia." ⁸

Ahondando en el tema encontramos que en la Enciclopedia Britannica "el termino familia procede del latín famulus, criado o sirviente, ya que en un principio aquella palabra designaba el conjunto de sirvientes de una persona, y solo más tarde paso a denominar a la gente que vivía en un hogar unida por vínculos de sangre y sometida a la autoridad de un jefe común..." ⁹

"Según opinión de Taparelli, la palabra familia viene del latín famas, que quiere decir hambre, pues una de las indicaciones que llena esta asociación es la de proveer á las necesidades cotidianas de la vida. Según el Marqués de Morante, la palabra familia se deriva de famulus (sirvo), famulus á su vez

⁶COROMINAS, Joan, et al., DICCIONARIO CRÍTICO ETIMOLÓGICO CASTELLANO E HISPANO, Vol. II, Edic. Segunda Reimpresión. Edit. Gredas. Madrid, 1992. p. 846.

⁷CABANELLAS, Guillermo., DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, T. IV, Edic. 21a. Edit. Helio, S.R.L. Argentina, 1989. p. 23.

⁸GARCÍA DE DIEGO, Vicente., DICCIONARIO ETIMOLÓGICO ESPAÑOL E HISPANO, Edic. n d. Edit. S.A.E.T.A. Madrid, 1954. p. 287.

⁹ENCICLOPEDIA HISPÁNICA, "MACROPEEDIA". Vol. 6. Edic. 1a Reimpresión. Edit. Encyclopaedia Britannica Publishers, Inc. Estados Unidos, 1991. p. 197.

del primitivo famul, originado asimismo por la voz osca famel, que significa esclavo;...".¹⁰

Carlos Mascareñas hace mención de que "...la familia hace relación a un conjunto de personas que viven (mejor conviven) bajo un mismo techo (2), en un mismo domicilio, sirviendo la casa como un punto localizado de sus actividades y su vida...(2) y aun en la filológica, pues la mayoría de los autores entienden que la voz 'familia' significa en sus orígenes una convivencia localizada en su hogar. El sánscrito deriva de la palabra Dha (asentar) Dhaman (asiento, morada, casa). El griego tiene las mismas expresiones denotadoras de domicilio, vivienda; otras tesis, por el contrario, intentan buscar otra significación buscando su etimología en famel, hambre, porque quizás en la familia se satisfacen las primeras necesidades,...".¹¹

Como podemos observar aún entre los tratadistas citados existen variantes para definir etimológicamente el concepto de familia, sin embargo podemos desprender que dicho término proviene del latín 'familia' y que en un principio designaba a los esclavos y sirvientes de una persona, evolucionando hasta determinarla como el conjunto de personas unidas por consanguinidad, adopción y/o afinidad, aunada la convivencia bajo un mismo techo y la satisfacción de las necesidades primarias.

CONCEPTO JURÍDICO:

Debemos entender como concepto jurídico de la familia aquel que el Derecho le otorga a la misma, es decir, aquello que la ley señala como la familia; observamos que en la legislación aplicable al Distrito Federal no existe concepto alguno de dicha institución, por ello en un primer momento nos auxiliaremos

¹⁰ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA EUROPEO AMERICANA, T, XXIII. Edic. n d. Edit, Espasa-Calpe, S.A. Madrid, 1924. p. 198.

¹¹MASCAREÑAS, CARLOS-E., NUÉVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA, Edic. n d. Edit, Francisco Sotx, S.A. España, 1982. p. 628.

nuevamente de la doctrina jurídica y posteriormente anotaremos una definición legal de la familia incluido en la Legislación Familiar para el Estado de Hidalgo.

Retomando las ideas de Guillermo Cabanellas, en el campo jurídico señala que "...Sánchez Román la define como la 'institución ética, natural, fundada en la relación conyugal de los sexos, cuyos individuos se hallan ligados por lazos de amor, respeto, autoridad y obediencia;'...Según Díaz de Guijarro se está ante 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.'"¹² Sara Montero Duhalt define a la familia en el ámbito jurídico como el grupo de "personas unidas por lazos de matrimonio, concubinato o parentesco."¹³

Acentuando lo anterior Juan Ramírez Gronda señala que es "un conjunto de personas vinculadas por parentesco."¹⁴ así como Rafael De Pina, que menciona "Familia. Agregado social constituido por personas ligadas por el parentesco..."¹⁵

Más extensamente José Alberto Garrone dice que la familia es "Conjunto de personas que descendiendo de un tronco común, se hallan unidas por un lazo de parentesco...En sentido propio y limitado, la familia esta 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."¹⁶

¹²CABANELLAS, Guillermo., Ob. Cit. pp. 23-4.

¹³MONTERO DUHALT, Sara., DERECHO DE FAMILIA, Edic. 5a. Edit, Porrúa, S.A. México, 1992. p. 1.

¹⁴RAMÍREZ GRONDA, Juan D., DICCIONARIO JURÍDICO, Edic. 10a. Edit, Heliasta S.R.L. argentino, 1988. p. 154.

¹⁵PINA, Rafael de. y PINA VARA, Rafael de., DICCIONARIO DE DERECHO, Edic. 16a. Edit, Porrúa, S.A. México, 1989. p. 270.

¹⁶GARRONE, José Alberto., DICCIONARIO JURÍDICO ABELEDO-PERROT, T. II. Edic. n. d. Edit, Abeledo-Perrot. Argentina, 1986. pp. 137-8.

"...el concepto jurídico ... atiende a las relaciones derivadas del matrimonio y la procreación conocidas como parentesco, y a las que la ley reconoce ciertos efectos, esto es, que crean derechos y deberes entre sus miembros.

Así, desde la perspectiva jurídica, la simple pareja constituye una familia, porque entre ambos miembros se establecen derechos y deberes recíprocos; también constituyen partes de la familia sus descendientes, aunque lleguen a faltar los progenitores...no todos los descendientes forman parte de la misma familia en sentido jurídico, ya que los efectos de las relaciones de parentesco sólo son reconocidos por la ley hasta determinado grado...en línea recta el parentesco no tiene límite, pero en línea colateral el parentesco y sus efectos sólo se extienden hasta el cuarto grado..."¹⁷

"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."¹⁸

De lo anterior se desprende que la familia, en el aspecto jurídico, es el conjunto de personas que está unida por el matrimonio, concubinato o por un vínculo bien sanguíneo, bien adoptivo o por afinidad, es decir, existe una relación jurídica de la que surgen derechos y obligaciones recíprocos entre las personas que la conforman, limitando ese conjunto a través de las líneas y grados del parentesco.

Así pues e interpretando la legislación positiva, podemos observar que la familia jurídicamente se equipara con el parentesco., ya que es gracias a este nexo que se puede delimitar la integración de la misma y lógicamente los derechos y deberes que surgen de tal relación filial.

¹⁷BAQUEIRO ROJAS, Edgard., Ob. Cit. pp. 8-9.

¹⁸GÚTRON FUENTEVEILLA, Julián., LEGISLACIÓN FAMILIAR DEL ESTADO DE HIDALGO, Edic. 3a. Edit, n. d. México, 1983. art. 1.

CONCEPTO SOCIAL:

Podemos considerar que el concepto social de la familia es algo inherente a la misma, toda vez que es la familia la que crea a la sociedad, así se dice que la familia es "...la unidad básica de toda sociedad..." ...Su antigüedad y su importancia en la historia de la Humanidad, la colocan en la cumbre de las instituciones." ¹⁹

Enlazándonos con lo anterior, la familia es el primer grupo social con el que convivimos y nos interrelacionamos, es la célula de la sociedad, "La familia es la primera y fundamental comunidad humana...[a tal grado que]... la vida de toda sociedad, nación y estado, dependen de la familia."²⁰

El concepto social señala que la familia "Es la institución social formada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos, y los individuos unidos, a ellos por intereses económicos, religiosos o de ayuda."²¹

Pero no solo es eso la familia en el plano social, también es la primera instancia para satisfacer las necesidades afectivas, materiales y de intercomunicación "... es el grupo primario en donde hombres y mujeres encuentran los satisfactores básicos a sus necesidades. Es esencialmente un grupo dinámico cuyas relaciones al interior y al exterior delimitan características culturales - en las que van incluidos los diferentes tipos de normatividad - en la comunidad en la que se desarrollan y al mismo tiempo introducen en los hombres y mujeres que la integran, los valores, también culturales, que se perfilan en esa comunidad. De tal manera que es válido afirmar que la familia esta hecha por la cultura imperante en al sociedad, pero ella, al mismo tiempo, hace y rehace cultura."²²

¹⁹IBAROLA, Antonio de., DERECHO DE FAMILIA, Edic, 4a. Edit, Porrúa, S.A. México, 1993. p. 11.

²⁰Ibidem. p. 13.

²¹BAQUEIRO ROJAS, Edgard., Ob. Cit. p. 8.

²²PEREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena., DERECHO DE FAMILIA, Edic, 1a. Edit, I.J.J. UNAM. México, 1990.p. 8.

En este orden de ideas, la familia es la base de la sociedad, es el primer enlace del individuo con la misma y su importancia radica en que cumple la función social de perpetuar la especie humana, sin la cual la sociedad se extinguiría, además de infundir en sus integrantes los valores y objetivos socializadores, aunada la muy importante labor de satisfactoria de las necesidades primarias de intercomunicación y convivencia.

1.2.- FUNCIÓN JURÍDICA:

Desde el punto de vista de nuestra materia, la familia al constituir la célula de la sociedad requiere una regulación normativa, ya que dentro de ella surgen los primeros derechos y deberes del individuo el cual al ir socializándose entra en contacto con otros individuos y de estas relaciones surge un sistema social normativo.

Ahora bien, al interior del núcleo familiar se introducen una serie de caracteres encaminados a coordinar hacia el exterior el funcionamiento de los grupos sociales en los que se desenvuelven sus miembros.

ÁMBITO INTERNO

Principalmente, de manera enunciativa y no limitativa, dentro de la familia se desarrollan las siguientes funciones:

- La procreación, entendiéndola esta como la manera en la que se perpetúa la especie, así mismo de esta función se deriva la de regular las relaciones sexuales entre cónyuges, es decir, se considera al matrimonio como fundamento de la familia, por tanto las relaciones sexuales que surjan entre marido y mujer serán lícitas e impide, conforme a derecho y no de hecho, que surjan otras actividades sexuales fuera del matrimonio.²³

²³MONTERO DUHAL, Sara., Ob. Cit. p. 10.

- La crianza de sus descendientes, una vez que existen hijos los padres adquieren la obligación de atenderlos, educarlos, cuidarlos, y amarlos.

- La satisfacción de necesidades físicas y afectivas, el ser humano nace 'prematuro' respecto de otras especies y por tanto necesita, durante un período relativamente largo, que alguien -entiéndase los padres - satisfagan sus necesidades físicas de alimento, vestido, hogar, asistencia médica, etc.;

Aunado a ello ese ser humano no solo requiere de cuidados externos, sino también y esencialmente emotivos, es decir, sentirse querido, apreciado, valorado, respetado y amado, para que a través de esos satisfactores pueda crecer física y afectivamente.

"La liga afectiva con otras personas es imprescindible para el equilibrio emocional y mental y hasta para la salud física de todos los seres humanos... es la familia la que en forma natural provee este alimento espiritual."²⁴

- La enseñanza del idioma familiar o la lengua materna es otra función que al interior cumple la familia, específicamente la madre, ya que se menciona 'lengua materna' porque en general es ella quien educa y más convive con los hijos por ello el menor aprende a comunicarse con la madre, el menor aprende que la madre como una tarea didáctica le enseñe a expresarse a través de lenguaje.

- Creación de la identidad, es importante que el menor dentro de la familia tenga un lugar establecido, es decir, no se le considere un miembro más sino que tenga identidad propia, respecto de quien es, contribuyen a ello su nombre y apellido que van delimitando su personalidad, así también juegan papel importante los estímulos que se le otorguen para desarrollar sus capacidades.

²⁴Ibidem. p. 12.

- La solidaridad, entendiendo esta como los servicios personales que se prestan entre sí los miembros de la familia y por los cuales no esperan retribución alguna, es importante saber que la familia no solo sirve para satisfacer nuestras necesidades físicas o compartir las alegrías sino también como un apoyo en los momentos difíciles y comprensión a la conflictiva que cada uno de sus miembros presenta; así de esta solidaridad familiar se derivan los sentimientos altruistas y la solidaridad social.

- Educación y socialización, la primera educación que recibimos es en la casa, y se encuentra encaminada a moldear nuestro carácter y nuestra identidad; derivada de esta surge la educación social, es decir, aprender a comportarnos de una u otra forma dentro de ese grupo primario, adquirir normas éticas de respeto y convivencia, así como la transmisión de principios religioso, políticos, sociales, etc., que permitirán en un futuro adaptarnos a nuestro entorno social.

Toda esta educación la recibimos y nos es dada generalmente de manera inconsciente, surge dentro del primer grupo social que es la familia; porque aunque otras instituciones sociales pueden cubrir esta función (guarderías, jardines de niños) su aportación es secundaria porque el desarrollo decisivo del menor se da dentro del seno familiar.

- Producción económica esta función presenta un doble aspecto, al interior de la familia es una unidad de consumo y al exterior es una unidad productiva de bienes y servicios.

Como unidad de consumo, las satisfacción de necesidades se da en un principio dentro del hogar, pero conforme va evolucionando la familia, se buscan esos satisfactores fuera, como ejemplo podemos mencionar que si existe un enfermo en casa, antes se le atendía en la misma por un miembro de la familia, ahora es frecuente recurrir a los servicios médicos, así surgen "...unidades de servicio para el consumo básico: restaurantes, habitaciones colectivas, casa de huéspedes, tintorerías, casa de

salud, guarderías infantiles, comedores en centros de trabajo, etc."²⁵

Como ya señalamos, estas funciones son enunciativas y no limitativas, y la mayoría de ellas tienden hacia la exteriorización del individuo con ciertas bases adquiridas dentro de la familia, ya que como quedó asentado aún cuando existan instituciones sociales que preste y puedan desempeñar esas funciones, es dentro de la familia que esas enseñanzas se vuelven decisivas.

ÁMBITO EXTERNO

Podríamos decir que todas las funciones de la familia son externas porque van encaminadas a la socialización de sus miembros, pero no obstante existen fuera de la familia ordenamientos jurídicos que buscan el bienestar de la misma como grupo, además ciertas características de esas funciones sólo se dan al interior del grupo y son netamente internas, así bien y nuevamente a manera enunciativa señalaremos en el ámbito externo las siguientes funciones que cumple la familia:

- Función educadora, enfocándonos no a la educación formadora, sino a la educación instructora, es decir, aquella que aprendemos en las aulas y que representa una obligación a cumplir por parte de los padres.

- Determina al individuo como sujeto de derecho, lo ubica en torno a una comunidad, señala el principio de domicilio de la persona.

- Delimita su integración conforme a la ley, estableciendo los lazos de parentesco ya sea sanguíneo, civil o por afinidad.

²⁵Ibidem. p. 11.

- Provoca en el legislador el ánimo de crear nuevas disposiciones que se adapten a la realidad social, económica y cultural de la familia.

- Propicia en el órgano judicial, al amparo de la ley, se desarrollen normas de asegurar el cumplimiento de las obligaciones que nacen dentro de este grupo social primario.

- Respecto de la economía, la familia conforma al exterior una unidad productora de bienes y servicios, ya que de los individuos que la conforman por lo menos uno participa activamente en la vida económica del país.

- Insta al Estado a que cumpla con su deber de proporcionarle protección, salud, vivienda, educación, recreación, etc.; a través de la creación de diversas instituciones sociales (centros de salud, cuerpos policíacos, fomento a la vivienda, creación de escuelas y centros recreativos).

- Provoca que el Derecho, aunque con lagunas, regule las relaciones de la familia como grupo y de cada uno de sus miembros con la sociedad. Así mismo la familia señala al Derecho cuales son los deberes y prerrogativas que deben expresarse como superiores para su subsistencia, tales como los alimentos, los derechos y obligaciones que se derivan del matrimonio, la guarda y custodia de los menores, el ejercicio de la patria potestad sobre los mismos, las obligaciones y los derechos subsistentes en caso de divorcio o separación de los cónyuges y los lineamientos para que las uniones de hecho, que en realidad constituyen también una familia, puedan gozar de ciertos derechos con sus inherentes obligaciones.

2.- EL DERECHO PROCESAL.

El derecho es un conjunto de normas que surge para regular los actos de los hombres en sociedad y su funcionamiento depende del consentimiento sobre determinadas conductas y el sancionar las prohibidas, esta concepción estática del derecho que

se denomina derecho sustantivo, que debe ser complementada "...por determinados órganos y determinados modos que permitan el ejercicio del reclamo de las conductas violadas. Esta actividad relativa al ejercicio del reclamo de las conductas violadas, ésta actividad relativa al aspecto dinámico del derecho, es lo que se llama el derecho procesal".²⁶

2.1.- DEFINICIÓN:

Para introducirnos al tema señalado es preciso delimitar su acepción jurídica, así tenemos que "Eduardo B. Carlos ... define a esta disciplina como la ciencia que 'estudia el conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso por cuyo medio el Estado ejercitando la acción jurisdiccional, asegura, declara y realiza el derecho'".²⁷

Humberto Briseño Sierra establece que "...el derecho procesal será la rama jurídica que estudie, como ciencia, la categoría del proceso y los problemas que le son conexos. Este derecho tiene una parte general o meramente teórica, en la que se consideran los conceptos fundamentales, los que apoyan toda la construcción institucional, pero también cuenta con capítulos especiales relativos a los datos que hacen posible el proceso: parte orgánica, parte procedimental, nociones elementales y principios directrices".²⁸

El mismo autor menciona "...es indudable que si el derecho procesal tiene un objeto de conocimiento, debe ser connotado y denotado. Lo primero, la connotación, se dirige a los datos constitutivos de la rama. Lo segundo, la denotación, alcanza a las aplicaciones particulares. En otra forma expresado, la connotación es la determinación en abstracto, la teoría del

²⁶FALCON, Enrique M., DERECHO PROCESAL CIVIL, COMERCIAL Y LABORAL. Edic. n. d. Edit. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 1978. p. 12.

²⁷OVALLE FAVELA, José., DERECHO PROCESAL CIVIL, Edic. 2a. Edit. Harla. México, 1985. p. 7.

²⁸BRISEÑO SIERRA, Humberto., DERECHO PROCESAL. Vol II. Edic. 1a. Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1969. p. 63.

derecho procesal. La denotación, en cambio, es la variable y práctica aplicación de los principios rectores a los cuerpos legales positivos."²⁹

Así entendemos que el derecho procesal se compone de dos partes, una teórica que se aboca al estudio y organización del Poder Judicial, y otra práctica que atiende al "...conjunto de verdades, principios y doctrinas cuyo objeto es el proceso jurisdiccional y las instituciones jurídicas relacionadas directamente con él."³⁰

Ahora bien, "...La doctrina del Derecho Procesal supone el conocimiento de los siguientes conceptos fundamentales:

Relación jurídica, derecho subjetivo, obligación, poder, carga, litigio, facultad, sumisión, interés, sanción, jurisdicción, competencia, relación jurídica procesal, parte en sentido formal, parte en sentido sustancial, ..." ³¹

Entonces podemos decir que el derecho procesal es el conjunto de preceptos en los que se indican ciertas actividades en determinada secuencia, tendientes a realizar el derecho sustantivo; entendiéndose éste como aquel que consagra los derechos y deberes de los ciudadanos.

Para efectos de nuestra investigación es preciso restringir el ámbito de estudio del derecho procesal y encausarnos exclusivamente al derecho procesal civil.

Del derecho procesal se generan las ramas o materias que se clasifican de acuerdo al proceso que rigen, entre los cuales se contempla al derecho procesal civil, "...la 'teoría general' del proceso...propicia, el reconocimiento y estudio de las

²⁹BRISEÑO SIERRA, Humberto., DERECHO PROCESAL, Vol. I, Edic. 1a. Edit, Cadenas Editor y Distribuidor, México, 1969. p. 59.

³⁰PALLARES, Eduardo., DERECHO PROCESAL CIVIL, Edic. 12a. Edit, Porrúa, S.A. México, 1986. p. 9.

³¹PALLARES, Eduardo., DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Edic. 22a. Edit, Porrúa, S.A. México, 1996. p. 167.

características y modalidades propias de cada proceso, a través de cada una de sus ramas especiales."³²

En cuanto a la definición del derecho procesal civil, señalamos que sus diversas acepciones parten o tienen como base la definición del derecho procesal, así se dice: "derecho procesal civil, en su acepción gramatical, es el conjunto de normas jurídicas que regulan los procedimientos que deben seguirse para hacer posible la realización del derecho civil."³³

"Derecho procesal civil,..., es el conjunto de normas que tiene por objeto y fin la realización del derecho objetivo [sustantivo] a través de la tutela del derecho subjetivo, mediante el ejercicio de la función jurisdiccional."³⁴

El maestro Eduardo Pallares señala: "Derecho procesal civil. ...conjunto de normas jurídicas relativas al proceso jurisdiccional. [citando a Carnelutti establece] Lo define...como 'el conjunto de normas que establecen los requisitos y efectos del proceso', y agrega, que también 'recibe el nombre de derecho formal porque la reglamentación que hace del proceso, se realiza mediante formas.' Por razón de su esencia, es derecho instrumental y no sustancial porque no resuelve directamente los conflictos de intereses, sino que establece los órganos y los procedimientos para poder resolverlos."³⁵

Por tanto, el hecho de que una norma se encuentre en una legislación procesal no implica que ésta sea procesal, ya que la naturaleza procedimental se determina por el contenido de la misma, que es una serie de actos encaminados a materializar el derecho sustantivo.

Es preciso aclarar que, si bien el derecho sustantivo es la pauta para que surja el derecho procesal, también es cierto que el

³²OVALLE FAVELA, José., Ob. Cit. p.8.

³³BECERRA BAUTISTA, José., INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL CIVIL, Edic. 4a. Edit. Corderas Editor y Distribuidor, México, 1985. p. 13.

³⁴Ibidem. p. 15.

³⁵PALLARES, Eduardo., DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Ob. Cit. p. 245.

derecho subjetivo del particular, entendiendo éste como la potestad de acudir ante el órgano jurisdiccional e iniciar la actividad procesal, no surge del derecho sustantivo sino que es un derecho independiente, innato del individuo al ser sujeto de derecho.

Así la naturaleza del derecho procesal civil es del derecho privado, toda vez que es un derecho del particular hacia el Estado, no obstante constituye a su vez una relación de derecho público entre las partes y el órgano jurisdiccional, es decir, será un derecho privado mientras no se acuda al órgano judicial y se someta a él el conflicto de los particulares, porque al establecerse esa relación jurídica se transforma en un derecho público.

2.2.- EVOLUCIÓN:

Como es sabido en el ámbito jurídico, todo estudio del derecho toma como punto de partida el Derecho Romano, por ser éste el que más estructurado se encontraba y del que más información se ha recopilado.

Se hace necesario aclarar que derecho procesal civil no es lo mismo que procedimiento civil, el primero como ya señalamos es el conjunto de normas que busca la materialización del derecho objetivo civil, en tanto que el segundo se define como "Conjunto de formalidades o trámites a que está sujeta la realización de los actos jurídicos civiles, procesales, administrativos y legislativos."³⁶, por tanto la evolución histórica que presentamos es en cuanto al procedimiento, ya que el derecho procesal, como posteriormente estudiaremos, apareció mucho tiempo después.

Coinciden varios tratadistas en el hecho de que para estudiar la evolución del procedimiento en el Derecho Romano es necesario seguirlo a través de la acción procesal.

³⁶PINA, Rafael De y PINA VARA, Rafael De., DICCIONARIO DE DERECHO, Ob. Cit. p. 240.

"La separación entre el derecho civil y el derecho procesal es relativamente moderna, pues en su origen no se concebía al procedimiento sino como un aspecto de la legislación de fondo. Así los romanos no se preguntaban si tenían un derecho sino si tenían una acción en presencia de un caso litigioso y por eso los jurisconsultos no distinguían la acción del derecho..."³⁷

"Esta rama del derecho [derecho procesal] se denominó en Roma 'Derecho de las acciones', y así la llamó Gayo en la última parte de sus Instituciones; los términos de proceso y procedimiento que dieron lugar al calificativo de 'procesal', son posteriores. Los romanos utilizaron la palabra acción para hacer referencia tanto a la disciplina que nos ocupa como al 'derecho de perseguir judicialmente lo que le deben a uno', ..., y también la usaban para señalar a la pretensión del litigante que iniciaba el proceso o juicio, llamado en latín iudicium.

El derecho procesal fue de especial interés para los romanos, quienes con su pragmatismo característico, consideraban que mientras hubiera acción había derecho."³⁸

Es necesario que para su mejor comprensión precisemos el término 'acciones de la ley', el Maestro Román Iglesias señala "...una definición de las acciones de la ley. Afirma que éstas eran declaraciones solemnes que, acompañadas de gestos rituales, por regla general los particulares tenían que pronunciar ante el magistrado, para pedir se les reconociera un derecho que se les discute, o bien para solicitar que se les ejecutara uno previamente reconocido.

Tenemos así cinco acciones de la ley: las tres primeras declarativas, y las dos últimas ejecutivas...

Las acciones declarativas son: la acción de la ley por apuesta...; la acción de la ley por petición de un juez o de un

³⁷ALSINA, Hugo., TRATADO TEÓRICO PRÁCTICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL. Parte general. T. I. Edic. 2a. Edit. Ediar Soc. Anon. Editores. Buenos Aires, 1963. p. 40.

³⁸IGLESIAS GONZÁLEZ, Román ., y MORINEAU IDUARTE, Martha., DERECHO ROMANO. Edic. 1. Edit. Harla. México, 1987. p. 55.

árbitro..., y la acción de la ley por requerimiento Las ejecutivas: la de aprehensión corporal ..., y la de toma de prenda o embargo ..."³⁹

Así, en el período de fundación de la ciudad romana, el juicio se iniciaba con la citación o emplazamiento al demandado para comparecer ante el Magistrado; dicha citación era hecha por el mismo actor, pero no podía practicarla en el domicilio del demandado, ya que éste se consideraba inviolable, forzosamente tenía que citársele en la vía pública.

"El emplazamiento se llamaba *in jus vocatio* y las palabras que se usaban para efectuarlo eran *in jus veni, in jus te voco...*"⁴⁰

En el supuesto de que el demandado no quisiera acudir, el actor podía obligarlo por la fuerza y los amigos y parientes del demandado estaban obligados a no ayudarlo; se requería de dos testigos para probar que se había hecho la citación, estos testigos eran llamados *atestaur* y el actor les tocaba el oído para que recordaran su testimonio.

Así también el demandado podía negarse a asistir, pero tenía que presentar a una persona o personas que respondieran por él ante el Magistrado, se les denominaba *vindex*.

Estos procedimientos se encontraban establecidos en la *Ley de las XII Tablas* y se les enseñaba a los niños en la escuela.

Una vez hecha la citación y que las partes acudían ante el Magistrado, cada una ejercitaba su acción y después podían tener dos conductas: la primera pedir al Magistrado que los enviara con un juez competente, la segunda que ante el mismo se siguiera el procedimiento y fuera él quien dictará la sentencia.

³⁹Ibidem. p. 57-8.

⁴⁰PALLARES, Eduardo., DERECHO PROCESAL CIVIL, Ob. Cit. p. 29.

En el primer supuesto, los actos que se habían llevado ante el Magistrado tenían por objeto precisar los puntos controvertidos, en nuestro lenguaje sería trabar la litis, ahora bien como no había constancia escrita de estos actos, se recurría a los testigos para que ante el juez manifestarán como se había fijado la litis, esta probanza tuvo el nombre de *contestare litem*, *litis contestatio*.

- El Magistrado tenía un término de treinta días para designar al juez, y las partes a través del *vadimonium* se comprometían a comparecer ante el juez el día y hora señalado por ellos.

En el segundo período, el Formulario, el proceso se iniciaba a través de la *in jus vocatio* o emplazamiento que seguía llevándose a cabo por el actor, había caído en desuso el obligar al demandado por la fuerza, se agrega a esta citación el hecho de que el actor le comunicaba al demandado porque lo sujetaba a juicio, esta figura se denominaba *litis denunciatio*, dicha figura se volvió obligatoria gracias al decreto expedido por Marco Aurelio.⁴¹

Si el demandado se resistía a comparecer ante el Magistrado, éste podía obligarlo a través del *vocatio per viatoris*, en este supuesto el demandado tenía el derecho a nombrar un *fidejussor* o *judicio suspendi causa*, es decir, un fiador o una caución sin incurrir en responsabilidad.

Como ya mencionamos, el domicilio romano era inviolable, por ello si el demandado se hallaba ausente o maliciosamente se ocultaba o recluía en él, el derecho romano estableció la figura del *demandado indefensus*, otorgando al actor el derecho de considerar al demandado sentenciado y a pagar lo que se le exigía.

En cambio, si ambos comparecían ante el Magistrado se iniciaba el juicio a través del *aeditio actionis*, era el acto por el

⁴¹Ibidem. p. 31.

cual el actor ante el Magistrado daba a conocer nuevamente al demandado el contenido de su demanda; el demandado entonces podía pedir un plazo para preparar su defensa obligándose a comparecer al termino de éste ante el Magistrado, el otorgamiento de este plazo se hacía a través del *vadimonium* y requería la constitución de una fianza personal con estipulaciones de penas convencionales para el caso de no comparecer.

- El *vadimonium* podía ser:

- *Puro y simple*: La promesa del demandado no tenía juramento alguno.

- *Cum satisfactidatione*: El demandado garantizaba su promesa con un fiador.

- *Cum repercutore*: En el momento de otorgarse el *vadimonium* se nombraba a una persona que se encargaría de cobrar al demandado el valor del mismo.

Si transcurrido el plazo otorgado al demandado no comparecía, el actor tenía el derecho de exigir al demandado o a sus fiadores el importe de la pena convencional y pedir al Magistrado lo pusiera en posesión de los bienes del demandado, esto producía como consecuencia procesal que no se pudiera iniciar la instancia, en tal caso el demandado era considerado *indefensus*, y declarado *damnatus*, es decir, condenado por sentencia firme y el actor entraba en posesión de sus bienes para venderlos y adjudicarse el importe.

El *damnatus* sufría la pena de ser infamado y perder sus derechos civiles.

En caso contrario, es decir, si las dos partes comparecían se daba inicio a la instancia por medio de la *editio actiones*, esto es, se daba a conocer al actor por parte del demandado la acción que iba a solicitar al Magistrado, el contenido de la contestación a la demanda y-o la reconvencción, una vez hecha la *litis contestatio*, el demandado podía entrar a la instancia o pedir un plazo para

hacerlo, en el primer caso el actor pedía en voz alta al Magistrado se le concediera la acción que había invocado lo mismo que el demandado, esto se denominó *actionis postulatio*, el Magistrado oía a las partes y después de otorgar la acción nombraba a un juez para que ante él se llevara el juicio.

Las partes, antes de otorgar la acción, podían promover cuestiones de incompetencia ante el Magistrado.

Una vez que las partes comparecían ante el juez, rendían sus pruebas y formulaban sus alegatos, las pruebas que podían ofrecerse eran la confesional, la testimonial, el juramento y la documental, su valor probatorio estaba sujeto al arbitrio del juez, terminada esta etapa se dictaba sentencia.

En el último período, conocido como Extraordinario, el proceso no tuvo cambio alguno respecto del anterior período, excepto que surgió una nueva organización de los Tribunales; el Magistrado ya no enviaba a las partes ante un juez, sino que él resolvía; el emplazamiento se hacía por un órgano del poder judicial; se admitían recursos contra las sentencias.

Siguiendo la evolución, encontramos el proceso Germánico, el cual se caracterizaba porque el proceso no tenía por objeto hacer justicia, sino preservar la paz social, su regulación la encontramos en *La Ley Sálica*.

El fallo no dependía de la convicción lograda en el juez, sino del resultado de realizar un acto solemne en presencia del pueblo y la divinidad, donde se rendían las pruebas de las *Ordalías* (juicios de Dios).⁴²

La demanda consistía en la simple acusación del actor respecto de un derecho contra el demandado, el juez señalaba quién y con qué debía probar.

⁴²Ibidem. p. 34.

El Tribunal Germánico era la asamblea de hombres libres de la tribu, que acudían con sus armas y que también podían hacer acusaciones, el jefe de la asamblea generalmente era el monarca.

Reunida la asamblea en el *Mallus* nombraba a un jurado integrado por hombres notables conocidos como *Seniores, boni homines, rachimbourges*, las sentencias que pronunciaban eran por mayoría de siete votos y no había apelación.

El primer acto del procedimiento era la citación a juicio o *mannitio* hecha por el actor en el domicilio del demandado y con la presencia de testigos, hecho el emplazamiento el actor esperaba al demandado en el *mallus* desde el amanecer y hasta el atardecer, si el demandado no comparecía el juez lo condenaba en rebeldía, si acudía después de escuchar a las partes se dictaba sentencia.

El condenado podía otorgar una caución para el cumplimiento, si no cumplía con la sentencia, el juez a petición del actor enviaba a siete *rachimbourges* al domicilio del demandado a embargar bienes muebles suficientes para cumplir con lo sentenciado, si a pesar de ello el condenado no cumplía el fallo, el actor lo citaba ante el Tribunal del rey y lo esperaba un día, si no se presentaba el rey lo declaraba fuera de la ley, perdiendo sus derechos civiles y cualquiera podía matarlo.

En su última etapa, los magistrados eran nombrados por el monarca y aparece el recurso de apelación ante el mismo.

Surge la invasión barbara a Italia, la cual al ser derrotada adopta el Derecho Germano, pero sin que se perdiera la tradición romana ni predominará el mencionado derecho, aunado a este proceso legal surge el Derecho Canónico, que poco a poco fue ampliando su jurisdicción, contribuyendo a que las leyes de Justiniano siguieran aplicándose, ya que en ellas se había inspirado.

No obstante que se volvió al uso de las leyes romanas, estas eran mal entendidas e incluso mal interpretadas.

En el siglo XII, los glosadores hacen un gran esfuerzo para que las fuentes romanas en materia procesal regresarán y se impusieran.

La labor de los procesalistas siguió hasta lograr, en el siglo XVI, una fusión del procedimiento germánico con el procedimiento romano.

La influencia del Derecho Canónico propició la aparición del Derecho Romano Canónico donde las leyes eran aplicadas de acuerdo a la autoridad eclesiástica, dando nacimiento al denominado proceso común, el cual se caracterizaba por ser escrito, era un juicio ordinario que salvo que estuviese derogado en las leyes locales, debía observarse, su principal defecto es que era complicado en sus trámites y dilatado, se le conocía como *Solemnis ordo indicaris*.

Es lógico suponer que, por su extrema tardanza, obligó a la búsqueda de juicios más expeditos, lo cual aprovecharon los pontífices para crear el proceso sumario, surgió la Constitución de Clemente V *Clementina* que se encargó de darle forma a este nuevo proceso, cuyas características principales eran la oralidad, la inmediatez y concentración de actos.

Al lado de este juicio sumario aparecieron los llamados juicios sumarios especiales, entre los que se encuentra el ejecutivo, limitaban la competencia del juez para conocer determinadas excepciones y dejar a salvo los demás derechos.

Este proceso fue ampliando su campo de acción, al grado de que los particulares estipulaban en sus contratos formas de proceso que facilitarían la ejecución.

Debemos señalar que el proceso monitorio es de origen germánico y consiste en la ejecución al deudor sin previo

emplazamiento y con el derecho de oponerse a la ejecución (embargo precautorio).⁴³

Surge la decadencia de los procedimientos a fines del siglo XVI, como factor principal podemos señalar que la mayoría de las obras eran de carácter práctico sin gran novedad, surgen multitud de disposiciones, doctrinas, opiniones y procesos, lo cual hace necesaria su codificación, el primer código de carácter procesal surge en 1786 y es formulado por Barbacovi para el Principado de Trento.

Prosigue la historia y nos ubicamos en el Derecho Procesal Español, aparecen diferentes legislaciones procesales de las cuales se destacan, por la influencia en el derecho procesal español y en el mexicano, las siguientes:

El Fuero Juzgo del año 693, prohíbe la aplicación del Derecho romano y sanciona a quienes lo aplicaban, no distinguía el proceso civil del penal, aparecen los días inhábiles que son los días de la vendimia y los meses de julio y agosto en la Provincia de Cartago, determina la cosa juzgada y establece la prohibición de iniciar un nuevo juicio cuando ésta exista.

Presuponemos que el juicio era oral, toda vez que no señala disposición de escritura, respecto a la rebeldía del demandado, ésta se consideraba un delito y se castigaba con azotes y multas, así mismo se castigaba al juez cuando incurría en negación de justicia, que también era considerado un delito, el juez era vigilado por los obispos para que impartieran mejor justicia, estos enmendaban los errores de aquel, no había segunda instancia y el valor de las pruebas era tasado.

Se prohibía al juez atormentar a las personas poderosas por intermediarios, lo tenía que hacer personalmente, así también se procuraba la igualdad de las partes estableciendo la prohibición de señalar procurador más poderoso que él, y si

⁴³*Ibidem.* p. 30.

existía un juicio entre un poderoso y un pobre, el primero debía señalar procurador menos poderoso o igual que el pobre y éste podía nombrar procurador aún más poderoso que el primero.

Aunado a ello, el juicio no se formaba por períodos sucesivos.

La Ley de las Siete Partidas, esta obra es la más celebre del Rey Don Alfonso el Sabio, con ella se da nacimiento al proceso reglamentado, escrito, organizado en períodos preclusivos, la prueba era tasada, había gran cantidad de recursos por lo que el juicio era tardado, así como los numerosos fueros que creaban conflictos de competencia, el juez no se veía obligado a aplicar estrictamente la ley toda vez que existían muchos principios morales y religiosos, el juicio generalmente tenía dos instancias; sin embargo todo ello sólo trajo el enriquecimiento de los abogados.

Aparecen las *Leyes de Estilo* que realmente constituyeron la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Estado.

Dada la multiplicidad de legislación se pidió a Carlos V pusiera solución y así crea la *Recopilación* o la *Nueva Recopilación*, ordenando que era obligatoria y derogaba todas las anteriores legislaciones excepto el *Fuero Juzgo* y *Las Siete Partidas*, pero tan pronto como la *Recopilación* se empezó a aplicar surgieron muchas dudas obligando los Tribunales a consultar muy frecuentemente al Rey, así el consejo Real, para suplir las deficiencias de dicha legislación, crea *Los Autos Acordados*, pero nuevamente la *Recopilación* era insuficiente y se hizo necesaria la creación de la *Novísima Recopilación* que se hizo publico en 1805.

El procedimentalismo, "...surge en la primera decena del siglo XIX..."⁴⁴ con la codificación napoleónica que separa la

⁴⁴DORANTES TAMAYO, Luis., *ELEMENTOS DE TEORÍA GENERAL DEL PROCESO*, Edic. 2a. Edit. Porrúa, S. A. México, 1986. p. 22.

legislación procesal realizando el código de procedimiento civil francés en 1806 y el código de procedimiento penal de 1808, que sirvieron de modelo a los demás países europeos y son fuente de nuestra legislación.

"La importancia pues de los códigos napoleónicos, no es la de haber sido los primeros, que plantearon la división entre lo sustantivo y lo procesal sino que, a partir de ellos, tanto en Europa como en América, comienzan a promulgarse códigos independientes para el proceso civil y para el proceso penal por lo que la importancia de los códigos napoleónicos estriba en la repercusión y resonancia que tuvieron en el mundo."⁴⁵

No obstante que existieran procedimientos o prácticas de enjuiciamiento como también se les llamaba, no existía un derecho procesal propiamente estructurado, aparece esta inquietud en el año de 1856, en Alemania "...cuando Windscheid publicó su trabajo *La acción del derecho romano desde el punto de vista moderno*, en el que aplicando el concepto de 'pretensión jurídica' ,...,estableció por primera vez el distingo entre acción y derecho. Provocó así la réplica de Muther en *La teoría de la acción romana y del derecho de obrar moderno* (1857), en la que enuncia el concepto de tutela jurídica por el Estado."⁴⁶

Así se inicia una extensa discusión, en la que intervienen gran número de tratadistas, de los cuales destacan Oscar Bulow, quien en su obra *La teoría de las excepciones y de los presupuestos procesales* señala la existencia de una relación jurídica en el proceso, en contrapartida en el año 1885, Adolfo Wach publica su libro *La acción declarativa*, en el cual destaca la autonomía de la acción; pero en 1903 y 1906 respectivamente, aparecen las obras *La acción el sistema de los derechos*, y *Principios de derecho procesal civil* del procesalista italiano José Chiovenda, quien afirma la existencia de una relación jurídica procesal, lo cual implica la autonomía del proceso como una rama del derecho; en

⁴⁵GÓMEZ LARA, Cipriano., TEORÍA GENERAL DEL PROCESO, Edic. 8a. Edit, Harla, México, 1990. p. 73.

⁴⁶ALSINA, Hugo. Ob. Cit. p. 48.

respuesta a la difundida teoría de Chiovenda surge, en 1926, la obra de James Goldschmidt, *El proceso como situación jurídica*, en el cual además de negar la relación jurídica del proceso, señala que ello no es más que la expectativa de una sentencia favorable surgida por los actos del procedimiento.⁴⁷

Aparece, en 1925, como defensor de la teoría de Chiovenda, complementada y ampliada con sus propias ideas la postura de Francisco Carnelutti, expresada en su obra *Lecciones de derecho procesal civil*, la cual consiste en exponer una concepción integral del derecho, colocando al proceso en el campo del derecho público, con ello se otorga un lugar definido al Derecho procesal civil.

Los rasgos preponderantes del procesalismo científico son:

a) Se logra la autonomía del derecho procesal independizándolo del derecho subjetivo, "...implica una autonomía de la ciencia procesal, y su definitiva separación de las respectivas disciplinas sustantivas."⁴⁸

b) El estudio de los elementos primordiales del Derecho Procesal se hace "...conforme a criterios rigurosamente procesales; la superación del método exegético, de mera interpretación de la norma, por el sistemático, y el surgimiento de la teoría del Derecho Procesal."⁴⁹

Por lo que respecta a nuestro país, iniciaremos señalando que su historia se divide en tres etapas: precolonial, colonial e independiente.

Respecto del tópico en estudio, en el primer período era el rey quien tenía el derecho de formular las leyes, así nos señala Niceto Alcalá - Zamora y Castillo "...la potestad de administrar

⁴⁷Ibidem, p. 49.

⁴⁸GÓMEZ LARA, Cipriano., Ob. Cit. p. 89.

⁴⁹DORANTES TAMAYO, Luis., Ob. Cit. P. 24.

justicia residía en los reyes, pero estos se hallaban frecuentemente influidos por el sacerdocio⁶⁰

Ligado a lo anterior nos señala Rafael De Pina y José Castillo Larrañaga "Como en todos los pueblos primitivos, la administración de justicia en las distintas tribus indígenas constituía una potestad del jefe o señor y se desenvolvía con arreglo a procedimientos rigurosamente orales. Era, sin duda, una justicia sin formalidades y sin garantías⁶¹

La idea de justicia de los aztecas no indica la obligación del juez de someterse a un mandato, sino usar su criterio en busca de la estabilidad social.

Debemos señalar que a las tribus lo que más les importaba era la guerra y la expansión de sus territorios; gracias a los reyes Nezahualcoyotl y Nezahualpilli es que surgió la compilación de las antiguas costumbres, crearon nuevas disposiciones, establecieron las atribuciones de los jueces, reglamentaron la impartición de justicia y el número de Tribunales.

Nos menciona el Maestro Eduardo López Betancourt, respecto de los aztecas "Su forma de gobierno se dividía en tres áreas o poderes: el ejecutivo, el judicial y el religioso.

...El poder judicial se confería a los jueces a quienes se les investía con el carácter de funcionarios públicos y, como características principales se distinguían por una parte la independencia que, en ejercicio de sus funciones guardaban con el poder ejecutivo y por la otra, su impartición de justicia se hacía en forma gratuita."⁶²

⁶⁰ALCALÁ- ZAMORA Y CASTILLO, Niceto., DERECHO PROCESAL MEXICANO, T. II. Edic. 2a. Edit. Porrúa S.A. México 1985. p. 372.

⁶¹DE PINA, Rafael. y CASTILLO LARRAÑAGA, José., INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Edic. 12a. Edit. Porrúa S.A. México, 1987, p. 45.

⁶²LÓPEZ BÉNTANCOURT, Eduardo., MANUAL DE DERECHO POSITIVO MEXICANO, Edic. 1a. Edit. Editorial Libros y Arte, S.A. de C.V. México, 1989. p. 9.

Al caer la ciudad de Tenochtitlan en 1521 se inicia la época colonial, poco tiempo después se crea el Virreinato de la Nueva España, institución que formaba parte del estado monárquico español.

Respecto al Derecho Colonial que rigió en México, se integró por la legislación vigente española, las *Leyes de Indias*, el derecho consuetudinario de los indígenas que no fuera contra la religión ni las demás leyes, las expedidas expofeso para la Nueva España, las expedidas por la Audiencia de México y la Ordenanzas expedidas por Hernán Cortés en 1519.

Como es de suponerse, si la legislación española rigió en México, también las instituciones procesales se aplicaron en la Nueva España y así aparecen Tribunales como el Fuero Común, los Juzgados de Indios, el Fuero Eclesiástico y Monarcal, el Fuero de la Bula de la Santa Cruzada, el Fuero de la Inquisición, etc.

"En 1523, Carlos V, nombró un Gobernador y Capitán General, la designación recayó en Hernán Cortés.

En el año de 1529 se designa para sustituir la Gubernatura y Capitanía General, un cuerpo colegiado denominado Audiencia, la cual en nombre del rey tenía facultades administrativas, legislativas y judiciales.

En 1535 se establece el virreinato y se designa como primer Virrey a don Antonio de Mendoza."⁵³

"Piedra angular del derecho colonial fue la Audiencia [de Nueva Galicia] con atribuciones no sólo judiciales sino políticas, que por un lado sirvieron para evitar abusos (de los virreyes, autoridades eclesiásticas, etc.), pero que en otras direcciones entorpecieron el gobierno de la colonia."⁵⁴

⁵³Ibidem. p. 19.

⁵⁴ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto., Ob. Cit. p. 328.

Proclamada la Independencia, siguieron en vigencia las leyes españolas en México, en materia procesal siguieron aplicándose la *Recopilación de Castilla*, *El Fuero Real*, *El Fuero Juzgo*, *El Ordenamiento Real* y la *Ley de las Siete Partidas*.

Se presenta la necesidad de reformar los cuerpos legales y surge el 4 de mayo de 1857 *La Ley de Procedimientos* expedida por el Presidente Comonfort, que contenía aspectos orgánicos, de procedimiento civil y en mínima parte de procedimiento penal, sin embargo tomaba de la legislación española la mayor parte de sus instituciones, por ello coinciden varios autores en señalar que distaba mucho de ser un código, el primer *Código de Procedimientos Civiles* con este carácter fue el de 9 de diciembre de 1871, inspirado en la *Ley de Enjuiciamiento* española de 1855.

Dicho código fue reformado el 15 de septiembre de 1880, pero esta reforma era tan amplia que se consideró como un código nuevo, este código estuvo vigente muy pocos años, ya que el 15 de mayo de 1884 se publicó otro nuevo, que conservó fundamentalmente las características de la legislación procesal civil española.

Durante la vigencia de este último código se siente la necesidad de reformarlo, pero no es sino hasta la publicación del *Código Civil* de 1928 que se acentúa esa necesidad y se acelera su creación.

Se realizaron varios proyectos, así como comisiones que, no obstante su esfuerzo siempre eran rechazados, hasta que el 30 de agosto de 1932, surge el *Código de Procedimientos Civiles*, el cual fue elaborado en un período de tres años; a pesar de la gran obra que era surge la necesidad de adecuar la legislación procesal a la realidad social, aparece con este propósito el anteproyecto de Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales de 1948, el cual al ser atacado por el Dr. Gabriel García Rojas quien defendía al Código de 1932, queda como proyecto, por ello subsiste el *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y*

Territorios Federales de 1932, que sin embargo ha sufrido un gran número de reformas.⁵⁵

2.3.- CARACTERÍSTICAS:

Es importante hacer mención que al referirnos a las características del derecho procesal civil, pretendemos apuntar sus caracteres distintivos de otro tipo de derecho y lo haremos de manera enunciativa y no limitativa, toda vez que lo que buscamos es buscar su esencia.

Hemos señalado que el derecho procesal civil es el conjunto de normas jurídicas que regulan los procedimientos que deben seguirse para poder hacer efectivo el derecho sustantivo, es decir, es el conjunto de instrumentos necesarios para realizar materialmente nuestros derechos y obligaciones frente a terceros.

De manera práctica se señala como objetivo del derecho procesal civil la realización del derecho objetivo mediante la protección del derecho subjetivo a través del ejercicio de la función jurisdiccional.

Su principal característica es que surge como la necesidad de dar coherencia y realización al derecho positivo con el propósito de restablecer o preservar el orden jurídico a través de su aplicación, esto es, la administración de justicia, la cual al ser ejercida busca asegurar el respeto al derecho objetivo y la observancia de la ley cuando haya controversia.

Se considera al derecho procesal civil como un derecho dispositivo, toda vez que se requiere que el particular, como titular del derecho subjetivo violado, acuda ante el órgano judicial para instar su actividad.

Esto quiere decir que se presentaran los actos que regula el derecho procesal a través del procedimiento civil cuando:

⁵⁵*Ibidem.* p. 330.

primero exista un conflicto de intereses entre el titular del derecho subjetivo y el obligado, y segundo ese titular acuda al órgano judicial a ejercitar su acción.⁶⁶

Toda vez que el derecho procesal civil tiene como fin la realización del derecho objetivo, debe guardar una estrecha relación con el derecho civil.

Una característica más es el dinamismo, ya que sus normas deben responder a la actividad diaria, al movimiento de las relaciones jurídicas, determinando conductas en cierta secuencia, así nos dice Humberto Briseño Sierra "Para el Derecho Procesal lo fundamental está en el dinamismo ideal, lo que implica que las normas conjuntadas en cierta ley han de responder a la noción del movimiento conceptual y no a la mutación material."⁶⁷

Así también en el derecho procesal civil existen varios procedimientos, pero todos ellos surgen a partir de un sólo proceso, que es considerado como el continente formal de los procedimientos.

Las normas del derecho procesal civil son de orden público y autónomas con respecto al orden civil, es decir, son de orden público en el momento en que el particular ejercita su acción y faculta al titular del órgano judicial para que actúe.

Así mismo y aún cuando es facultad del particular acudir o no ante el órgano judicial a ejercitar su acción, el mismo derecho procesal y la Constitución establecen la prohibición de la justicia privada, y al someter el particular el conflicto a su jurisdicción se obliga a cumplir con sus resoluciones.

Como podemos apreciar, el procedimiento civil gira al rededor del proceso civil y esto es obvio ya que el primero

⁶⁶BECERRA BAUTISTA, José., Ob. Cit. p. 12.

⁶⁷BRISEÑO SIERRA, Humberto., ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL, Vol. 1, Edic. 1a. Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1980. p. 3.

constituye la materialización de los actos dispuestos por el segundo.

3.- EL PROCEDIMIENTO FAMILIAR.

El derecho procesal, entendido éste en su aspecto dinámico y objetivo y no como una ciencia de estudio, existe por la necesidad de darle coherencia y materialización al derecho sustantivo; hemos señalado también que el derecho procesal es en extremo amplio y que para términos prácticos del presente trabajo el aspecto del derecho procesal que nos interesa es el derecho procesal civil, el cual se encuentra definido y estructurado, tanto por la doctrina como por la legislación.

Ahora bien, sabemos que existe un enjuiciamiento ex profeso par las controversias de orden familiar, el cual se contempla dentro de los lineamientos y regulación dispuestos por el derecho procesal civil.

Dando por hecho que el derecho procesal es un todo y que su ramificación es posible debido a la diversidad en la naturaleza de las materias sustantivas, es que se presenta el procedimiento familiar.

Es nuestro propósito el mostrar que así como resulta lógico que a cada derecho sustantivo corresponda un procedimiento; el procedimiento familiar, a pesar de encontrarse dentro de los estatutos leales del procedimiento civil, es decir, dentro del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, no implica que éste aluda a aspectos civilistas, sino que tal ubicación es debido a la organización legislativa.

Esto es, la rama familiar es independiente de la civil, y su procedimiento alude a aspectos y características de naturaleza familiar.

3.1.- DEFINICIÓN:

Una vez acentado que el proceso es el medio o conjunto de normas instrumentales que permiten surja el derecho sustantivo, el proceso familiar es definido como el conjunto de normas adjetivas, cuya razón de ser es la realización material de los derechos y deberes que componen el derecho familiar.

Podría parecer entonces que el proceso familiar no se diferencia del proceso civil y por tanto es innecesaria su distinción tanto en el aspecto legislativo como en el aspecto jurisdiccional.

En parte esto es cierto porque en esencia ambos procesos se constituyen de los mismos elementos, es decir, normas instrumentales cuyo objeto es la materialización de un derecho subjetivo, pero la gran diferencia radica en la materia sustantiva de cada uno de estos juicios, lo que obligadamente implica divergencia legislativa y jurisdiccional.

Esto es, el proceso civil establece determinados actos a seguir en forma sucesiva para dirimir las controversias que surjan entre particulares, viéndolos de manera individual.

En cambio el proceso familiar, si bien establece ciertas conductas sucesivas, estas van encaminadas a dirimir una controversia surgida, no entre particulares, sino en el grupo primario de la sociedad, la familia; en el que no se pretende determinar a un actor y un demandado ni a un vencedor y un vencido; lo que busca es tratar ese conflicto familiar como algo que afecta a todos sus integrantes y que incluso tiene repercusión en la sociedad.

Así bien el proceso familiar debe ser el presupuesto que establezca vías eficaces y expeditas para el cumplimiento de los deberes familiares y el goce de sus inherentes derechos.

Toda vez que la familia es un elemento esencial del engrane social, se hace necesario diferenciar el trato que ésta, en

su calidad de grupo social primario, debe recibir por parte del órgano judicial y a la que cada uno de sus miembros, al surgir una controversia que los involucra, se les otorga.

El procedimiento familiar debe responder a la problemática jurídica de la familia y no a las instituciones estáticas del proceso, debe surgir con gran claridad y sencillez que sea posible que, no sólo los estudiosos del derecho lo comprendamos, sino también aquellos a quienes va dirigido, los integrantes de la familia.

Es necesario delimitar su campo de acción y disponer del mismo para dar respuesta pronta y veraz a la creciente desintegración familiar.

3.2.- AUTONOMÍA DEL DERECHO FAMILIAR.

Como su nombre lo indica el derecho familiar pretende regular a la familia, conceptualizando a ésta como un conjunto de individuos ligados entre sí por matrimonio, concubinato o parentesco, esto es, no le otorga al sujeto un carácter individual, sino que lo ubica como un componente de la familia.

Es decir, regula las relaciones que surjan entre la familia (como grupo) y la sociedad o el Estado; esta característica es la que nos permite pensar en la autonomía del Derecho Familiar.

No obstante lo anterior, gran número de autores, consideran que el derecho familiar es un componente del derecho civil, así nos dice Edgardo Baqueiro Rojas "...se conoce como derecho familiar, parte del derecho civil que reglamenta las relaciones entre los miembros del conglomerado familiar."⁶⁸

Sin embargo se vislumbra un cambio en este aspecto al crear cierta convicción de que la familia no es sólo el grupo primario de la sociedad desligada de la misma ni que ésta, la

⁶⁸BAQUEIRO ROJAS, Edgard. y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalia., Ob. Cit. p. 10.

familia, se agota cuando el individuo entra en contacto con la sociedad y se interrelaciona, así nos señala Sara Montero Duhalt al definir el derecho familiar como "...el conjunto de normas jurídicas de derecho privado y de interés público que regulan la constitución, la organización y la disolución de las relaciones familiares, consideradas las mismas como de interés público.⁵⁹

Consideramos que el problema de si otorgar o no la autonomía a este derecho se inicia cuando surge la imposibilidad de ubicar sus normas en una rama del derecho, es decir, sabemos que clásicamente el derecho, o mejor dicho las normas jurídicas se clasifican en dos grandes ramas a saber el derecho público y el derecho privado.

El primero se caracteriza porque sus normas responden a la organización de la cosa pública, al interés general, determinan la organización y funciones de Estado, el cual interviene en su carácter de soberano, existe una relación de supra a subordinación; en tanto que en el segundo sus normas responden a la utilidad de los particulares, garantizando sus intereses, organizando las relaciones de estos, en las cuales el Estado no interviene, y se encuentran en un plano de igualdad.

Sin embargo no debemos olvidar que, gracias a los movimientos revolucionarios de nuestro siglo, aparece una nueva rama del derecho con características propias y distintas de las del derecho público o del derecho privado, la cual se hizo llamar derecho social, así surge una tripartición del derecho; las características de esta nueva rama a grandes rasgos son:

- Ubica a los individuos dentro de grupos sociales bien definidos y no como individuos en general.
- Tiende a la protección de esos grupos.
- Fundamentalmente regula cuestiones de tipo económico.

⁵⁹MONTERO DUHALT, Sara., Ob. Cit. p. 24.

- Pretende la solución de conflictos surgidos entre los factores de trabajo y capital o entre el pobre y el poderoso.

- Pretende la creación de un sistema institucional y controles para establecer una coordinación y armonía en el desarrollo de cada uno de estos grupos.⁶⁰

Una vez establecidas estas diferencias, procedemos a analizar la naturaleza de las normas jurídicas del derecho familiar.

Como ya señalamos tradicionalmente la regulación de las instituciones inherentes a la familia formaba parte del derecho civil, no es sino hasta principios de este siglo y gracias a las ideas del tratadista italiano Antonio Cicu, que se despierta el interés por la adecuada ubicación del derecho familiar.

Antonio Cicu establece que al derecho de familia no se le pueden aplicar los principios generales del derecho privado, toda vez que la autonomía de la voluntad no opera en la regulación de las relaciones familiares, porque no se busca el simple interés particular de los individuos, sino el interés superior de la familia, las normas que la regulan son imperativas y prohibitivas y no se deja al libre arbitrio del sujeto su cumplimiento.

Podría parecer entonces que como las normas familiares no admiten la autonomía de la voluntad, éstas adquieren el carácter de derecho público.

Es cierto que el Estado interviene en las relaciones familiares, fomentando su creación y regulando sus modificaciones conforme a derecho, y que las prerrogativas y obligaciones otorgadas por el derecho familiar son irrenunciables e imprescriptibles, pero la familia no es un ente público ni sus integrantes tienen el carácter de funcionarios o servidores públicos, claro es al interior de ésta; aunado ello a que las normas del derecho familiar no están encaminadas a la organización o

⁶⁰*ibidem*. p. 25.

funcionamiento del Estado, y como gran variante la familia no requiere de una ley orgánica para surgir de hecho ni de derecho.

Podemos señalar que, en efecto, el derecho familiar es un derecho autónomo e independiente. Para reforzar este aspecto señalaremos las características que, según Manuel F. Chávez Asencio, tienen las obligaciones familiares:

- Distinta participación de la voluntad, esto implica que el sujeto al realizar un acto jurídico crea derechos y obligaciones, pero no obstante el sujeto no determina el alcance y naturaleza de esos derechos y obligaciones, porque es la Ley quien los establece.

- Distinto origen, los derechos y obligaciones familiares no surgen por un acto o hecho jurídico, sino por la naturaleza orgánica del hombre.

- Son obligaciones y derechos relativos, aun cuando el estado familiar es oponible a todos, sus obligaciones sólo son exigibles entre sus miembros.

- Son de orden público, lo cual no implica que no surja una relación privada, pero al crear un estado familiar se crean también efectos sociales, ya que todo lo que haga la familia repercute a la sociedad.

- Son intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles, no pueden delegarse en otra persona distinta de las señaladas por la ley; no puede surgir un convenio válido respecto a la renuncia total o parcial de un derecho y obligación familiar; los deberes familiares extrapatrimoniales no son sujetos de transacción.

Respecto a la autonomía disciplinaria del derecho familiar, se señala que dicha autonomía requiere ciertos elementos:

a) Autonomía Legislativa:

Debe existir una regulación (sustantiva y adjetiva) independiente, lo cual si hasta el momento no se ha logrado, si podemos decir que la materia familiar empieza a independizarse de la rama civil.⁶¹

Lo anterior gracias a que un número no muy grande de tratadistas, pero con mucha influencia y prestigio, han sostenido la autonomía del derecho familiar, pero no sólo como teoría, sino en la práctica, como herramienta del litigio; así podemos señalar que en varias Entidades Federativas ya se cuenta con un Código de Procedimientos Familiares, el cual no sólo existe sino que se aplica, tal es caso, por citar alguno, del Estado de Hidalgo, y gracias al Dr. Emilio Eguía Villaseñor, autor del Código de Procedimientos Familiares del mencionado Estado, sin embargo en el Distrito Federal se encuentran los más acérrimos tradicionalistas, los cuales defiende la postura que como el derecho familiar forma parte del derecho civil no se hace necesario un código procesal que no sea el civil, sin embargo es un hecho que la autonomía legislativa del derecho familiar se amplia cada vez más.

b) Autonomía Jurisdiccional:

Consiste en la existencia de juzgados especializados en esta materia, lo cual ya es un hecho en el Distrito Federal y en varios Estados de la República, en el Distrito Federal a partir de 1971 cuando se crean los juzgados familiares bajo la presidencia del Lic. Luis Echeverría.

c) Autonomía Didáctica:

Implica que las escuelas y facultades de Derecho incluyan dentro de sus programas de estudio el curso de Derecho Familiar, esto también es una realidad, ya que en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México este curso se

⁶¹ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., CONVENIOS CONYUGALES Y FAMILIARES, Ob. Cit. p. 20-1.

impartía en el cuarto semestre de la carrera en el antiguo plan de estudios.

d) Autonomía Científica:

Establece la creación de obras específicas de derecho familiar, este aspecto también ya está superado, aún cuando el acervo sea reducido.

Si bien todavía falta mucho para la plena autonomía del derecho familiar, debemos reconocer que ya existe en ciertos campos y que va por buen camino para lograrla, además de que dicha autonomía se hace cada vez más necesaria, como reiteradamente hemos señalado, no sólo en la teoría, sino en el litigio.

3.3.- NECESIDAD DE REGULAR EL PROCEDIMIENTO FAMILIAR DE FACTO.

Aún cuando posteriormente analizaremos a fondo el procedimiento familiar, consideramos pertinente anotar la inquietud de su necesaria adecuación legislativa.

Iniciaremos aclarando que entendemos por procedimiento familiar de facto.

Los juristas estamos ciertos de que no hay más derecho existente que el legislado, pero también sabemos que esto es lo que nos enseña la teoría, la cual muchas veces no coincide con la práctica, es aquí donde se presentan dos planos, el jurídico y el fáctico dentro de los estatutos leales del procedimiento civil, es decir, dentro del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

La palabra 'facto' se deriva de la palabra "fáctico. Real, verdadero"⁶², es decir, que se vuelve tangible, materialmente realizable.

"Fáctico, ca o factual adj. Relativo a los hechos. Basado en hechos o limitado a ellos."⁶³

Señalamos lo anterior porque a pesar de que el derecho procesal dispone ciertos actos jurídicos a seguir con el objeto de llevar a la realidad material el derecho substantivo, en la práctica, dentro de los procedimientos no se respeta la secuencia dispuesta de tales actos, es decir se varía el momento procesal en el que se presenta en algunos casos con el propósito de hacer más expedita la justicia y en otros, la mayoría, para retrasar o manipular los procedimientos.

Consideramos que estos actos tienen su razón de ser en la necesidad de cubrir las lagunas legales existentes dentro de la legislación procesal.

Ahora bien, no obstante de que esos actos no sean aplicados de la manera en que se regulan son considerados en el foro, por su reiterada aplicación, como actos lógicos, además por la existente ignorancia respecto de la ley por los funcionarios judiciales y la inexacta aplicación de la misma, propiciando con ello un cause adecuado para la realización de esos actos.

Particularizando el tema al aspecto familiar, es necesario señalar que en la práctica, como hemos mencionado, el procedimiento de ésta naturaleza se lleva a cabo conforme a los lineamientos civilistas, esto surge porque el procedimiento más utilizado es el civil y por tanto se repite éste, aún cuando no sea el adecuado, a los conflictos familiares.

⁶²LAROUSSE. Diccionario manual ilustrado. Ob. Cit. p. 339.

⁶³OCEANO UNO. Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Edic. n d. Edit. Grupo Editorial Oceano. Barcelona, 1990. p. n d.

Aunado ello a la apatía y poco visión, en su gran mayoría, de los mal llamados jueces familiares así como los vicios tan arraigados en el litigio.

Sin embargo la realidad es que esas alteraciones a la ley se siguen aplicando y es aquí donde se hace necesaria la intervención del legislador para depurar y adecuar esas exigencias del foro mediante una reestructuración de las actuaciones que integran el procedimiento familiar.

En el Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal se dispone en el Título XVI un procedimiento aplicable a las controversias familiares y cuyas características, en su mayoría, responden al juicio sumario.

Si bien este procedimiento se encuentra previsto en la ley, aspecto aplaudible, son contados los jueces que lo llevan a la práctica con la visión que requiere, además contiene ciertas deficiencias en sus planteamientos, las cuales, como ya mencionamos, permiten la alteración de la ley, que se presenta porque el derecho no responde a la realidad social, al constante cambio de la población y de la sociedad, la cual contempla como el más importante de sus componentes a la familia.

Por ello y no obstante de que coincidamos en muchos aspectos con lo dispuesto por el mencionado Título, debemos reconocer que existen fallas, tanto de forma como de fondo, que al aplicares podrían afectar al grupo familiar, y que obligan al legislador a poner manos a la obra para su pronta adecuación tanto a la realidad social como a la realidad del foro.

CAPÍTULO II

LOS PROCEDIMIENTOS

1.- PROCEDIMIENTO CIVIL Y PROCEDIMIENTO FAMILIAR.

En el presente capítulo se analizará el procedimiento familiar, sus disposiciones legales, la naturaleza de sus conflictos y los actos procesales que lo conforman.

Acorde al título del capítulo haremos breve mención del procedimiento civil.

Como en cualquier clase de estudio debemos iniciar por definir los términos empleados, así tenemos que:

"Procedimiento. Alcalá Zamora da las siguientes acepciones de esta palabra: 1. Sinónimo de juicio; 2. Designa una fase procesal autónoma y delimitada respecto del juicio con que se entronca; ...; 6. Tramitación o substanciación total o parcial.

Carnelutti a su vez dice: 'Una exigencia metodológica imprescindible para el estudio del procedimiento, ..., me induce a aclarar y a observar con el mayor rigor posible la distinción entre la suma de los actos que se realizan para la composición del litigio, y el orden y la sucesión de su realización; el primero de estos conceptos se denota con la palabra proceso; el segundo con la palabra procedimiento.'el proceso... es un todo o si se quiere una institución. Está formado por un conjunto de actos procesalesEl procedimiento es el modo como va desenvolviéndose el proceso, los trámites a que ésta sujeto, la manera de substanciarlo"⁶⁴

"Procedimiento. Conjunto de formalidades o trámites a que está sujeta la realización de los actos jurídicos civiles, procesales, administrativos y legislativos.

La palabra procedimiento referida a las formalidades procesales es sinónima de la de enjuiciamiento como la de proceso lo es de la de juicio."⁶⁵

Por tanto el procedimiento es la manera de ejercitar una acción ante el órgano judicial, en tanto que proceso, como vimos, se constituye por los actos procesales desplegados dentro del curso lógico que establece el procedimiento.

Ahora bien, el hecho de que se pueda variar la forma dentro de un procedimiento da cabida a la existencia de diversos tipos de enjuiciamientos, los cuales se adecuarán a las necesidades específicas de la rama de derecho para la que son creados, es decir, habrá diversidad de procedimientos, gracias a la naturaleza de las normas sustantivas.

1.1.- DIFERENCIAS ENTRE AMBOS.

Respecto del procedimiento civil sólo mencionaremos al procedimiento ordinario, en el entendido de que éste es el continente de los procedimientos civiles de carácter patrimonial.

Se hace necesario señalarlo porque a partir de los elementos constitutivos del mismo es que podemos determinar los elementos que conforman al procedimiento familiar.

"Procedimiento ordinario. Es el que se sigue para la tramitación de un juicio ordinario, de acuerdo con las normas del código procesal aplicable al caso."⁶⁶

⁶⁵PINA, Rafael De., y PINA VARA, Rafael De., Ob cit. p. 420.

⁶⁶Loc. Cit.

Retomando la idea anterior citamos a José Ovalle Favela, "...es posible reconocer la diversidad de los procesos, la cual se debe, sobretodo, a que la diversa naturaleza de las normas jurídicas sustantivas aplicadas a través de los procesos, impone a éstos determinadas características."⁶⁷

Lo cual nos permite establecer la diversidad de procedimientos, desde el punto de vista de las normas materiales que lo conforman.

PRINCIPIOS RECTORES.

PROCEDIMIENTO CIVIL

"El enjuiciamiento civil mexicano, ..., está dominado en fuerte medida por la iniciativa de las partes, a causa, en un sentido, de la ascendencia hispánica ... y, en otro, del retraso, ..., con que la concepción publicista del proceso y las nuevas corrientes doctrinales acerca del mismo han penetrado en México."⁶⁸

El principio fundamental o base del derecho civil es *la autonomía de la voluntad*, el cual rige al derecho privado y consiste, para efectos del procedimiento civil, en consagrar el *principio dispositivo*, entendiéndolo éste como la posibilidad que tienen las partes para disponer del proceso y del derecho sustantivo, es decir, existe un sujeto que ve afectada su esfera jurídica por otro sujeto, el primero tiene la potestad de exigir al segundo la reparación de ese derecho sustantivo violado, sin embargo esa exigencia y su reparación se encuentran limitadas por la manera en que debe hacerse, que es a través de la intervención del órgano judicial.

⁶⁷ OVALLE FAVELA, José. Ob., Cit. p.8.

⁶⁸ ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto., DERECHO PROCESAL MEXICANO, T. I, Edic. 2a. Edit. Porrúa, S.A. México, 1985, p. 371.

"Principio dispositivo. Consiste este principio en que el ejercicio de la acción procesal está encomendado en sus dos formas, activa y pasiva, a las partes y no al juez....Los jueces deben sentenciar según lo alegado y probado en autos, ...En cuanto al Derecho, no rige el principio dispositivo. ...los jueces pueden suplir los principios jurídicos y las normas legales aplicables al caso, aunque las partes no lo hayan hecho en debida forma. Sin embargo, les está prohibido ...cambiar o modificar la acusación de la acción, esto es el hecho generador del derecho que se hace valer en juicio."⁶⁹,

Así bien existen situaciones de excepción a éste principio, incluso dentro de los procedimientos civiles, donde el juez actúa aún cuando las partes no lo soliciten, tal es el caso de las pruebas para mejor proveer, la abstención de conocer del asunto cuando se considere incompetente, etc.

Así bien si el particular quiere ejercitar sus derechos dispone de la actividad judicial para tal efecto, no obstante esta disponibilidad el sujeto debe cubrir ciertos requisitos establecidos en la ley.

Anteriormente se creía que como el procedimiento era dispositivo sólo concernía a las partes su creación; así nos señala Cipriano Gómez Lara "El proceso dispositivo, trata de contraponerse a ... las características del proceso inquisitorial ..., el juzgador pierde los amplios poderes que tuvo durante la etapa del proceso inquisitorial, en su actuación judicial, hasta llegar a convertirse sólo en un mero espectador pasivo de la contienda litigiosa. ...Por el contrario ... las partes ven fortalecidos sus derechos ..., se ven libres en cuanto a la posibilidad de disponer tanto del proceso como de los derechos procesales."⁷⁰.

Sin embargo al evolucionar dicho principio podemos observar que la intervención del juez juega un papel muy

⁶⁹PALLARES, Eduardo., DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Ob. Cit. p. 635.

⁷⁰GÓMEZ LARA, Cipriano., DERECHO PROCESAL CIVIL, Edic, 4a. Edic, Trillas, México, 1989. p. 20.

importante, no sólo como moderador, sino como aplicador de la ley y resolutor del conflicto.

"El proceso publicista trató de atenuar las desigualdades a que había conducido el liberalismo característico del proceso dispositivo. En el proceso publicista se invistió o se revistió de poderes al juzgador ...[éste] reconquista ... [amplias facultades] ..., pero se vale de ellas con fines de protección o tutela..."⁷¹

En este orden de ideas vemos que el *principio dispositivo* es predominante en los procedimientos civiles, pero no absoluto.

Un principio más que rige el procedimiento civil es el que establece que el mismo *se inicia por la actividad del actor*, es decir, a petición de parte; el juzgador en materia civil no puede actuar de oficio en razón de que, cumpliendo con el principio dispositivo, la parte afectada debe recurrir al juez y una vez que éste toma conocimiento del conflicto se le otorga potestad para participar como autoridad, la cual sólo conocerá sobre lo que las partes le muestran, de otra forma no puede intervenir.

El impulso procesal queda a cargo de las partes, ya que son estas quienes se encuentran interesadas en resolver el conflicto y también son quienes constituyen los elementos del mismo.

Las partes pueden disponer del derecho material controvertido, esto es, que no obstante que el litigio se haya sometido a la competencia de un juez, ese derecho subjetivo sigue en poder de las partes, las cuales pueden disponer de él unilateralmente (a través del desistimiento de la acción o el allanamiento) o bilateralmente (mediante convenio o transacción).

El objeto de la litis es fijado por las partes en sus escritos iniciales de demanda y contestación a la misma, obligando al juez

⁷¹Ibidem., pp 20-1.

a constreñirse al estudio y resolución de lo que se fija como litis sin ir más allá.

Una vez que las partes han fijado el objeto de la litis, consecuentemente *fijan el objeto de la prueba*, la cual se limitará a los hechos controvertidos entre las partes.

Las resoluciones del juzgador sólo podrán ser impugnadas por las partes, ya que son las únicas legitimadas para hacerlo, y la revisión deberá versar únicamente sobre los aspectos impugnados expresamente.

La cosa juzgada sólo surte efectos generalmente entre las partes, toda vez que se trata de violación a derechos subjetivos del particular frente a otro particular no es frecuente que existan efectos contra terceros.

Se ha establecido como otro principio más del procedimiento civil *la igualdad de las partes* que implica la igualdad de oportunidades procesales para las mismas, pretendiendo que sea tanto en el aspecto formal como en el material.

El principio de *contradicción* concurre en todos los procesos y consiste en el hecho de que toda pretensión o petición formulada por una de las partes debe darse a la contraria para consentirla u oponerse, obligando al juez a no resolver sobre la petición hasta que la parte contraria exprese sus consideraciones.

De dicho principio se exentan los actos de mero trámite que no afectan a las partes y aquellos que expresamente señale la ley.

PROCEDIMIENTO FAMILIAR

El procedimiento familiar se encuentra regido por el principio *inquisitorio* que no debe ser confundido con el proceso inquisitorial, este último a decir de Cipriano Gómez Lara "... apareció en los regímenes de tipo absolutista, despótico o

dictatorial ... se caracteriza básicamente por una ruptura de la triangularidad de la relación procesal, puesto que el juzgador se ve investido de amplísimos poderes, a tal punto que ... es a la vez juez y parte..."⁷²

En el principio inquisitorio, tomando en cuenta la importancia de la familia en la sociedad, se otorgan mayores facultades al juzgador, es decir, el juez es quien afirma los hechos y es quien apegado a derecho establece cuales y de que manera serán los medios probatorios, debido ello a que los derechos familiares son irrenunciables, lo cual impide la aplicación del principio dispositivo, además toda modificación, alteración o disolución de las relaciones jurídico familiares debe someterse a la intervención del órgano judicial como representante del Estado, expresamente la ley señala que las controversias familiares no pueden someterse a juicio arbitral (artículo 615, Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.), "...Las controversias familiares, a diferencia de las civiles patrimoniales, no son susceptibles de someterse al juicio arbitral."⁷³

"Principio inquisitorio. Por tal se entiende aquel según el cual la iniciación y ejercicio de la acción procesal están encomendados al juez, que debe proceder de oficio sin esperar que las partes inicien el proceso y lo impulsen posteriormente."⁷⁴

Existe el poder de *iniciativa por parte del juez familiar*, esto es, el juzgador actuando de oficio interviene en la conflictiva familiar, "En la práctica procesal mexicana, ..., el proceso familiar, ..., se sigue desarrollando con base en el impulso procesal de las partes."⁷⁵, a pesar de que puede presentarse el supuesto de que el Ministerio Público ejercite la acción en calidad de representante, en este caso de la familia por considerarse de orden público todos los problemas inherentes a la

⁷²*ibidem.* p. 20.

⁷³OVALLE FAVELA, José., Ob. Cit. p. 9.

⁷⁴PALLARES, Eduardo., DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Ob. Cit. p. 636.

⁷⁵OVALLE FAVELA, José. Ob. Cit. pp. 9-10.

misma, es poco factible esta instancia oficiosa, sin embargo "...dentro de las controversias familiares el juzgador puede sustituir la voluntad de las partes en la mayoría de los actos judiciales..."⁷⁶

Contrariamente al procedimiento civil, en el procedimiento familiar hay *indisponibilidad del derecho controvertido*, ya que para su creación no interviene la voluntad o el arbitrio de las partes, sin embargo puede existir un convenio respecto de su cumplimiento, lo que en absoluto no implica su renuncia.

Así también hay *indisponibilidad del objeto de la litis*, toda vez que el juez es quien acorde a la ley señala los derechos y obligaciones familiares a cumplir, así como los sujetos obligados.

Más ampliamente se observan las atribuciones especiales del juez en materia probatoria, porque es él quien señala qué pruebas deberán ofrecerse, esto con apego a la ley y se allega de los medios para obtenerlas, es decir, *las pruebas son ordenadas de oficio*.

En este supuesto es propicio mencionar que si dentro del procedimiento civil el demandado en su contestación dejaré de contestar algunos hechos, el artículo 266 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal dispone que "...El silencio o las evasivas harán que se tengan por confesados o admitidos los hechos sobre los que no se suscite controversia..."⁷⁷, en contrapartida en materia familiar existe la ineficacia de la confesión espontánea y para reforzar esta postura se establece en la parte final del artículo 271 del citado código que " Se presumirán confesados los hechos de la demanda que se deje de contestar. Sin embargo se tendrá por contestada en sentido

⁷⁶GÓMEZ LARA, Cipriano., Ob. Cit. p. 198.

⁷⁷CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, Edit, 46a. Edit, Porrúa. México, 1994. art. 271.

negativo cuando se trate de asuntos que afecten las relaciones familiares,..."⁷⁸

Respecto de las resoluciones o sentencias que se dicten en los procedimientos familiares tienen la característica de producir efectos contra terceros, como ejemplo en el procedimiento de divorcio, la disolución de ese vínculo no sólo afecta a los cónyuges sino también a los hijos de estos y ciertas resoluciones familiares no adquieren el carácter de cosa juzgada, a decir del artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal.

Considerámos repetitivo señalar los principios comunes a ambos procedimientos, como el impulso procesal a cargo de las partes, la igualdad procesal de las mismas, la impugnación de las resoluciones, el principio de contradicción.

Podemos establecer que, aún cuando el procedimiento civil y el procedimiento familiar comparten ciertos principios rectores, existe una gran diferencia entre ambos tanto por lo que respecta a la actividad de los particulares como a la intervención y alcances de la autoridad judicial.

Así mismo y acorde a lo anterior se hace necesario un procedimiento que desligado de cualquier connotación civil dé respuesta eficaz y jurídica a la conflictiva familiar, ya que a pesar de que nuestro Código de Procedimientos Civiles vigente disponga un procedimiento ex profeso para las controversias familiares, éste no responde a las necesidades de la cambiante sociedad.

CONFLICTOS

El presente inciso se muestra como una consecuencia lógica del anterior, ya que no sería necesaria la diversidad de procedimientos si en estos se encausarán conflictos de una

⁷⁸Loc. Cit.

misma o similar naturaleza, lo cual no impide que la finalidad de todo procedimiento sea la misma, dirimir una controversia.

No es, sin embargo, sólo el aspecto teórico lo que permite esta división, es la esencia del conflicto lo que provoca que surjan vías diversas adecuadas a ella, otorgando con esto matices distintos a cada procedimiento.

El procedimiento civil es creado para solucionar controversias entre particulares y generalmente estos conflictos son de carácter patrimonial-económico; los sujetos son vistos como entes individuales que, en su calidad de sujetos de derecho, interactúan con otros y haciendo uso de la autonomía de su voluntad crean derechos y obligaciones, cuyo cumplimiento generalmente implica que se vea afectado el patrimonio de ambos, tanto en su activo como en su pasivo.

El procedimiento civil surge cuando uno de estos sujetos de derecho no cumple con lo pactado y entonces el otro sujeto acude al órgano judicial para que por su conducto se le obligue al cumplimiento, esto es, por regla general en estos procedimientos existirá un actor (aquel que tiene un derecho) y un demandado (aquel que ha incumplido con la obligación correspondiente al derecho del actor), existirá entonces un vencedor y un vencido, alguien que verá su patrimonio positivamente afectado y alguien que en la misma medida verá disminuido el suyo.

De forma general esa es la naturaleza de los conflictos del procedimiento civil, en contrapartida la naturaleza de los conflictos que se vinculan al procedimiento familiar es tan variada y tan numerosa como las formas en que una familia se constituye.

En la sociedad hay una amplia gama de manifestaciones de dicha institución, como ejemplo una familia puede estar formada por un matrimonio, un matrimonio e hijos de uno y/o ambos cónyuges, por un ascendiente y descendientes en diversos grados, por parientes colaterales, por un concubinato, por un amasiato, por una adopción, etc., así la familia se constituye de

muy variadas formas y cada una de ellas tiene sus particulares conflictos , lo cual significa un sin fin de matices de los mismos.

En este contexto, el Derecho por muy vasto que pretenda ser, jamás podrá abarcar todos y cada uno de estos problemas y darles solución, además de que una de las características de la ley es que debe ser general, lo cual implica que los supuestos deben adecuarse a la norma.

Podemos decir que la naturaleza de las controversias familiares es de carácter esencialmente emotivo, es decir, que involucra sentimientos, ya que como recordamos al interior de este grupo se crean fuertes lazos afectivos, ello no significa que no tengan una connotación económica y una alteración en el orden legal.

Las controversias familiares surgen a partir de un rompimiento en estos lazos afectivos que, al introducirse en la sociedad se traducen en conflictos jurídicos, coadyuvan en esta transformación el que existan intereses económicos y se infrinja un supuesto legal, debido a que es a través de esos aspectos como se les encausa jurídicamente, a manera de ejemplo mencionaremos lo siguiente: una madre no puede iniciar un proceso contra su cónyuge porque éste ha dejado de querer a sus hijos; requiere que esa ausencia de amor se introduzca en la sociedad a través de que el padre deje de cumplir con sus obligaciones inherentes a la paternidad, las cuales son tanto de dar (económicamente) como de hacer (jurídicamente).

"La controversia familiar es muy difícil de resolver, pues incluye situaciones sentimentales, de inclinación, de sangre, de parentesco,...El hombre debe ser tomado en cuenta, en toda su complejidad, en todas sus fases, psíquica, económica, jurídica y socialmente, tratando de encontrar normas adecuadas, para que, a través del procedimiento, se venga a resolver el conflicto."⁷⁹

⁷⁹MEMORIA DEL PRIMER CONGRESO MUNDIAL SOBRE EL DERECHO FAMILIAR Y EL DERECHO CIVIL. Edic. 1a. Edit. UNAM. México, 1978. pp. 252-3.

Así bien, podemos señalar que los conflictos familiares tienen mayor trascendencia en la sociedad que los conflictos que surjan entre particulares porque, además de que su misma naturaleza nos lo señala, la alteración que propicia en el entorno social una controversia familiar es mayor que la que puede ocasionar un conflicto meramente civil.

Entendemos entonces que por un procedimiento se encausan los problemas de orden económico los cuales generalmente son resueltos de manera favorable y esa afectación es mínima, por el otro procedimiento se trabaja con una materia por demás delicada, el aspecto emotivo más sensible del sujeto que es la familia, la cual se manifiesta como la célula primaria de la sociedad.

"El núcleo familiar, a diferencia de las otras relaciones jurídicas, tiene intereses mayores, debiendo salvaguardarse... 'Según Cicú, la importancia de la familia puede equipararse con la del Estado, y algunas veces arriba de éste'."⁸⁰

REGULACIÓN.

Dentro de este inciso y toda vez que el presente estudio lo desarrollamos confrontando uno y otro procedimiento, analizaremos las disposiciones legales vigentes respecto de la controversia familiar y, en cuanto al aspecto civil, los estatutos legales referentes al juicio ordinario.

Limitamos la amplia producción legislativa utilizando exclusivamente los estatutos aplicables al Distrito Federal, esto es, el Código de Procedimientos Civiles vigente para dicha Entidad.

⁸⁰Ibidem.. pp. 427-8.

PROCEDIMIENTOS DE NATURALEZA FAMILIAR

Al contar con una tramitación propia adquieren el carácter de juicios especiales; se encuentran regidos por el principio inquisitorio, esto se debe a que el Estado, dada la trascendencia de las relaciones familiares, debe vigilar que la modificación de éstas se haga a través de una declaración judicial, verificando que tal modificación sólo surja cuando se cumplan efectivamente los supuestos y requisitos que establece la ley.

Así bien el objeto de estos juicios es dirimir a través de un declaración judicial las controversias familiares que trasciendan a la sociedad, su regulación abarca del artículo 940 al 956 del Título Décimo Sexto, Capítulo Único del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Sus características:

- Se consideran de orden público todos los problemas inherentes a la familia; se hace preciso recordar que entendemos por 'orden público', así tenemos que "El orden público surge como el límite a la autonomía de la voluntad, porque ... busca el bien común del país y los principios de justicia considerados como esenciales, ..."81
- Se faculta al juez familiar a actuar de oficio en las controversias familiares, "...especialmente tratándose de menores y de alimento, decretando las medidas que tiendan a preservarla y a proteger a sus miembros."82
- Se establece en un primer momento como optativa la asesoría jurídica, pero si una de las partes se encuentra patrocinada necesariamente por un licenciado en Derecho, la otra deberá estarlo también.

⁸¹CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., CONVENIOS CONYUGALES Y FAMILIARES, Ob. Cit. p. 32.

⁸²CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. Ob. Cit. art. 941.

- Existe acción e intervención del Ministerio Público, en su calidad de representante social.

- Las pruebas son ordenadas de oficio.

- Surge la ineficacia probatoria de la confesión espontánea.

- Se extiende la autoridad de la cosa juzgada de las sentencias sobre el estado civil de las personas aún a los terceros que no hayan litigado, principalmente cuando se trate de cuestiones sobre el estado civil de las personas.

- Respecto de los supuestos señalados por el segundo párrafo del artículo 94 del código procesal citado, no se consideran cosa juzgada dichas resoluciones, aún cuando no se encuentre dispuesto dentro del Título de las controversias familiares, dicho precepto es indudablemente de naturaleza familiar.

- Se establece la presunción de negación en lugar de la confesión ficta en caso de rebeldía o cuando no se dé repuesta completa a los hechos de la demanda.

- Surge preponderantemente la oralidad y la concentración de etapas procesales con el propósito de reducir en la medida de lo posible el tiempo del procedimiento.

No obstante las mencionadas características y sin adelantarnos a la crítica que sobre la regulación de este procedimiento realizaremos, es propicio señalar que el juicio establecido en el Título Décimo Sexto, de acuerdo al texto del artículo 942 del citado Código de Procedimientos Civiles, ha sido diseñado para substanciar exclusivamente algunos litigios familiares y no todos o al menos la generalidad de ellos.

Las cuestiones que pueden tramitarse expresamente a través de este juicio son:

- Litigios sobre alimentos.

- Calificación de impedimentos para contraer matrimonio.
- Diferencias entre cónyuges sobre la administración de los bienes comunes y la educación de los hijos.
- Las oposiciones de maridos, padres o tutores.

Sin embargo al disponer que podrán tramitarse también "Todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial."⁸³, abre la posibilidad de aplicar este procedimiento a cualquier contienda judicial de carácter obviamente familiar.

Respecto a su tramitación sus actuaciones componentes son:

- Se podrá acudir al juez familiar por escrito o por comparecencia personal, ofreciendo las pruebas respectivas, dicho escrito será proveído por la autoridad judicial en un término de tres días a partir de su presentación.
- Con las copias de la comparecencia o del escrito y de los documentos presentados se correrá traslado al demandado para que conteste en un término de nueve días, así también el demandado deberá ofrecer sus pruebas en dicha contestación.
- Al ordenar el emplazamiento el juez señalará día y hora para celebrar la audiencia de ley que, será dentro de los treinta días siguientes al auto que ordene el traslado
- Cuando el juicio verse sobre alimentos, el juez a petición del acreedor, sin audiencia del deudor y mediante la información que estime necesaria decretará una pensión alimenticia provisional.
- Al celebrarse la audiencia las partes aportarán las pruebas ofrecidas.

⁸³Ibidem. art. 942.

- La inasistencia de una o ambas partes no impide la celebración de la audiencia.

- El juez para resolver podrá auxiliarse de trabajadores sociales, quienes presentarán su informe en la audiencia.

- La misma deberá celebrarse dentro del término ya señalado, de no ser posible ello se verificará dentro de los siguientes ocho días.

- Las partes presentarán a sus peritos y sus testigos, salvo que se encuentren imposibilitados para ello, en tal caso se le impondrá al actuario del juzgado dicha citación, la cual "...se hará con apercibimiento de arresto hasta por treinta y seis horas, de no comparecer el testigo o el perito sin causa justificada y al promovente de la prueba, de imponerle un multa hasta por el equivalente de treinta días de salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal, 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,..."⁸⁴

- Si se ofrece la prueba confesional, la citación se hará con apercibimiento de ser declarado confeso de las posiciones calificadas de legales, salvo que acrediten causa justificada para no acudir.

- La sentencia será pronunciada en la audiencia de ley de manera breve y concisa, si no fuere esto posible dentro de los ocho días siguientes.

JUICIO SUCESORIO

Aparte del procedimiento para dirimir las controversias familiares citado, se presenta el juicio sucesorio, al cual la ley también le otorga el carácter de familiar.

⁸⁴Ibidem. art. 948.

Se le señala como un juicio de los llamados universales, toda vez que su contenido patrimonial comprende la universalidad de los bienes y derechos de una persona.

Así también se le conoce como juicio universal mortis causa; tiene por objeto la transmisión del patrimonio del autor de la sucesión en favor de sus herederos y legatarios.

Los juicios sucesorios pueden ser:

- Intestados o ab-intestato, cuando el autor de la sucesión falleció sin haber hecho su testamento, por lo cual la transmisión se llevará a cabo de acuerdo a las reglas de la sucesión legítima.

- Testamentaria, cuando el autor de la herencia ha manifestado su voluntad en un testamento, la transmisión de la masa hereditaria se hará conforme a lo establecido en el mismo.

El juicio sucesorio se compone de cuatro secciones:

- Primera.- Sucesión y reconocimiento de los derechos sucesorios.

- Segunda.- Inventario y avalúo de bienes.

- Tercera.- Administración de los bienes.

- Cuarta.- Participación, registro y adjudicación de los bienes.

La primera de estas secciones tiene sus características propias según se hable de intestado o de testamentaria.

El reconocimiento de los derechos sucesorios en un intestado se inicia cuando el denunciante acredita el parentesco o lazo que lo unió con el de cujus, señalará también los nombres y domicilios de los parientes en línea recta, del cónyuge supérstite, a falta de estos los parientes colaterales hasta el cuarto grado.

El juez ordenará girar los oficios para pedir informes sobre la existencia de testamento al Archivo General de Notarías,

al Archivo Judicial y a la Secretaria de Salud, para que ésta vigile los intereses de la Beneficencia Pública, así mismo radicará la sucesión y la notificará a las personas señaladas en la denuncia del intestado, las cuales deberán acreditar sus derechos.

Hecha la declaración de herederos por el juez, se citará a una junta de herederos para que designen un albacea, a no ser que se trate de un heredero único o que los herederos hayan dado su voto con anterioridad.

Si son parientes colaterales dentro del cuarto grado los que piden la declaración de herederos, el juez una vez recibidas las pruebas del parentesco y la información testimonial, ordenará la publicación de edictos dos veces con intervalo de diez días entre uno y otro en un diario de circulación amplia, así como fijarlos en el lugar del juicio, del fallecimiento y origen del finado; transcurrido el plazo de los edictos sin que se presentare persona alguna, el juez hará la declaración de reconocimiento de los derechos sucesorios; si se presentaren otros parientes el juez les otorgará un plazo no mayor de quince días para que, con audiencia del Ministerio Público, acrediten su parentesco.

Ahora bien, si transcurre un mes a partir de que se inició el juicio y no se presentan posibles herederos, el juez procederá a ordenar la publicación de edictos y en caso de no presentarse pariente alguno o los presentados no acreditarán su parentesco, entonces heredará la Beneficencia Pública.

El reconocimiento de los derechos sucesorios en una testamentaria se inicia con la presentación del testamento por parte del promovente, el juez ordenará se giren los oficios antes señalados, tendrá por radicado el juicio y citará a los herederos a una junta para dar a conocer al albacea o elegir uno, así también si el testamento no es impugnado ni objetada la capacidad de los interesados, el juez hará el mencionado reconocimiento a aquellos que estén nombrados en el testamento.⁸⁵

⁸⁵OVALLE FAVELA, José., Ob. Cit. pp. 370-1.

La segunda etapa, es decir, el inventario y avalúo de los bienes tiene como finalidad que, una vez determinados a los herederos, se conozcan los bienes que forma la masa hereditaria y cual es su valor monetario.

El albacea realizará el inventario y avalúo dentro de los diez días siguientes a la aceptación del cargo y deberá presentarlos dentro de los siguientes sesenta días.

El inventario se practicará por el actuario del juzgado o por un notario nombrado por la mayoría de los herederos, así también se practicará en presencia de los herederos, acreedores y legatarios; la mencionada diligencia será firmada por todos los presentes.

Para la realización del avalúo, los herederos, dentro de los diez días siguientes al reconocimiento de sus derechos, nombrarán un perito valuador, quien valuará todos los bienes inventariados, excepto aquellos cuyo valor conste en instrumento público.

Realizados estos actos se agregarán a la segunda sección del expediente y se otorgarán cinco días para que los interesados los examinen, si no hay oposición, el juez aprobará el inventario y el avalúo.

Dentro de la administración de bienes hereditarios, es decir, la tercera etapa del juicio tanto el albacea como el cónyuge supérstite, en caso de que existan bienes de la sociedad conyugal deberán rendir dentro de los cinco primeros días del año las cuentas de su administración correspondiente al año anterior; así también el albacea deberá rendir las cuentas mensuales y general de las albaceazgo.

Respecto de la participación, registro y adjudicación de los bienes, que integran la cuarta etapa del juicio, el albacea elaborará dos proyectos partitorios:

1.- De distribución provisional de los productos de los bienes, esto implica que el albacea en su proyecto señalará la parte de ellos que entregará bimestralmente a herederos y legatarios; si no existe oposición el juez lo aprobará, en caso contrario se tramitará vía incidental.

2.- De participación de los bienes, dentro de los quince días de aprobada la cuenta general presentará el albacea éste proyecto o promoverá la designación, por los herederos o por el juez de un partidor.

El mencionado proyecto se pondrá a la vista por un término de diez días, para promover oposiciones, en caso de no haberlas el juez aprobará el proyecto y dictará sentencia de adjudicación, ordenando su ejecución.

El notario ante el cual se otorgue la escritura será designado por el albacea.

Se puede también tramitar una sucesión ante notario, esto es cuando todos los herederos sean mayores de edad, no exista controversia alguna entre ellos y, en caso de testamentaria, hayan sido instituidos en un testamento público, y en caso de intestado, que hayan sido reconocidos judicialmente con este carácter.

Hemos señalado al juicio sucesorio dentro de los procedimientos familiares porque, como ya mencionamos, la ley le otorga el carácter de juicio familiar.

Además de que el autor de la sucesión siempre va a ser una persona física, que deja sus derechos, bienes y obligaciones generalmente a su familia, y en caso de que no exista manifestación expresa (testamento) sobre la disposición de ese patrimonio la ley prevé la sucesión legítima, juicio en el que el estado familiar toma relevancia.

Aunado a ello, se le otorga tal carácter porque aún cuando exista un juicio sucesorio en el que participe una persona

moral, el mismo se tramitará a través de un procedimiento familiar debido a que si se hiciera la distinción entre un juicio sucesorio familiar en el que sólo intervinieran personas físicas y un juicio sucesorio civil en el que aparte de las personas físicas interviniera una o varias personas morales ello provocaría numerosos conflictos, principalmente de competencia por materia.

JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Merece este procedimiento un estudio aparte porque dentro de la lista de negocios que permiten su tramitación se contemplan tanto de carácter civil como familiar, por ello su desarrollo dentro del presente trabajo se encuentra ubicado fuera de los procesos civiles e incluso de los procesos familiares.

Existe una polémica respecto a si es o no jurisdicción y si es o no voluntaria; nuestro propósito no es el estudio de su naturaleza jurídica por ello sólo mencionamos brevemente la crítica que se le hace a esta figura jurídica.

Se señala que el termino jurisdicción establece una función del órgano estatal que tiende a la solución de conflictos; los cuales en la jurisdicción voluntaria no se presentan, y por tanto se le niega tal carácter.

"Jurisdicción. Potestad para administrar justicia atribuida a los jueces, quienes la ejercen aplicando las normas jurídicas generales y abstractas los casos concretos que deben decidir."⁸⁶

Por lo que respecta al termino voluntaria, el juzgador no actúa por mutuo propio requiere la solicitud de los interesados.

Siguiendo con esta crítica, la actividad del órgano judicial se limita al conocimiento del negocio; no obstante las oposiciones y el hecho de pretender darle un nombre adecuado a la

⁸⁶PINA, Rafael De., y PINA VARA, Rafael De., Ob. Cit. p. 339.

jurisdicción voluntaria, la costumbre se ha impuesto permitiendo que este procedimiento aún exista.

"...La mayoría de los tratadistas le niegan el carácter de verdadera jurisdicción, afirmando que constituye una actividad administrativa encomendada a los jueces."⁸⁷

Sin importar el hecho de que estemos o no de acuerdo con lo anterior, procederemos al estudio de la jurisdicción voluntaria.

"La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en los que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas..."⁸⁸

Los negocios que se pueden tramitar por la vía de jurisdicción voluntaria son:

- Las medidas necesarias para evitar que, por mala administración, se derrochen o disminuyan los bienes de los hijos.
- Las medidas provisionales en caso de ausencia, la declaración de ausencia, y la presunción de muerte.
- La constitución, modificación y extinción del patrimonio familiar.
- La notificación para dar por terminado un contrato de arrendamiento inmobiliario.

Así también dentro de la regulación de la vía en estudio existen procedimientos especiales de jurisdicción voluntaria para:

- El nombramiento de tutores y curadores, así como el discernimiento de estos cargos.
- La enajenación de bienes de menores o incapacitados y la transacción respecto a sus derechos.

⁸⁷Ibidem. p. 340.

⁸⁸CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. Ob. Cit. art. 893.

- La adopción.
- La información ad perpetuam.
- El apeo y deslinde.

Entonces, a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria se podrá tramitar cualquier petición en los casos en que no exista litigio entre las partes, pero se requiera la intervención del órgano judicial.

Sus características:

- No existe controversia entre los interesados, ya que de lo contrario se procederá por la vía contenciosa correspondiente.

- En los siguientes supuestos se deberá escuchar al Ministerio Público:

a) Cuando se afectan los intereses públicos.

b) Cuando se refiera a incapacitados, menores de edad o sus bienes.

c) Cuando haya relación de bienes o derechos de un ausente.

d) Cuando lo señale la ley.

- Las providencias dictadas podrán ser modificadas cuando cambien las circunstancias que las originaron.

- Las resoluciones que se dicten en un procedimiento de jurisdicción voluntaria no adquieren la autoridad de cosa juzgada, esto es, que pueden modificarse cuando cambien los supuestos que les dieron origen.

En cuanto a su procedimiento, éste se realiza de la siguiente manera:

- Los solicitantes presentan por escrito su petición ante el juez, acompañada de los documentos respectivo.

- Si dentro del escrito de la jurisdicción voluntaria se pide notificar a un tercero, el juez en el auto admisorio, ordenará se realice dicha notificación.

- En el mismo acuerdo el juez señalará que, una vez que se cumpla con el propósito promovido en la jurisdicción voluntaria, se archive el expediente como asunto concluido.

- En otros supuestos y acorde a lo solicitado, el juez decretará las medidas necesarias para llevar a cabo el objeto de la vía promovida y una vez realizado se archivará el expediente; como ejemplo, la diligencia para llevar a cabo el apeo y deslinde, o cuando tiene que intervenir el Ministerio Público, se acordará darle vista y una vez desahogada, se citará a los interesados para oír sentencia.

JUICIO ORDINARIO CIVIL

Es el más difundido, el más aplicado y el que marca la pauta a los procedimientos desde el punto de vista formal, es decir, el juicio ordinario civil es el todo, es el continente que señala la secuencia de los actos a seguir, "...es el conjunto de formalidades a que deben someterse el juez y las partes en la tramitación del proceso..."⁸⁹

Esta adecuación surge con el propósito de dar seguridad a las partes, así menciona Cipriano Gómez Lara que "Las formas deben tener por finalidad garantizar la legalidad del acto y no el simple cumplimiento de la forma por la forma. El incumplimiento o la inobservancia de las mismas acarreará la invalidez o ineficacia de los actos."⁹⁰

⁸⁹GÓMEZ LARA, Cipriano., TEORÍA GENERAL DEL PROCESO, Edic. Ba. Edit, Harla, México, 1990. p. 43.

⁹⁰Ibidem. p. 292.

"Juicio ordinario. Recibe esta denominación el juicio que está destinado a la decisión de las controversias judiciales que no tengan señalada legalmente una tramitación especial."⁹¹

Su procedimiento se compone de las siguientes etapas:

- Etapa preliminar, que puede ser la realización de

a) Medio preparatorio a juicio; o

b) Providencias cautelares.

- Etapa expositiva o postulatoria, que es propiamente la primera etapa del proceso y se compone de la presentación de la demanda, el emplazamiento al demandado y la contestación que éste hace.

- Etapa probatoria, se integra por el ofrecimiento, admisión y desahogo de pruebas.

- Etapa conclusiva o de alegatos, tiene por objeto que las partes formulen sus alegatos con lo que termina la intervención de las partes en el proceso.

- Etapa resolutoria, en ella se presenta la actividad del juzgador en cuanto a que éste, tomando en cuenta lo alegado y probado por las partes, emite su resolución denominada sentencia definitiva; con esta etapa concluye generalmente la primera instancia del proceso.

- Etapa impugnativa, eventualmente se presenta ésta, abriendo así la segunda instancia cuando una o ambas partes impugnan la sentencia y solicitan su revisión a la Sala correspondiente.

- Etapa ejecutiva, al igual que la anterior surge de manera ocasional y tiene por objeto que la parte que venció en juicio, cuando la parte condenada no cumple voluntariamente con

⁹¹PINA, Rafael De., y PINA VARA, Rafael De., Ob. Cit. p. 338.

lo ordenado por la sentencia, solicite al juez tome las medidas necesarias para su realización coactivamente.⁹²

Así el juicio ordinario civil es a través del cual se conoce de la generalidad de los litigios que no tienen tramitación especial, en los juicios civiles predomina el carácter económico-patrimonial y los sujetos son vistos como entes individuales.

2.- PROCEDIMIENTO FAMILIAR DE FACTO.

Como ya señalamos anteriormente entendemos por procedimiento familiar de facto aquel que se realiza en el foro y que tiene como carácter distintivo el hecho de que se varía el momento procesal en que se llevan a cabo las actuaciones, alterando con ello la secuencia dispuesta por la ley, como ya mencionamos el cause propicio para la presentación de los mismos es la ignorancia de la ley y la reiterada aplicación aunada también la costumbre.

Estas actuaciones toman relevancia dentro de la presente investigación por que las mismas forman parte del engrane del procedimiento familiar, en sus diversas manifestaciones.

Consideramos pertinente delimitar el estudio de las diversas manifestaciones del juicio familiar con el propósito de no perdernos en su análisis.

Conscientes de que los individuos que más atención requieren y que irónicamente no son tomados en cuenta ni escuchados, aquellos a quienes se les envuelve en decisiones en las cuales no fueron participes son los menores de edad, la presente investigación va dirigida al estudio práctico de las instituciones en las que comúnmente se ven involucrados, es decir, el juicio sobre alimentos, la patria potestad y la guarda y custodia.

⁹²OVALLÉ FAVELA, José., Ob. Cit. pp. 35-7.

Tal vez el lector piense que las instituciones señaladas tienen un contenido similar y se podría hablar de lo mismo, en efecto las tres figuras tienen características parecidas y conforman un conglomerado, pero cada una de ellas tiende a la protección de un aspecto determinado en el desarrollo del menor.

Desprendemos del estudio de la regulación existente que la patria potestad es la institución de asistencia, protección y representación de los menores cuya filiación es clara y legalmente establecida, esto es, surge una especie de "poderes-deberes"⁹³ a decir de Alicia Elena Pérez Duarte, en favor de los padres respecto del hijo a partir de que éste nace, los cuales se extinguen cuando el menor es emancipado o alcanza la mayoría de edad.

La institución de la patria potestad contiene dos vertientes a saber, se ejercita sobre la persona del menor y, sobre los bienes de éste.

Su ejercicio, en cuanto a la persona del menor, se traduce en el deber de cuidar, educar, guardar y custodiar al mismo, así como la facultad de corregirlo y representarlo legalmente.

Respecto de sus bienes, se incluye su administración, es preciso señalar que los bienes que el hijo adquiere por título diverso a su trabajo serán administrados por sus padres y el usufructo de los mismos será dividido por mitades, una de las cuales corresponde a los padres.

Los padres adquieren la obligación de observar una conducta que sirva de ejemplo al menor.

La guarda y custodia es el ejercicio mismo de la patria potestad, es decir, es aquella obligación de proteger y proporcionar cuidados sobre la persona del menor que los padres adquieren al nacer éste y durará mientras exista la minoría de edad del hijo o éste sea emancipado.

⁹³PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia E., Ob. Cit, p. 81.

Toma relevancia la mención independiente de la guarda y custodia porque, la misma se puede desvincular de la patria potestad, esto es, el ejercicio y el derecho pueden desligarse, así nos menciona Manuel Chávez Asencio: "... en principio son inseparables la custodia y la patria potestad, y ... sólo en circunstancias anormales es posible su desdoblamiento ... podemos señalar que aun conservando [la titularidad de] la patria potestad los progenitores, la custodia la pueden tener los abuelos paternos o maternos, pues en algunas situaciones, por el bien del menor, tiene que desvincularse la custodia de la patria potestad."⁹⁴, lo que da cabida a su estudio separado.

La patria potestad surge por el solo hecho de la procreación, siendo los titulares de la misma los padres, por ello su ejercicio compete exclusivamente a éstos y a falta o imposibilidad física o legal de los mismos, sólo podrá ser ejercida por los abuelos paternos o maternos, es decir, se declara expresamente por la ley quienes pueden ejercitar dicha institución, salvo la excepción dispuesta para los hijos adoptivos.

Respecto de la obligación alimentaria en caso de menores, ésta surge a partir de una relación de parentesco o nexo filial entre acreedor y deudor y se constituye por "... los medios económicos a través de los cuales se pretende garantizar el derecho a una vida digna a todas las personas... incluidos los satisfactores tanto para sus necesidades físicas como para las intelectuales, morales y sociales de tal suerte que deba proporcionárseles lo necesario para la vida (comida, vestido y habitación) la salud (asistencia en caso de enfermedad) y tratándose de menores educación para proporcionarles un oficio arte o profesión honestos y adecuados a sus circunstancias personales..."⁹⁵

Esta obligación no sólo recae sobre los ascendientes en primer grado en línea recta, sino que se extiende a los demás

⁹⁴CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., CONVENIOS CONYUGALES Y FAMILIARES, Ob. Cit. p. 102.

⁹⁵PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia E., Ob. Cit. p. 137.

ascendientes sin importar el grado, además se incluyen como deudores (obligados) a los descendientes más próximos en grado, los hermanos y los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado.

El presupuesto único para que surja la obligación alimentaria es la necesidad del acreedor independientemente de su edad, aunado a que ésta se instituye como una obligación recíproca entre ascendientes y descendientes en línea recta sin importar el grado.

Una característica más de la institución en comento es la proporcionalidad, entendida como el equilibrio entre las necesidades del acreedor y la posibilidades del deudor, la ley permite también que la deuda alimentaria sea dividida entre todos los obligados que se encuentren en posibilidad de cubrirla independientemente que sean padres, abuelos, hermanos, tíos o primos.

Coincidimos con la idea anotada respecto al subsidio que para el cumplimiento de la obligación alimentaria señala la ley, sin embargo consideramos que éste precepto debe ser aplicado con extrema preponderancia de los intereses del acreedor principalmente cuando éste sea un menor de edad.

2.1.- APLICACIÓN PRÁCTICA.

Presentamos en este apartado algunas de las actuaciones procesales que se despliegan dentro del litigio de las instituciones anteriormente señaladas.

El desarrollo del tema en algunos momentos no será acorde a la letra de la legislación procesal utilizada porque lo que pretendemos mostrar son los actos que realmente se llevan a cabo en el foro; así también nos auxiliaremos de procedimientos verídicos, haciendo mención del número de expediente y la foja donde consta nuestro ejemplo con el propósito de no aumentar en cantidad el presente trabajo.

La controversia familiar se tramita mediante la vía dispuesta para tal efecto que, como ya mencionamos se regula dentro del Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal en su Título Décimo Sexto.

Se inicia con la presentación del actor, la ley dispone que la misma puede ser por comparecencia personal o por escrito, sin embargo en la práctica es necesariamente por escrito y bajo el patrocinio de un licenciado en Derecho.

Ejemplo # 1 "GARCÍA SOTELO OLIVIA
VS
JESÚS DE LA CUESTA MORA
CONTROVERSIA DEL ORDEN FAM.
ALIMENTOS.
Exp 791/95."*

Ejemplo #2 "CASAS ZARCO ANA LAURA
VS
FREDY MARTÍN JESÚS GRACIA HERNÁNDEZ
CONT. DEL ORDEN FAMILIAR
GUARDA Y CUSTODIA.
Exp 580-94."*

Tratándose de menores serán representados por quien tenga su custodia, ejerza la patria potestad o la tutela según la ley (artículos 315, 425, 427 y 449 del Código Civil para el Distrito Federal), la realidad es que serán representados por quien realmente tenga bajo su cuidado a los menores porque se presupone que ese padre busca el mayor bienestar para su hijo.

Ejemplo #1 "OLIVIA GARCÍA SOTELO señalando como domicilio...y autorizando ... a los C.C.: Licenciados y pasantes de Derecho que integran la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia...

*GARCÍA SOTELO OLIVIA vs Jesús De la Cuesta Mora, Alimentos, Juzgado Vigésimo Segundo Fam. Primera Sección, Exp. núm 791/95. foja 1.

*CASAS ZARCO ANA LAURA vs Fredy Martín Jesús García Hernández, Guarda y Custodia, Juzgado Vigésimo segundo Fam. Segunda Sección, Exp. núm 580/94. foja 1.

Que en nombre propio y de mi menor hija [Alicia De la Cuesta Mora]."⁹⁸.

Si la controversia versa sobre la persona del menor, haciendo una equiparación, se le toma a éste como un objeto como nos lo muestra el siguiente ejemplo:

Ejemplo #2 "ANA LAURA CASAS ZARCO,....autorizando...al Personal de la Defensoría de Oficio del Fuero Común del Ramo Familiar, ante usted con el debido respeto comparezco y expongo:

Que por medio del presente escrito, y en la vía de Controversia Familiar vengo a demandar del Señor...las siguientes:

A) La guarda y custodia provisional y en su oportunidad definitiva de mi menor hijo Fredy Rodrigo García Casas en favor de la suscrita.

B) El pago y aseguramiento de una pensión alimenticia bastante y suficiente que alcance a cubrir las necesidades de mi menor hijo y de la suscrita."⁹⁹

Esta situación se presenta porque los padres al tener la facultad de representar los derechos de los menores de edad, los consideran también de su propiedad, sin detenerse un momento para entender que tales prerrogativas son legisladas para protección y salvaguarda de esa niñez y que, incluso puede ir en contra de la voluntad de los padres cuando se afecte a los hijos.

Es conveniente precisar la acción que se intenta porque, aún cuando el juzgador debe suplir las deficiencias de las partes - algo que excepcionalmente hace apoyado en el hecho de que el actor es asesorado por un abogado - puede haber contradicción.

⁹⁸GARCÍA SOTELO OLIVIA. Exp cit. foja 1.

⁹⁹CASAS ZARCOS ANA LAURA. Exp cit. foja 1.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

La ley señala que "...Tratándose de alimentos,... el juez fijará a petición del acreedor, sin audiencia del deudor y mediante la información que estime necesaria, una pensión alimenticia provisional"¹⁰⁰, debido a la preponderancia que tiene el acreedor en cuanto a la satisfacción de sus necesidades; en la práctica dentro del expediente Casas Zarco Ana Laura, la prestación principal es la guarda y custodia y se presenta en segundo termino la pensión alimenticia, esto es sólo en cuanto al orden en que se encuentran redactadas, no en cuanto a la preponderancia de una sobre otra y de manera arbitraria sucede que en el auto admisorio el juzgador no provee nada respecto del inciso B (pensión alimenticia).

Ejemplo #2 "México, Distrito Federal a trece de julio de mil novecientos noventa y cuatro.-

.....Con el escrito de cuenta y anexos... fórmese expedientese tiene por presentada a ANA LAURA CASAS ZARCO promoviendo por su propio derecho demandando en la VÍA DE CONTROVERSIA DEL ORDEN FAMILIAR del señor ... la guarda y custodia del menor FREDY RODRIGO GARCÍA CASA Con fundamento en lo dispuesto por los artículos 940 y 942 y demás relativos y aplicables del Código de Procedimientos Civiles, se admite la demanda, córrase traslado y emplácese a la parte demandada para que dentro del término de NUEVE DÍAS produzca su contestación, apercibido.... y para que tenga verificativo la audiencia de ley se señalan las DIEZ TREINTA HORAS DEL DÍA TREINTA DE AGOSTO PRÓXIMO. En preparación de la confesional cítense. En preparación de la testimonial dígase al oferente...Notifíquese. Lo proveyó y firma la C. Juez Vigésimo Segundo de lo Familiar en el Distrito Federal. Licenciada Gloria Rosa Santos Mendoza, por ante el C. Secretario de Acuerdos, mismo que autoriza y da fe."¹⁰¹

¹⁰⁰CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. art. 943.

¹⁰¹CASAS ZARCO ANA LAURA. Exp cit. fojas 8-9.

Respecto del mismo punto y dada la necesidad que de la obtención de alimentos se desprende, la actora por escrito de fecha diecinueve de octubre del mismo año solicita se decrete la pensión alimenticia:

Ejemplo #2. "Que por medio del presente escrito, vengo a solicitar a su Señoría tenga a bien decretar una pensión alimenticia a favor de mi menor hijo y a cargo del demandado..."¹⁰²

Sorprendiéndonos con su ignorancia o prepotencia, en su proveído la C: Juez señala:

"México, Distrito Federal a treinta y uno de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

— — — A sus autos el escrito de cuenta.- Se tienen por hechas las manifestaciones a que se refiere la ocursoante y dígaselo que lo solicitado se determinará en la audiencia de Guarda y Custodia señalada en autos.- Notifíquese.- Lo proveyó y firma la C. Juez.- DOY FE."¹⁰³

De lo anterior se desprende que el juzgador familiar evidentemente está actuando contra derecho al no decretar la pensión en favor del menor, no obstante que la actora señala el centro laboral del demandado, propiciando con ello una violación flagrante al derecho del menor dispuesto por el artículo 40 constitucional, que en su parte conducente señala " Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas."¹⁰⁴

Se presenta otra inquietud cuando la legislación procesal en comento establece que la audiencia de ley se llevará a cabo

¹⁰²ibidem.. foje 36.

¹⁰³ibidem.. foje 37.

¹⁰⁴CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Edic, 108a. Edit, Porrúa, S.A. México, 1995. art 4.

dentro de los 30 días siguientes al auto que ordene el traslado y si no es posible se fijará para llevarse a cabo dentro de los siguientes ocho días, según los artículos 947 y 948 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En el expediente en cuestión la demanda se ingresa el día 10 de julio de 1994, pero al atravesarse el período vacacional de verano la primera fecha que se fija para la celebración de la audiencia es el día treinta de agosto y por actuaciones principalmente del demandado (presenta un convenio, que no ratifica, posteriormente presenta un billete de depósito que ampara una pensión que se fijó en el convenio no ratificado, etc.) se muestra como sólo pretende retardar el procedimiento y el juez le sigue el juego, lo cual como es de suponerse impide celebrar la audiencia provocando que se señale nueva fecha, la cual se fija para el día ocho de noviembre del mismo año¹⁰⁵.

En este supuesto nuevamente no se respetaron las disposiciones legales ya que se excede el intervalo de ocho días entre una fecha y otra.

Una vez más se difiere la audiencia por no encontrarse asesorado el demandado, la nueva fecha que se señala es el día veintidós de noviembre del mismo año¹⁰⁶, lo cual también contraviene lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 943 del citado código adjetivo.

Y sorprende aún más que de nueva cuenta se difiere la audiencia porque el demandado no se presentó y no se le notificó a la juez que la Defensoría de Oficio no asignó abogado al demandado¹⁰⁷.

Probablemente el lector piense que la juez actuó respetando las garantías constitucionales del demandado, sin embargo no reparó en violar el derecho del menor a obtener

¹⁰⁵Ibidem... fojas 12-29.

¹⁰⁶Ibidem... fojas 38-9.

¹⁰⁷Ibidem... fojas 49-50.

alimentos ni las disposiciones legales que establecen que la ley será pronta, gratuita y expedita; además se le perjudica en mayor medida al menor al no decretarse una pensión alimenticia en su favor que lo que se pueda dañar al demandado que, evadiendo a la autoridad judicial, no actúa con respeto y madurez ante la misma.

El señalar una pensión alimenticia provisional" En rigor, se trata de una acción de carácter ejecutivo y de naturaleza cautela que se decreta sin oír a la parte [contraria], hasta la resolución del procedimiento, debido a la gravedad que representaría si los acreedores alimentarios se quedaran sin alimentos ..."¹⁰⁸

No entendemos el afán del juez familiar al no cumplir con los estatutos legales y consiguientemente al proteger al demandado, negando así la solución al reclamo del actor.

Apreciamos entonces que la dilatación del procedimiento se da a partir del auto que ordena el traslado esencialmente porque se dejan de respetar los términos establecidos.

Respecto al fondo, las partes muchas veces promueven sobre cuestiones que no forman parte del conflicto principal o son derivados del mismo, y los jueces en lugar de ordenar se regularice el procedimiento proveen sobre las mismas, provocando con ello que el conflicto se agrande en cuanto al conocimiento de la causa sobre la que debe resolver el juzgador, es decir, el juez familiar permite que se divague dentro del procedimiento sobre cuestiones poco trascendentes, consumiendo con ello más tiempo del necesario.

Consideramos que se debería abrir un incidente por cuerda separada, que no suspenda el juicio para que se ventilen esas cuestiones.

¹⁰⁸GÓMEZ LARA, Cipriano. DERECHO PROCESAL CIVIL, Ob. Cit. p. 196.

Un acto más de facto es el consistente en que el juez en el asunto Casas Zarco Ana Lauda, sin estudiar de fondo el convenio que presentan las partes y que esencialmente recae sobre la persona del menor lo admite aunque sabemos que es necesaria la intervención del Ministerio Público y la ratificación ante autoridad judicial del convenio por las partes; esta práctica es frecuentemente utilizada.

El juzgador familiar sólo resuelve sobre lo que las partes le presentan, pero hace caso omiso de lo que el menor, quien dudaría que fuera la verdad, tiene que decir, recae sobre su persona la resolución judicial y no es escuchado.

Así mismo, la ley no establece que por el simple hecho de presentar un convenio, que no es ratificado, se deba suspender el juicio, sin embargo se presenta tal situación, lo cual consideramos que es un error porque es como darle una segunda oportunidad a quien no ratifica el convenio para comparecer a juicio, es cierto que esta figura surge para evitar un largo procedimiento, pero también puede ser que las partes pretendan con esto retardarlo

Creemos que el presentar un convenio debe ser una forma de obligar a las partes a definirse por algo, tomando en cuenta que se ratifique o no el mismo los términos procesales transcurrirán y ellos sufrirán las consecuencias de sus fraudulentas actuaciones.

Otra práctica no regulada es la referida a que el porcentaje de la pensión alimenticia será fijado de acuerdo al criterio del juez familiar, quien la mayoría de las veces la fija sin conocer por lo menos a cuanto ascienden los ingresos del demandado, lo sobresaliente de este aspecto es que el juez debe conocer el ambiente socioeconómico en el que se desenvuelve el menor para tener elementos válidos al momento de fijar el monto de la pensión.

Aunado a lo anterior esta actuación es una facultad del juez que, sin duda, permite negociar sobre el porcentaje o la cantidad que conforman el deber alimentario.

Lo mismo podemos decir de la patria potestad y la guarda y custodia, toda vez que como es a criterio y facultad del juez familiar resolver sobre las mismas propicia que surjan actos fraudulentos y el constantemente utilizado y simulado cohecho.

Otra actuación más no establecida es que para fijar la pensión alimenticia definitiva sólo se toman en cuenta los ingresos comprobables del demandado y no los que obtenga por otros medios, protegiéndose en la laguna legal que existe al respecto, se hace mención de ello debido a que puede darse la situación de que una persona gaste más de lo que puede comprobar que percibe.

Sabemos que aparte de las lagunas legales también intervienen la calidad humana y la responsabilidad de los titulares de la patria potestad o de los obligados a proporcionar la pensión alimenticia para que surjan o no los fraudes a la ley; pero en una sociedad que reiteradamente substituye el deber ser por el ser es urgente la existencia de una coacción que compela al cumplimiento de sus deberes.

Ocupándonos de otro acto procesal fáctico en la regulación de la prueba testimonial no se contempla la sustitución de testigos, no obstante se lleva a cabo con el propósito generalmente de retardar el procedimiento toda vez que la audiencia se diferirá tantas veces se cambien los testigos.

Podemos observar dentro de las sentencias un acto legislado que se presenta como una omisión consiste en no señalar el aumento automático de la pensión alimenticia dispuesto por el artículo 311 del Código Civil, algunos jueces familiares si cumplen con tal precepto, pero otros no, a pesar de que el artículo citado establece "...Estas disposiciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente."¹⁰⁹.

¹⁰⁹ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Comentario Libro Primero DE LAS PERSONAS, Edic. 3a Edic I: I: J: UNAM, México, 1993, art. 311.

Como muestra presentamos los dos ejemplos que hemos estado manejando, ya que en ambos se señala la pensión alimenticia, en un caso en porcentaje¹¹⁰, y en el otro en cantidad determinada¹¹¹, pero no se hace mención al estatuto legal mencionado.

Así hemos presentado algunos actos que conforman parte del procedimiento familiar y protegiéndose en la vaga estructuración de dicho procedimiento se varía su contenido o la secuencia legislativa al momento de ser aplicados.

Estamos conscientes de que los preceptos legales en materia civil permiten la interpretación con el propósito de aplicar una norma general a un caso concreto, pero lo que frecuentemente se realiza en los juicios familiares no es interpretación de la legislación, sino creación de una secuencia procedimental que, si bien se presenta como lógica, también propicia tantas variantes como criterios existan.

Estas usanzas en materia familiar, más que benéficas, la mayoría de las veces son dañinas porque surgen a favor de la parte más poderosa económicamente o del abogado más hábil, es decir, de quien logre que la vara de la justicia se incline a su favor.

Dada la naturaleza tan especial y trascendente de los juicios familiares, nos preguntamos si sería conveniente aplicar la ley con el mismo apego y rigor que en el ámbito penal como lo dispone el artículo 14 constitucional, que a la letra dice "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata."¹¹²

¹¹⁰GARCÍA SOTELO, Olivia. Exp cit. foja 65.

¹¹¹CASAS ZARCO, Ana Laura. Exp cit. foja 82.

¹¹²CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Ob. Cit. art. 14.

Lo que pretendemos mostrar es que el juez familiar debe entender que las disposiciones legales tienen una motivación, una razón por la que están inscritas en el derecho positivo y la obligación de los jueces es aplicar esas disposiciones con el firme propósito de actuar realmente imparcial en el conflicto y velando siempre por los intereses de los menores, la labor judicial y especialmente la impartición de justicia no es sólo apegarse a la ley sin crear juicios de valoración, respecto de sus decisiones, pero esos axiomas deben ser unificados.

2.2- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, DISPOSICIONES INCOMPLETAS EN CONTROVERSIA FAMILIARES.

Con las reformas hechas a la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal, el 24 de febrero de 1971¹¹³, se introducen los Juzgados Familiares, cuya competencia se establece en el artículo 58 del ordenamiento citado, la presente ley es objeto de una nueva reforma el día 23 de diciembre de 1995 y las atribuciones del juez familiar se establecen en artículo 52 que a la letra dice:

"Los jueces de lo familiar conocerán:

I.- De los procedimientos de jurisdicción voluntaria, relacionados con el derecho familiar;

II.- De los juicios contenciosos relativos al matrimonio, a su ilícitud o nulidad; de divorcio; que se refieren al régimen de bienes en el matrimonio; que tengan por objeto, modificaciones o rectificaciones en las actas del Registro Civil; que afecten al parentesco, a los alimentos, a la paternidad y a la filiación; que tengan por objeto cuestiones derivadas de la patria potestad, estado de interdicción y tutela y las cuestiones de ausencia y de presunción de muerte, y que se refieran a cualquier cuestión

¹¹³DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 18-III-1971.

relacionada con el patrimonio de familia, con su constitución, disminución, extinción o afectación en cualquier forma;

III.- De los juicios sucesorios;

IV.- De los asuntos judiciales concernientes a otras actuaciones relativas al estado civil, a la capacidad de las personas y a las derivadas del parentesco;

V.- De las diligencias de consignación en todo lo relativo al derecho familiar;

VI.- De la diligenciación de los exhortos, suplicatorias, requisitorias y despachos, relacionados con el derecho familiar;

VII.- De las cuestiones relativas a los asuntos que afecten en sus derechos de persona a los menores e incapacitados, y

VIII.- En general, todas las cuestiones familiares que reclamen la intervención judicial."¹⁴

Como podemos observar el juez familiar tiene una amplia competencia, ya que conocerá de todo aquel asunto que afecte a la familia y requiera la intervención judicial.

Al reformarse el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal el 26 de febrero de 1973¹⁵, se adiciona el Título XVI 'De las controversias de orden familiar' que abarca del artículo 940 al 956 del mencionado ordenamiento legal.

No obstante que su denominación permite pensar en un procedimiento ex profeso para las controversias familiares, éste en un primer momento no es señalado ni estructurado con la requerida claridad y posteriormente de la redacción de uno de sus artículos, cuando señala de manera limitativa los conflictos que pueden ventilarse a través de ésta vía, crea la idea de que no es aplicable por lo menos la generalidad de las controversias

¹⁴DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 7-III-1996.

¹⁵DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 14-III-1973.

familiares, sin embargo al final del precepto abre la posibilidad de que mediante este procedimiento se encausen todas las controversias familiares que requieran la intervención judicial.

No introduce una regulación sistemática y completa del procedimiento familiar, permitiendo con ello que importantes asuntos familiares queden fuera de su contenido, "...Dicho Título se limitó a prever, con cierta vaguedad, algunos principios generales para todos los juicios y procedimientos concernientes a la familia y a regular un juicio especial a través del cual se tramitan sólo algunas controversias familiares."¹¹⁶

Esto nos permite determinar que existe una discordancia entre el artículo 52 de la Ley Orgánica citada y el Título XVI del Código de Procedimientos mencionado, ya que el primero establece ampliamente la competencia del juzgador familiar, en tanto que el segundo limita el procedimiento dispuesto en el citado Título a determinadas controversias familiares.

Es preciso señalar que, una vez asentado en el apartado inmediato anterior las carencias en cuanto a la aplicación práctica del procedimiento para las controversias familiares, en el presente inciso haremos mención de cuales son las deficiencias que observamos en cuanto a su regulación, toda vez que el estudio y propuesta en cuanto estos tópicos será realizado en el Capítulo IV de la presente investigación.

Respecto de las instituciones materia de nuestro estudio, el Título XVI no las precisa con claridad, excepto a los alimentos, pero podemos desprender de la frase "...educación de hijos...y en general todas las cuestiones similares que reclamen la intervención judicial."¹¹⁷, que encuadra de manera tácita a la patria potestad y la guarda y custodia, debido a que estas figuras si se contemplan dentro del procedimiento dispuesto en el mencionado Título es procedente su análisis somero.

¹¹⁶ OVALLE FAVELA, José., Ob. Cit. p. 304.

¹¹⁷ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ob. Cit. art. 942.

El artículo 940 inicia señalando que "Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público ..." ¹¹⁸; consideramos pertinente ahondar más en el significado del término 'orden público'.

Al respecto Manuel Chávez Asencio menciona que "El orden público es un concepto difícil de precisar. No hay en la legislación definición alguna y la doctrina no es constante sobre lo que debe entenderse en esta materia. El orden público no se confunde con la ley, ésta puede o no ser de orden público sin dejar de ser una norma jurídica ... el orden público califica a ciertas leyes y les da un rango superior.

El concepto de orden público puede contemplarse desde dos puntos de vista. Desde uno significa un conjunto de normas que contienen principios y axiomas de organización social que todos reconocen y admiten como necesarios o esenciales para la estabilidad y desarrollo de un país ...

El orden público se constituye con los ideales y principios fundamentales sobre los cuales reposa la integración social. Estos principios fundamentales son de diversa índole, y así podemos encontrar ideales o principios sociales, políticos, culturales, morales, económicos y religiosos cuya conservación y promoción en el Derecho se ha creído necesario mediante su incorporación en la norma. Así, el orden público se puede calificar según sean los ideales sociales que se incorporen en la norma. De esta manera se puede señalar que existe un orden público familiar, porque el Derecho de familia en sus normas incorpora ideales morales, religiosos y culturales como son las tradiciones propias del núcleo familiar, que hacen al matrimonio y a la familia necesarios para la integración y desarrollo del país.

Desde otro punto de vista el orden público funciona como un límite (o mejor como equilibrio), por medio del cual se restringe la facultad de las personas en relación a ciertos actos.

¹¹⁸Ibidem. art. 940.

Es decir, desde este punto de vista se considera un conjunto de normas e instituciones que no pueden ser alteradas, ni por la voluntad de los individuos porque la autonomía de la voluntad está limitada, ni tampoco por la aplicación del Derecho extranjero. Son normas irrenunciables."¹¹⁹

De lo anterior concluimos que el orden público se compone por aquellos principios de diversa índole (religiosos, políticos, sociales, culturales, jurídicos, etc.) que se presentan como lógicos y necesarios en la estructuración, estabilidad y desarrollo de un país, es algo que la sociedad considera inherente a la creación del Estado y surge para el óptimo funcionamiento de éste, por tanto aceptan que se les imponga un límite al ejercicio de sus facultades y en sí a la autonomía de su voluntad cuando interactúan con estos principios; es gracias a la trascendencia que tienen las relaciones familiares en la sociedad que se les eleva a tan alto rango.

Por tanto nos mostramos acordes con tan elevada categoría otorgada a los problemas familiares.

El artículo 941 dispone que el juez familiar puede actuar de oficio en los asuntos que afecten a la familia, es decir sin instancia de parte; consideramos que "...Esta intervención ... puede ser criticada, pues implicaría en algunos casos una intervención exagerada del Estado en la vida de los particulares, además de que podría cuestionarse la posibilidad de que un juez de lo familiar iniciará un proceso, sin que hubiera previamente una petición de parte; ello llegaría a desnaturalizar la propia función jurisdiccional, que por esencia y principio no puede desenvolverse si no es a petición de parte."¹²⁰

Aún cuando la familia sea el núcleo de la sociedad y sus conflictos amen de ser elevados a la calidad de orden público, afecten en exceso a la misma comunidad; nuestro orden jurídico, como protector de la legalidad en el ejercicio de los derechos,

¹¹⁹CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., CONVENIOS CONYUGALES Y FAMILIARES, Ob. Cit. pp. 34-5.

¹²⁰GÓMEZ LARA, Cipriano., DERECHO PROCESAL CIVIL Ob. Cit. p. 194.

precisa de la iniciativa por parte del justiciable para activar la función judicial.

En el tercer párrafo del artículo 941 se habla de que el juez exhortará a los promoventes a lograr un avenimiento, con el propósito de evitar un procedimiento largo y agotador para las partes, "...el juez DEBERÁ exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento."¹²¹; al respecto consideramos que se mal interpreta en el foro esta disposición legal, porque se piensa que es una facultad discrecional, cuando expresamente la ley señala 'deberá' y en ese entendido no se cumple con tal disposición, por ello y con el ánimo de que verdaderamente se lleve a cabo, debería establecerse la exhortación a través de una especie de audiencia previa y de conciliación.

El artículo 942 nos señala que para determinados asuntos familiares no se requieren formalidades especiales, así también incluye en esta ausencia de formalidades a las cuestiones similares a las primeras.

Primeramente nos preguntamos ¿qué entiende el legislador por 'formalidades especiales?'; segundo ¿por qué limita esta relajación de formas o ritos procedimentales para determinados asuntos familiares?

Es cierto que dada la naturaleza de los conflictos familiares, los mismos requieren una solución pronta sin obstáculos impuestos por los ritos procesal obsoletos, pero también es cierto que las formas otorgan seguridad a los contendientes y legalidad a las actuaciones, así que no es lógica su eliminación total, pero sí en cuanto al extremo formalismo.

¹²¹CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. Ob. Cit. art 941.

Además consideramos que el trato que el juzgador otorga a la familia debe ser el mismo se trate de la controversia que se trate, pues su naturaleza siempre va a ser familiar.

En el artículo 943 señala que el justiciable puede acudir ante el juez personalmente en los casos urgentes, lo cual nos da la idea de un peligro latente en el seno familiar, por lo tanto opinamos que el juez, haciendo uso de su facultad de actuar de oficio especialmente tratándose de menores, deberá decretar las medidas preventivas pertinentes, incluso antes de proveer en todo la demanda.

El artículo 945 señala "...El juez para resolver el problema que se plantee, podrá cerciorarse personalmente o con auxilio de trabajadores sociales, de la veracidad de los hechos..."¹²² y en caso de ser auxiliado, los trabajadores sociales presentarán su informe en la audiencia.

Lo anterior nos produce cierta inquietud; como se desprende de la redacción el cerciorarse personalmente o solicitar el auxilio de los trabajadores sociales es facultad del juez, toda vez que el estatuto legal dispone 'podrá', entonces si las partes consideran que es necesario ese auxilio ¿pueden solicitar que se realice esa investigación?

Podría ser que a través de la prueba de inspección judicial surgiera esta práctica, pero la misma señala en su regulación (artículo 355) que se trata de objetos o lugares y, en un conflicto familiar la esencia es emotiva, incluso económica respecto de los integrantes de la familia pero no respecto de la conservación o estado físico de un inmueble u objeto.

Consideramos que para que esta actuación se presente en el foro se establezca como una obligación por parte del juzgador y no como una facultad, esto es debido a que el juez familiar no ha caído en la cuenta que esas facultades no se disponen para que

¹²² Ibidem. art 945.

las ejercite a su antojo, sino que son una herramienta que se encuentra su disposición y que él, en el caso concreto, decidirá su utilización oportuna.

Ahora bien, respecto del valor de este informe el artículo en cuestión nos remite al artículo 402 del mismo ordenamiento, el cual establece que "Los medios de prueba aportados y admitidos serán valorados en su conjunto por el juzgador atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia..."¹²³

Es conocido que muchos conflictos familiares, debido a que involucran sentimientos, están fuera de la lógica, y respecto de la experiencia ¿debemos presuponer que el juez tiene cierto conocimiento del ambiente familiar?

Es importante que el juez cuente con la opinión de un tercero, en este caso de los trabajadores sociales, para conocer la verdad material del conflicto, pero también es importante que a éste informe se le dé la importancia probatoria que merece, no es sólo un peritaje o una opinión de una persona extraña, es el estudio de un profesional ante una problemática; podemos mencionar, utilizando las palabras de Cipriano Gómez Lara, que tal informe debe considerarse "... como un testimonio de calidad."¹²⁴

Consideramos imperante la necesidad de que los menores que se encuentran inmersos en una controversia familiar sean atendidos por trabajadores sociales, así como por los profesionistas requeridos, como médico generarles, psicólogos, pedagogos, etc.

El artículo 947 nos menciona que la audiencia se señalará para efectuarse dentro de los treinta días siguientes contados a partir de la notificación del auto que ordene el traslado, dando como un hecho que el escrito inicial se proveerá dentro del término de tres días a partir de su presentación.

¹²³CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. Ob. Cit. art. 402

¹²⁴GÓMEZ LARA, Cipriano., DERECHO PROCESAL CIVIL. Ob. Cit. p. 196.

Si llevamos a la práctica esos cómputos tenemos que la audiencia se efectuará a los treinta y cuatro días hábiles de haber presentado la demanda y condicionando a que no existan fallas procesales o dilatación y por ende extensión el los términos dispuestos por la legislación procesal..

Así tenemos:

DÍA	ACTO PROCESAL
1	Demanda
4	Auto admisorio
5-21	Emplazamiento
22-30	Contestación
33	Se provee sobre la contestación
35	Se celebra la audiencia

En el supuesto de que exista una prevención en el escrito inicial, aun cuando los treinta días no se amplían, si se amplía el tiempo del procedimiento; ahora sí el demandado reconviene, lo más lógico es pensar que ello impedirá que la audiencia se celebre en el término establecido.

Así tenemos:

DÍA	ACTO PROCESAL
1	Demanda
4	Provee previniendo
7	Desahoga prevención
10	Auto admisorio
11-27	Emplazamiento
28-36	Contestación y reconversión
39	Provee contestación y ordena notificar reconversión
40-45	Contestación a la reconversión
48	Provee contestación ala reconversión
50	Se celebra la audiencia.

Se hace preciso que estos términos se reduzcan, toda vez que los procedimientos a ventilar tiene un carácter de urgentes, pero conscientes de que se podría interpretar como una violación a la legalidad en el ejercicio de los derechos de los particulares, proponemos que esa reducción se realice en los trámites administrativos, principalmente en el término para el emplazamiento.

El artículo 956 establece que para toda situación no prevista y siempre que no se oponga al capítulo en análisis, se aplicarán las reglas generales del código adjetivo.

Consideramos que la anterior disposición en concordancia con el artículo 55 del mismo código nos da la pauta para señalar que el juez, dada la trascendencia de la familia en la sociedad, puede y debe hacer uso de aquellos preceptos generales que surgen con el propósito de impartir justicia veraz y cumplir con los fines propios de la actividad judicial.

Como ejemplo de la anterior aseveración se presentan las diligencias para mejor proveer (artículos 278 y 279), "el juez [utilizando este precepto] puede invocar hechos notorios, aunque no hayan sido siquiera alegados por las partes ..., el juzgador no debe quedar vinculado por la fijación de hechos que hayan convenido las partes, cuando pueda redundar en perjuicio de terceros ... o exista fundada sospecha de colusión o de fraude a la ley ; ... los artículos 278 y 279 son, en definitiva, consecuencia del 18 del código civil, porque ... la premisa mayor ('El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia'), en rigor se extiende a la menor, ... tampoco el juzgador puede hoy día excusarse de fallar so pretexto de insuficiencia de prueba."¹²⁵

No obstante, esta facultad no es ilimitada, porque "la potestad del artículo 279 se traduce en la apertura de un período probatorio posterior al normal, ... y ha de entenderse que tiene carácter, a la vez, excepcional y restrictivo. Excepcional, ya que únicamente cuando la prueba practicada en el momento oportuno sea insuficiente para asentar en ella la sentencia o cuando la diligencia retardada sea de influencia decisiva en la suerte del pleito, estará justificado su empleo, y ... siempre que no sirva para suplir la negligencia de las partes a su debido tiempo. Restrictivo, porque sí al uso del artículo 279 no se le fija un

¹²⁵ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto., CLÍNICA PROCESAL, Edic, 2a. Edit, Porrúa, S. A. México, 1982. p. 345.

límite, sería el instrumento para que un juez con deseos, ... de aplazar el fallo, o un litigante interesado en retardar el advenimiento de éste, lograsen sus propósitos dilatorios,..."¹²⁶

Se ha puesto de manifiesto las diferencias existentes entre los procedimientos civil y familiar; el procedimiento civil surge para los conflictos de aspectos principalmente económicos que surjan entre los sujetos vistos con un carácter individual, donde invariablemente una o ambas partes verán afectado su patrimonio.

En tanto que en el procedimiento familiar se observa la problemática de ese núcleo social y cuya materia de trabajo es de rango esencialmente emotivo que, al trascender a la sociedad permite su incursión legal.

Pudimos comprobar que el procedimiento familiar, como se encuentra dispuesto, no es acorde a la práctica forense que del mismo se realiza, esto se debe en parte a la reiterada costumbre de aplicar el juicio ordinario a las controversias familiares aún cuando no sea el idóneo, aunado al hecho de que quienes imparten la justicia familiar se muestran incapaces o faltos de interés por sensibilizarse ante la problemática que tienen en sus manos para conocer la verdad material, así como la inútil meditación en cuanto a las consecuencias de sus decisiones; no sienten la necesidad de aplicar la ley de la forma más correcta posible y buscando sus motivos creadores.

Esta situación se agrava más si pensamos en el amplio arbitrio con que cuenta el juez familiar, el cual podría caer en una arbitrariedad, "... deben limitarse muchas de las atribuciones otorgadas a los jueces de lo familiar porque los juzgadores desconocen las causas y la magnitud de los problemas que se les plantean, además de que no se cumple con el principio de intermediación procesal y se carece de la experiencia y la sensibilidad necesarias para comprender y resolver los asuntos de

¹²⁶Ibidem.I. pp. 331-2.

forma que realmente se pueda preservar a la familia y proteger a sus miembros, especialmente a los menores que por lo general son ajenos a los problemas de los padres., ... el problema fundamental radica en dos extremos: primero, en la falta de capacidad, preparación y sensibilidad de la mayoría de los jueces, que en materia de controversias de orden familiar podrían llegar a usar en forma inadecuada o desmedida los amplios poderes de que están investidos; y segundo, aunque dichos poderes estén otorgados por la ley, en la mayoría de los casos constituyen letra muerta, porque los juzgadores no están educados ni acostumbrados a un uso pleno de dichas facultades y, sobretodo, desgraciadamente la actuación de la judicatura es timorata* y vacilante, todo ello por la carencia de una genuina carrera judicial."¹²⁷

*"timorato, ta ...que no se atreve a actuar por ser demasiado escrupuloso."¹²⁸

Es preciso arrancar del procedimiento civil la verdadera esencia y valoración de los intereses familiares, debemos mostrar que hace falta un ordenamiento que no sólo señale, de manera práctica, lógica y accesible, un procedimiento para dirimir las controversias familiares, sino que también sancione el incumplimiento de sus disposiciones, sea quien sea el infractor.

"La estabilidad de la familia se logra con leyes reguladoras de su realidad social y con tribunales familiares, con expertos en humanidades, psicólogos, trabajadores sociales, psiquiatras, médicos generales y otros profesionistas agrupados en torno al 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'. La familia para dirimir sus controversias, no necesariamente debe hacerlo mediante procedimientos judiciales,

¹²⁷GÓMEZ LARA, Cipriano. DERECHO PROCESAL CIVIL. Ob. Cit. pp. 198-9

¹²⁸LAROUSSE, Diccionario manual ilustrado., Ob. Cit. p. 869.

pero sí auxiliada por especialistas en la materia, logrando así la armonía familiar."¹²⁹.

Respecto de "...El criterio procesal [este se encuentra] íntimamente ligado con el jurisdiccional. La tramitación de un negocio jurídico en Tribunales Familiares, debe seguir un procedimiento especial, propio de la institución cuestionada. Ser diferente al civil, porque el interés familiar es superior. Ágiles para solucionar problemas a la brevedad posible, sin esperar el tiempo que el individual."¹³⁰.

No dudamos que las disposiciones establecidas en el Título XVI del Código de Procedimientos Civiles surjan con las más nobles intenciones, no obstante y aún si éstas se aplicarán conforme a la letra de la ley, evitando un gran número de fallas, no se encuentran sistematizadas y son en cierto grado difusas.

Sabemos entonces que la deficiencia en la impartición de justicia familiar, aparte del aspecto subjetivo (juez familiar), radica en el hecho de que el procedimiento no responde en cuanto a su estructura a las necesidades imperantes en el foro, por tanto hay que cerrar filas para obligar al legislador a su pronta adecuación y al juzgador para su correcta aplicación.

¹²⁹ MEMORIA DEL PRIMER CONGRESO MUNDIAL SOBRE EL DERECHO FAMILIAR Y EL DERECHO CIVIL, Ob. Cit. p. 426.

¹³⁰ *Ibidem*. p. 432.

CAPITULO TERCERO

ANÁLISIS COMPARATIVO DEL DERECHO POSITIVO A LA PRÁCTICA.

1.- NECESIDAD DE PROTEGER A LA FAMILIA.

A lo largo de la presente investigación hemos visto que la familia es el núcleo, la base de la sociedad, en ella nos interrelacionamos por primera vez y aprendemos ciertos cánones que rigen la conducta que desplegamos en el ámbito social.

Por ello es innegable su importancia y trascendencia en la creación del derecho como regulador de la vida en comunidad, de tal suerte que dicha ordenación no sólo contemple su protección sino que se extienda a su constitución e incluso a su disgregación.

"...la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado'.¹³¹

La idea central del presente trabajo es la protección de la familia y en especial de los menores.

De estos últimos podemos decir que si bien por sí mismos no conforman una familia, si son una parte importante de la misma; sin embargo es preciso que como presupuesto exista una filiación legalmente establecida entre progenitores e hijos, ya que sin este reconocimiento obligado o voluntario por parte de los padres no existe nexo jurídico, lo cual hace imposible determinar

¹³¹BELLUSCO, Augusto César., *DERECHO DE FAMILIA*, T. I, Edic, 1a reimpresión. Edic, Editores Depalma. Buenos Aires, 1975. p. 6.

derechos en favor del menor y obligaciones a cargo de los progenitores.

"Es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres y que se vean privados de los más sagrados derechos únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen...porque los hijos tienen derecho...de pedir que los autores de su existencia les proporcionen los medios de vivir."¹³²

En la actualidad el Estado tiene gran injerencia en la familia, la cual se origina en la necesidad de protegerla, así se han creado instituciones públicas, se ha reformado en diversos aspectos la legislación positiva, se han realizado programas de apoyo; todos ellos tendientes a lograr dicho objetivo.

Durante el sexenio del Presidente Adolfo López Mateos se creó el 'Instituto Nacional de Protección a la Infancia' (INPI), el cual logró que se dieran desayunos escolares en escuelas primarias y centros de asistencia infantil a lo largo del territorio nacional.

Sin embargo "Cuando al principio del sexenio se suspendió la ayuda del exterior, que significaba el 60% del presupuesto del INPI, hubo necesidad de implantar un estricto régimen de economías. Gracias a su aplicación, y a pesar de que no se le aumento el subsidio y se suprimieron toda clase de festivales y colectas para recabar fondos, el Instituto no sólo pudo continuar normalmente su labor, sino conseguir importantes ahorros que le permitieron proyectar nuevos organismos para proteger al niño. Así nació la Institución Mexicana de Asistencia a la Niñez..."¹³³

¹³² CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Exposición de motivos, Edic, 64a. Edit, Parrúa, S.A. México, 1995. p. 16.

¹³³BARROLA, Antonio De., Ob. Cit. pp. 439-40.

Por decreto de 19 de agosto de 1968, se crea un organismo público descentralizado, el cual en su exposición de motivos establece que:

Debido al "...creciente número de menores de edad abandonados por parte de sus progenitores, ya sea motivado por una conducta antisocial, enfermedad o prisión preventiva de los mismos, u orfandad de los menores, obliga al Estado a poner especial atención en el cuidado de éstos ...haciendo necesaria la creación de establecimientos que se aboquen al cuidado integral de dichos menores ...

Que dada la necesidad de dedicar atención y esfuerzo especiales al problema del infante menor de cuatro años en estado de abandono...es conveniente el establecimiento de casas de cuna.

Que dada la necesidad de atender también al menor enfermo, de especialización en pediatría e investigación de las enfermedades propias de la niñez...se considera indispensable establecer hospitales para menores.

Que para coordinar las actividades que exige la atención del menor abandonado o enfermo, es pertinente la creación de un organismo público descentralizado que dirija y canalice adecuadamente los servicios necesarios..."¹³⁴

El mencionado organismo tenía por objeto: "a).- La operación de casas de cuna que...[tomarán]...a su cargo la custodia temporal de niños hasta de cuatro años de edad abandonados...

b).- El establecimiento, operación, vigilancia, patrocinio o ayudas de casas hogares, internados, asilos, hogares substitutos y, en general, de Instituciones dedicadas a la atención del menor abandonado.

¹³⁴MGUITRON FUENTEVEILLA, Julián., DERECHO FAMILIAR, Edic. 2o. Edit, UNACH. Tuxtla Gutierrez, Chis, 1988. p. 134.

c).- El establecimiento y operación de hospitales dedicados a la niñez...

f).- La coordinación con instituciones públicas o privadas para disminuir los problemas de abandono, explotación e invalidez de menores"¹³⁵

Ambos institutos convivieron coordinando esfuerzos por un lapso aproximado de ocho años, el INPI cambia de denominación el 2 de enero de 1976 y se convierte en el 'Instituto Mexicano para la Infancia y la Familia'.

En 1977, por decreto de 10 de enero "...se crea un organismo público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se denominará Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia"¹³⁶ (DIF).

En su exposición de motivos se señala que es creado porque la Institución Mexicana de Asistencia a la Niñez y el Instituto Mexicano para la Infancia y la Familia al tener un objetivo común (bienestar social y satisfacción de las necesidades más apremiantes de la población), es conveniente que sus funciones se realicen a través de una sola instancia con el propósito de no duplicar ni haya ingerencia entre uno y otro.

Sus objetivos, según el artículo 2o del mencionado decreto, son:

"I.- Promover en el país el bienestar social.

II.- Promover el desarrollo de la comunidad y el bienestar familiar;

III.- Apoyar y fomentar la nutrición y las acciones de medicina preventiva dirigidas a los lactantes y en general a la infancia, así como a las madres gestantes;

¹³⁵Ibidem. p. 135.

¹³⁶DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. 13-I-1977. p. 26.

IV.- Fomentar la educación para la integración social a través de la enseñanza preescolar y extraescolar;

V.- Fomentar el sano crecimiento físico y mental de la niñez y la formación de su conciencia crítica;

VI.- Investigar la problemática del niño, la madre y la familia, a fin de proponer las soluciones adecuadas;

VII.- Establecer y operar de manera complementaria hospitales, unidades de investigación y docencia, y centros relacionados con el bienestar social;

VIII.- Fomentar, y en su caso, proporcionar servicios asistenciales a los menores en estado de abandono;

IX.- Prestar organizada y permanentemente servicios de asistencia jurídica a los menores y a las familias, para la atención de los asuntos compatibles con los objetivos del Sistema;...

XI.- La coordinación con otras instituciones afines, cuyo objeto sea la obtención del bienestar social."¹³⁷

Por acuerdo del 21 de diciembre de 1982 el DIF se integra al Sector Salud y se varía su objeto para quedar como sigue:

"Artículo 2o.- El Sistema [DIF] tendrá por objeto:

I.- Promover el bienestar social y prestar al efecto servicios de asistencia social, conforme a las normas de la Secretaría de Salubridad y Asistencia;

II.- Apoyar el desarrollo de la familia y de la comunidad;

III.- Fomentar la educación, para la integración social;

IV.- Impulsar el sano crecimiento físico y mental de la niñez;...

¹³⁷Ibidem. pp. 26-7.

VII.- Operar establecimientos de asistencia social en beneficio de menores en estado de abandono, de ancianos desamparados, y de minusválidos sin recursos;

VIII.- Realizar estudios e investigaciones sobre los problemas de la familia, de los menores, de los ancianos y de los minusválidos;

IX.- Prestar servicios de asistencia jurídica y de orientación social a los menores, ancianos y minusválidos sin recursos;

X.- Intervenir en el ejercicio de la tutela de los menores, que corresponda al Estado, en los términos de la ley respectiva;

XI.- Auxiliar al Ministerio Público en la protección de incapaces y en los procedimientos civiles y familiares que les afecten, de acuerdo con la ley, y,

XII.- Los demás que les encomienden las leyes."¹³⁸

Otra institución que surge para protección de la familia y que se encuentra expresamente vinculada con el aspecto procesal es la creación, en marzo de 1971, de los Juzgados Familiares del Distrito Federal.

Respecto de la legislación, se instituye como garantía constitucional el que "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamento de sus hijos"¹³⁹, lo cual permite y obliga al Estado a instituir programas educativos de planeación familiar y de métodos anticonceptivos.

"En el artículo 4o de nuestra Constitución se previene que 'es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo

¹³⁸DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 21-XII-82, p. 21.

¹³⁹CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Ob. Cit. art. 4.

de las instituciones públicas.' Ésta es una garantía de la que gozan todos los menores; consecuentemente, es responsabilidad de toda autoridad...promover a través de las instituciones públicas la satisfacción de las necesidades de los menores."¹⁴⁰

Así, aún antes de que el Estado cumpla con tal deber, éste es intrínseco de los padres por el solo hecho de la procreación.

La regulación de este aspecto no se limita a nuestra Carta Magna, en el Código Civil para el Distrito Federal existen disposiciones que muestran indubitadamente ésta intención protectora del Estado en favor de los menores.

Básicamente la ley la desarrolla a través de instituciones jurídicas, tales como la filiación, los alimentos, la patria potestad y la tutela, entre otras; "Solamente si se agrupan en torno a la familia cuantas instituciones le conciernen; y si, de esa manera se hace de la misma un estudio de conjunto, es como será posible elevarse a una visión general de su régimen jurídico."¹⁴¹

Señala el citado Código que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere desde el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde que es concebido el sujeto entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido; lo cual se traduce en que el ordenamiento legal establece ciertas medidas con el propósito de conservar los derechos que el individuo adquirirá al nacer (artículo 22).

En un primer momento se presenta la filiación, entendida como el nexo jurídico entre padres e hijos que habilita la determinación de derechos y obligaciones recíprocos, esta relación recibe el nombre de paternidad y maternidad.

"De las instituciones que constituyen el derecho de familia, la filiación tiene una relevante importancia. La

¹⁴⁰CHAVÉZ ASENCIO, Manuel F., LA FAMILIA EN EL DERECHO, Relaciones jurídico paterno-filiales. Edic, 1a. Edit, Porrúa, S. A. México, 1987, p. 5.

¹⁴¹GUITRÓN FUENTEVEILLA, Julián., REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO, T, XXIX, Núm, 112, UNAM, Enero-Abril 1979, p. 162.

responsabilidad que se genera con la procreación es única, sobre todo en los primeros años que exigen una permanente atención al hijo hasta que alcanza su desarrollo que le permita integrarse a la sociedad."¹⁴²

Se presentan dos vertientes respecto de la filiación, de sus relaciones ordenadas surge la figura de los hijos de matrimonio, es decir, existe una certeza de paternidad respecto de los hijos que tenga una mujer casada, los cuales se atribuyen en un principio al marido de ésta.

"El ideal jurídico y ético es y ha sido ordinariamente la organización de la familia sobre la base del matrimonio...Pero ello no implica que la unión de hecho y la procreación fuera del matrimonio no den lugar a la existencia de vínculos que determinan también la existencia de una familia...cuya regulación jurídica también es necesaria..."¹⁴³

Paralelamente existen relaciones no ordenadas, en cuya presencia los hijos adquieren el calificativo de extramatrimoniales, porque impiden atribuir la paternidad, en un primer momento, a un varón determinado.

La filiación de los hijos de matrimonio se acredita con la partida de nacimiento y el acta de matrimonio de los padres, estableciendo como obligación de éstos o de los abuelos paternos o maternos declarar el nacimiento ante el oficial del Registro Civil, según el artículo 55 del citado ordenamiento.

Se dispone también de otros medios cuando no se cuente con los mencionados documentos como son la posesión de estado de hijo o el reconocimiento posterior a la celebración del matrimonio que los cónyuges hagan de los hijos nacidos antes de él mismo y aún cuando "...el reconocimiento sea posterior, los

¹⁴²CHAVÉZ ASENCIO, Manuel F., DERECHO DE FAMILIA Relaciones jurídico paterno-filiales. Ob. Cit. p.

¹⁴³BELLUSCO, Augusto Cesar., Ob. Cit. p. 8.

hijos adquieren todos sus derechos desde el día en que se celebró el matrimonio de los padres."¹⁴⁴

En cuanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio, que la filiación materna resulta del solo hecho del nacimiento, en tanto que la paternidad, al no ser un hecho que se pueda acreditar objetivamente, requiere el reconocimiento voluntario del padre o la declaración de una resolución judicial, que una vez realizado no es revocable, salvo que se haya hecho en perjuicio del menor.

Así, "...las únicas pruebas posibles en el caso del hijo fuera de matrimonio, en relación al padre, son el reconocimiento voluntario o la sentencia que declare la paternidad."¹⁴⁵

De tal reconocimiento se derivan derechos en favor del menor, que son:

- "Llevar el apellido paterno de sus progenitores o ambos apellidos del que lo reconozca...

- Ser alimentado por las personas que lo reconozcan...

- Percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley."¹⁴⁶

Entre los deberes de los padres surgen, aparte del alimentario ya señalado, la patria potestad y su ejercicio, es decir, la guarda y custodia sobre el menor de edad y la administración de sus bienes.

De esta manera el Estado determina un marco legal de protección para los menores con la voluntad y participación de los padres e incluso en contra de ellos; ésta segunda hipótesis se contempla mediante la figura de la tutela, la cual surge para "...la guarda de las personas y bienes de los que no estando sujetos a

¹⁴⁴CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ob. Cit. art. 357.

¹⁴⁵CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., DERECHO DE FAMILIA, Relaciones Jurídico paterno filiales. Ob. Cit. p. 7.

¹⁴⁶CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ob. Cit. art. 389.

patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda..."¹⁴⁷

La tutela es un cargo de interés público, por tanto no se puede eximir del mismo salvo que exista motivo justificado, en caso contrario el tutor es responsable de los daños que su negativa cause al incapaz.

"Al organizar sobre nuevas bases la tutela...se llegó hasta imponer al Estado la obligación de sustentar y educar a los menores que por no tener bienes, ni familiares que cuiden de ellos, necesitan -forzosamente que la sociedad vaya en su auxilio."¹⁴⁸

Se presenta la tutela una vez que se ha declarado el estado de interdicción y que la misma tiene diferentes manifestaciones según las características que rodean al incapacitado sobre el que se constituya, así podemos hablar de:

- Tutela testamentaria.
- Tutela legítima de los menores.
- Tutela legítima de los incapacitados legales.
- Tutela legítima de los menores abandonados, acogidos por alguna persona o depositados en la Beneficencia.
- Tutela dativa.

Aunada a toda ésta labor se encuentra la estrecha vigilancia del Ministerio Público, el cual en su carácter de representante de la sociedad "...tendrá las siguientes atribuciones, que ejercerá por conducto de su titular o de sus agentes y auxiliares:

¹⁴⁷ibidem. art. 449.

¹⁴⁸ibidem. Exposición de motivos. p. 17.

II. Velar por la legalidad y por el respeto de los derechos humanos en la esfera de su competencia, así como promover la pronta, completa y debida impartición de justicia;

III. Proteger los derechos e intereses de los menores, incapaces, ausentes, ancianos y otros de carácter individual o social, en general...¹⁴⁹

El Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en su artículo 26 señala: "La Dirección General del Ministerio Público en lo Familiar...ejercerá...las siguientes atribuciones:

I. Intervenir en su carácter de representante social ante los juzgados y salas del ramo familiar para la protección de los intereses individuales y sociales, en general,...

II. Intervenir en los juicios relativos a la familia...y todos aquellos del orden familiar en que por disposición legal sea parte o deba darse vista al Ministerio Público...;¹⁵⁰

2.- CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR.

Dentro de los estatutos legales que, como quedó asentado, tienen por objeto la protección del menor y la familia existen disposiciones deficientes o contrarias.

A manera de antecedente mencionamos la reforma que se hizo al Código Civil en diciembre de 1983, concretamente al artículo 267 con la adición de la fracción XVIII, referida a la posibilidad de divorcio por separación de los cónyuges por dos años o más.

¹⁴⁹DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. 30-IV. 1996. LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL. art. 2.

¹⁵⁰Ibidem. 17- VII. 1996. REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL. art. 26.

Para hacer posible esta causal el legislador tuvo que cambiar el texto del artículo 283, que a la letra decía:

"La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, conforme a las reglas siguientes:

Primera: Cuando la causa del divorcio estuviera contenida en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si los dos fueren culpables, quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiere se nombrará tutor.

Segunda: Cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente; pero a la muerte de éste, el cónyuge culpable recuperará la patria potestad. Si los dos cónyuges fueren culpables, se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro al acaecer ésta. Entre tanto, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no hay quién la ejerza, se le nombrará tutor.

Tercera: En el caso de las fracciones VI y VII del artículo 267, los hijos quedarán en poder de cónyuge sano; pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos."¹⁵¹

Existen dos aspectos encontrados en esta reforma: el negativo es que ataca una institución base de las relaciones familiares al permitir que por el simple transcurso del tiempo sin que los cónyuges vivan juntos se pueda disolver el vínculo matrimonial.

¹⁵¹GÚTRON FUENTEVILLA, Julián., ¿QUÉ ES EL DERECHO FAMILIAR?, Vol. II, Edic. 1a. Edit. Promociones Jurídicas y Culturales, S.C. México, 1992. p. 115.

El aspecto positivo es que se elimina la pérdida automática de la patria potestad en los casos de divorcio en perjuicio del cónyuge declarado culpable, como se hacía en antaño.

En el nuevo texto se otorgan amplísimas facultades al juez familiar para decidir respecto de los menores en caso de divorcio.

"ART.283.-La sentencia de divorcio fijará lá situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor."¹⁵²

A pesar del avance que mencionamos, con esta nueva disposición el legislador quiso castigar a los adultos afectando a los menores, ya que la familia queda en manos del juzgador y no de la ley, además de que es práctica común utilizar la pérdida de la patria potestad como elemento de negociación sin considerar que "...un hijo sin padre, pierde más, que un padre sin hijo."¹⁵³

El juez familiar no es infalible y no siempre cuenta con una alta calidad humana, una vasta experiencia familiar o un ánimo por sensibilizarse ante la conflictiva que tiene en sus manos.

El hecho de que se rompa el esquema de la pareja por voluntad mutua o por culpa de uno de ellos, no implica necesariamente que deba romperse el esquema familiar de los

¹⁵²CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ob. Cit. art. 283.

¹⁵³GUITRON FUENTEVEILLA, Julián, ¿QUÉ ES EL DERECHO FAMILIAR?, Ob. Cit. p. 107.

menores, porque si bien el divorcio termina con el matrimonio, no así con la familia.

La relevancia de anotar lo anterior es porque la gran mayoría de las fallas o inexactitudes en la aplicación de justicia dentro del litigio familiar surge a partir de esas reformas que, en esencia otorgan al juez un amplio margen para decidir sobre el futuro de unos menores que desgraciadamente se encuentran inmersos en un litigio.

2.1.- ALIMENTOS.

La presente institución surge por el parentesco entre el acreedor y el deudor alimentarios, su presupuesto es que el primero los necesite y el segundo pueda proporcionarlos.

Dentro de la legislación relativa se encuentra el artículo 165 civil, ubicado fuera del articulado de los alimentos, y establece "Los cónyuges y los hijos, en materia de alimentos, tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia y podrán demandar el aseguramiento de los bienes para hacer efectivos estos derechos."¹⁵⁴

En el Título Primero, Tercera Parte del Libro Cuarto del Código Civil vigente para el Distrito Federal 'De la concurrencia y prelación de créditos', artículo 2964 se dispone "El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables."¹⁵⁵

Concordando las dos disposiciones legales citadas, aún cuando el deudor civil deba cumplir sus obligaciones con todos sus bienes, subsiste el derecho preferente sobre los alimentos porque las pensiones alimenticias presentes o futuras al ser

¹⁵⁴CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Ob. Cit. art. 165.

¹⁵⁵Ibidem. art. 2964.

garantizadas con un bien le otorgan a este la calidad de no embargable, actualizando con ello la excepción a que alude el mencionado artículo 2964.

La redacción del artículo 287 del mencionado código sustantivo va en contra del principio de que los alimentos surgen por la sola necesidad del acreedor, el cual se establece a contrario sensu en la fracción II del artículo 320 del mismo ordenamiento "Cesa la obligación de dar alimentos:...II. Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos..."¹⁵⁶

En tanto que el primer artículo citado dispone: "Ejecutoriado el divorcio...Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayor edad."¹⁵⁷

Por tanto si para los hijos de matrimonio no existe el límite de la mayoría de edad para percibir alimentos, tampoco debe existir para los hijos de divorciados, reforzando lo anterior el artículo 303 no establece condición o término respecto del acreedor alimenticio.

"Art. 303.-Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes..."¹⁵⁸, por tanto el acreedor al cumplir la mayor edad puede o no seguir necesitando de los alimentos, ya que tal situación no provoca automáticamente el autosostenimiento del sujeto, esto depende del caso concreto.

La regla es que mientras el acreedor necesite alimentos se le otorgarán independientemente de su edad, pero al alcanzar la mayor edad deberá acreditar dicha necesidad.

¹⁵⁶ibidem. art. 320.

¹⁵⁷ibidem. art. 287.

¹⁵⁸ibidem. art. 303.

El sostenimiento de la prole, como acertadamente señala la ley, recae en un primer momento en los progenitores y de manera subsidiaria se presentan los demás ascendientes y parientes colaterales hasta el cuarto grado, nuevamente surge el límite de la mayoría de edad; entendemos que la obligación de los colaterales es y debe ser temporal, basado en un principio de equidad.

Sin embargo los artículos 312 y 313 del Código Civil en comento señalan la posibilidad de cubrir los alimentos por aquel o aquellos obligados que cuenten con recursos para hacerlo, y no menciona si son padres, abuelos o parientes colaterales, ni tampoco señalan término; ello reafirma la continuación de la obligación alimentaria mientras exista la necesidad del acreedor y la posibilidad del deudor.

De acuerdo al artículo 308 del ordenamiento sustantivo el único elemento temporal de los alimentos es la educación, la cual si se limita a la mayor edad del acreedor, resultando una reducción en los gastos de tal obligación, pero ésta no se extingue en su totalidad porque el hijo haya alcanzado la mayor edad.

Respecto a la naturaleza de los alimentos, si bien la vida en común y la filiación generan esta responsabilidad moral y jurídica entre quienes las comparten, es preciso su materialización a través de aspectos pecuniarios porque surge básicamente para cubrir las necesidades físicas del acreedor y tiene una esencia onerosa.

En este orden de ideas, el artículo 321 del Código Civil en uso dispone que éste derecho "...no es renunciable, ni puede ser objeto de transacción."¹⁵⁹, reforzando ésta disposición el artículo 2950 del mismo ordenamiento establece "Será nula la transacción que verse: V. Sobre el derecho de recibir alimentos."¹⁶⁰

¹⁵⁹Ibidem. art. 321.

¹⁶⁰Ibidem. art. 2950.

No obstante, de acuerdo al texto del artículo 339 es posible la transacción o arbitramento sobre los derechos pecuniarios que de la filiación legalmente adquirida surjan, lo cual en un primer momento parece permitir un fraude a la ley respecto de someter a transacción el derecho a recibir alimentos.

El mismo artículo, al autorizar el arbitramento sobre alimentos, contraviene lo dispuesto por el artículo 615 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que en su fracción I determina: "No se pueden comprometer en árbitros...I. El derecho de recibir alimentos."¹⁶¹

Toda esta confusión se aclara al tenor del artículo 2951 del Código Civil, que establece "Podrá haber transacción sobre las cantidades que ya sean debidas por alimentos."¹⁶²

Entonces la disposición del artículo 321 acorde con el 2950 sustantivos y con la fracción I del 615 procesal señalan una situación presente o futura respecto de los alimentos.

En tanto que el texto del artículo 339 se actualiza, pero en concordancia con el artículo 2951; esto es, para alimentos presentes o futuros no puede existir ni transacción ni arbitramento, pero si es posible sobre pensiones devengadas.

2.2.- PATRIA POTESTAD

Una más de las instituciones primordiales que surgen para proteger a los menores es la patria potestad, respecto de la cual la ley es omisa en cuanto a su definición, sus elementos constitutivos y de que manera se ejercita.

La patria potestad es entendida por la doctrina como el "Conjunto de las facultades -que supone también deberes- conferidas a quienes la ejercen (padres, abuelos, adoptantes,

¹⁶¹ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. Ob. Cit. art. 615.

¹⁶² CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Ob. Cit. art. 2951.

según los casos) destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes."¹⁶³

De esta definición desprendemos que:

-Se compone de derechos y obligaciones.

-Es ejercida exclusivamente por los padres, a falta o por imposibilidad física o legal de los mismos por los abuelos en ambas líneas y en caso de adopción por el o los adoptantes, sobre el o los menores de edad no emancipados.

-Su objeto es la protección y salvaguarda de estos últimos.

En caso de adopción, el artículo 403 del Código Civil en uso señala: "Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la PATRIA POTESTAD, que será transferida al adoptante..."¹⁶⁴

Acorde a lo dispuesto por el artículo 419 del mismo ordenamiento "La patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente las personas que lo adopten."¹⁶⁵, por tanto los padres del o los adoptantes no se consideran titulares de la patria potestad y no podrán entrar a su ejercicio si los adoptantes faltan o caen en incapacidad legal o física.

Así, el nexo jurídico que da origen a la patria potestad es la relación que se crea por el parentesco consanguíneo entre el menor de edad y sus ascendientes en línea recta hasta el segundo grado o por el parentesco civil entre el adoptado y el o los adoptantes.

Concretando la presente idea, ese nexo jurídico bien sea por parentesco consanguíneo bien sea por parentesco civil se denomina filiación.

¹⁶³PINA, Rafael De., y PINA VARA, Rafael De., Ob. Cit. p. 400.

¹⁶⁴CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ob. Cit. art. 403

¹⁶⁵ibidem. art. 419.

"Entendemos por filiación la relación de tipo jurídico que existe entre padre o madre y el hijo o la hija...A través de ésta institución...se pretende regular el fenómeno de la procreación tanto dentro como fuera del matrimonio...no agota ahí su importancia, pues se extiende a personas extrañas creando entre ellas un vínculo jurídico como si fueran padre o madre e hijo o hija. Tal es el caso de la adopción."¹⁶⁶

A pesar de que para el establecimiento de la filiación no se requiera el matrimonio de los padres, la presencia o ausencia de éste propician que las reglas para determinarla sean diversas.

En el primer supuesto la filiación se establece a partir de la celebración del matrimonio y son innegablemente los padres los titulares de los derechos y deberes que la misma crea.

En tanto que en el segundo supuesto la filiación resulta para la madre del sólo hecho del nacimiento y respecto del padre únicamente surge por el reconocimiento voluntario que éste haga del hijo o por sentencia que declare la paternidad.

"La madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo. Tiene obligación de que su nombre figure en el acta."¹⁶⁷, en tanto que para el padre es él quien lo solicita; apreciamos como la ley pone en desventaja a la madre frente al padre.

"La incongruencia se destaca aún más al observar que en la evolución de nuestro Derecho se ha tratado de igualar al hombre y a la mujer, pero en este aspecto sigue vigente una protección infundada e inmoral al padre que se desliga de sus obligaciones respecto al hijo, generando situaciones graves para ambos y del país, al haber tantos hijos de madres solteras cuyos padres irresponsables niegan el reconocimiento y la ayuda alimenticia necesaria."¹⁶⁸

¹⁶⁶PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia E., Ob. Cit. p. 53.

¹⁶⁷CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ob. Cit. art. 60.

¹⁶⁸CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., DERECHO DE FAMILIA, Relaciones jurídico paterno filiales, Ob. Cit. p. 124.

La maternidad es una situación objetiva de signos inequívocos y ésta obligación de la madre va encaminada a determinar derechos para el menor que de forma contraria le serían negados, pero esa responsabilidad debe ser compartida por ambos padres, situación que obliga a instituir causas más accesibles para la determinación de la paternidad.

Una vez que se ha determinado la filiación de los menores respecto de los padres y ésta se establece legalmente, se dispone del nexo jurídico para crear prerrogativas y deberes entre sus partícipes.

Anteriormente señalamos que la patria potestad se compone de derechos y obligaciones y que los mismos no se precisan en su regulación, sin embargo de su análisis se presentan los siguientes elementos constitutivos:

-La guarda de los menores.- (artículo 413), entendida como "Cuidar, custodiar, vigilar."¹⁶⁹, ahondaremos en su estudio en el inciso 2.3 del presente capítulo por la amplia gama de interpretaciones que la misma presenta.

-La educación de los hijos sujetos a patria potestad.- Esta obligación se presenta como una garantía individual señalada en el artículo 3o, primer párrafo de nuestra Carta Magna y en la legislación civil en el artículo 413 en concordancia con el 422.

-La obligación por parte de los padres de observar una conducta que sirva de ejemplo a los hijos, así como la facultad de corregirlos (artículo 423).

-La representación legal de los menores dentro y fuera de juicio por los titulares de la patria potestad.

-La administración de los bienes que los hijos adquieran por título diverso a su trabajo.

¹⁶⁹PINA, Rafael De., y PINA VARA, Rafael De., Ob. Cit. p. 304.

-Respecto de los menores, éstos tienen la obligación de obedecer y respetar a sus padres, así mismo y como presupuesto del ejercicio de la institución que nos ocupa vivirán en el mismo hogar que sus padres (artículos 411 y 421).

La patria potestad se compone primordialmente del cuidado y protección que los padres deben proporcionar a sus hijos menores de edad no emancipados, "...tiene por objetivo...facilitar el cumplimiento de los deberes de alimentación y educación que padre y madre tienen sobre sus hijos e hijas."¹⁷⁰

Su ejercicio se traduce entonces en la guarda y custodia que, para llevarse a cabo requiere la convivencia de los hijos con los padres dentro de un mismo hogar, además de proporcionarles educación, observar una conducta que sirva de ejemplo a éstos, corregirlos, representarlos legalmente y las demás obligaciones ya citadas.

Dentro de la institución en comento se presenta una degradante situación para los menores y es la reiterada distinción que el legislador hace entre hijos nacidos dentro y fuera de matrimonio.

El artículo 414 del Código Civil vigente para el Distrito Federal señala que la patria potestad de los hijos de matrimonio se ejerce: "I. Por el padre y la madre; II. Por el abuelo y la abuela paternos; III. Por el abuelo y la abuela maternos."¹⁷¹

El artículo 415 del mismo ordenamiento dispone que cuando los padres vivan juntos y reconozcan al menor ambos ejercerán la patria potestad; ésta disposición concuerda con la fracción I del artículo anterior.

El segundo párrafo del citado artículo 415 nos remite a los artículos 380 y 381.

¹⁷⁰PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia E. Ob. Cit. p. 61.

¹⁷¹CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL- Ob. Cit. art. 414.

"Art. 380.-Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su custodia; y en caso de que no lo hicieren, el Juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público resolverá lo que creyere conveniente a los intereses del menor.

Art. 381.-En caso de que el reconocimiento se efectuó sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá su custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el Juez de lo Familiar del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público."¹⁷²

Ambos artículos muestran una situación muy similar a la dispuesta por el artículo 282 del Código Civil en uso respecto a las medidas que se toman en caso de divorcio y señala que el cuidado de los hijos quedará a cargo de una persona que los padres designe y que puede ser incluso uno de ellos.

Es preciso aclarar que estas tres disposiciones legales no hablan de la patria potestad, que es un derecho irrenunciable, sino del cuidado y custodia de los menores, que es el ejercicio de tal institución; y en los tres supuestos si hay disenso entre los padres o perjuicio para el menor resolverá el juez familiar oyendo al Ministerio Público.

Apreciamos entonces que las reglas para el ejercicio de la patria potestad son las mismas se trate de hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio; entendemos que ésta distinción se hace necesaria en cuanto la fijación del vínculo filial entre padres e hijos, pero como quedó asentado, la misma no precisa la existencia del matrimonio de los progenitores y una vez determinada la filiación se instituye la patria potestad.

¹⁷²Ibidem. arts. 380, 381.

Por tanto no comprendemos el afán del legislador por diferenciar entre una y otra situación, si para el establecimiento de la patria potestad sólo se requiere la filiación ¿por qué para su ejercicio se señala ésta degradante distinción?

Al analizar la redacción de los estatutos legales referentes a la institución en comento, el legislador en ciertas disposiciones da por tácito que el ejercicio de la patria potestad es la guarda y custodia, y en otras concibe a una y a otra expresamente como instituciones independientes, tal es el caso del artículo 423 que señala:

"...los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tiene la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo."¹⁷³

Aún cuando el ejercicio de la patria potestad es la guarda y custodia del menor, esta figura no se agota en la primera, es decir, el presente artículo dispone 'los que ejerzan patria potestad' y da por tácita la conjunción del derecho y el ejercicio, continua 'o tengan hijos bajo su custodia' se entiende sólo el ejercicio, los hijos ya no están sujetos a la potestad de los padres, pero tienen incapacidad legal.

La situación se agrava cuando el legislador, siendo necesaria su separación, la omite como nos muestra el artículo 417 "Cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivían juntos se separen, continuará ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto, el progenitor que designe el juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo."¹⁷⁴

Recordemos que la patria potestad es un derecho irrenunciable y su pérdida sólo surge "...por sentencia, la que puede ser dictada:

¹⁷³ibidem. art. 423.

¹⁷⁴ibidem. art. 417.

1.-En juicio penal, cuando el progenitor ha sido condenado dos o más veces por delitos graves, por malos tratos o abandono del menor que constituyan el delito de abandono de persona.

2.-En juicio civil de divorcio cuando, a juicio del juez, la dependencia entre padres e hijos deba romperse, o en juicio especial de pérdida del ejercicio de esa facultad debido a las costumbres depravadas de los padres, malos tratos o abandono, que pongan en peligro la salud, seguridad o moralidad de los menores."¹⁷⁵

El artículo 417 en comento no contempla ninguno de los supuestos anteriormente citados, por tanto ambos padres ejercen la patria potestad, sin embargo al padre no designado por el juez se le va a quitar ese derecho por no vivir con el otro progenitor y no haber sido elegido.

Lo que pretendemos mostrar es que la redacción de las mencionadas disposiciones legales permite que se confundan los terminos, porque en lugar de regular el ejercicio, que es la guarda y custodia sobre el menor cuando los padres se separen, utiliza el derecho que es la patria potestad y condena sin elementos a su pérdida al padre que no designado.

"La patria potestad se estructura 'como una función dual'...de manera que no es que la misma se divida entre el padre y la madre, sino que a cada uno le corresponde la potestad sobre su hijo, compartiéndose entre ellos sólo su ejercicio."¹⁷⁶

Otra contradicción legislativa tiene como fundamento el artículo 23 del Código Civil en uso que dispone: "La menor edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la ley son restricciones a la personalidad jurídica; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones

¹⁷⁵BAQUEIRO ROJAS, Edgard., y BUEN ROSTRO BÁEZ, Rosalía., Ob. Cit. p. 232.

¹⁷⁶RUIZ SERRAVALERA, Ricardo., DERECHO DE FAMILIA, Matrimonio, Filiación y Tutela. Edic. 2a., Reimpresión 2a. Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1993. p. 371.

por medio de sus representantes."¹⁷⁷, estos son según el artículo 425 las personas que ejercen la patria potestad.

En contrapartida el artículo 424 ofrece la posibilidad de que el incapaz pueda comparecer a juicio y contraer obligaciones si previamente cuenta con el consentimiento expreso de quien ejerza la patria potestad.

Observamos que cuando existe una trascendencia pecuniaria se llega incluso a otorgar al menor una restringida capacidad de ejercicio, así establece el artículo 435 "Cuando por la ley o por voluntad del padre, el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará respecto de la administración como emancipado, con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces."¹⁷⁸

"Emancipado. Persona que ha recibido el beneficio de la emancipación.

Emancipación. Acto jurídico que libera al menor de la patria potestad o de la tutela y que le otorga la administración de sus bienes y el gobierno de su persona."¹⁷⁹

Al tenor del artículo 440 se presenta una situación poco factible de llevarse a cabo y que refuerza la postura anterior; la disposición legal establece que "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."¹⁸⁰

Si los titulares de la patria potestad son legítimos representantes del menor y éste no puede comparecer a juicio por derecho propio ¿quién va a solicitar la designación del tutor?

¹⁷⁷CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ob. Cit. art. 23.

¹⁷⁸Ibidem. art. 435.

¹⁷⁹PINA, Rafael De., y PINA VARA, Rafael De., Ob. Cit. p. 262.

¹⁸⁰CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ob. Cit. art. 440.

Podría ser que la designación se solicite utilizando los términos del artículo 460 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, que a la letra dice:

"Cuando fallezca una persona que ejerza la patria potestad sobre un incapacitado a quien deba nombrarse tutor, su ejecutor testamentario y en caso de intestado los parientes y personas con quienes haya vivido, están obligados a dar parte del fallecimiento al juez pupilar (sic) [juez familiar] dentro de ocho días, a fin de que se provea a la tutela..."¹⁸¹

Nuevamente se otorga al menor cierta capacidad de ejercicio para que pueda acudir ante el juez a hacer de su conocimiento el derroche o la mala administración que de sus bienes hacen los que ejercen la patria potestad (artículo 441).

Reiteramos entonces que cuando se involucran derechos pecuniarios de los menores, se despliegan y establecen amplias disposiciones y cuestiones previas que el juez debe conocer para autorizar la enajenación o el gravamen de los mismos por los padres.

Estamos ciertos que debido a la tierna edad y ausencia de malicia del menor, la ley debe proteger su patrimonio incluso de unos padres que con toda mala fe y en su beneficio puedan dilapidar esos bienes y nos apegamos a la estricta vigilancia del Estado en ese aspecto; pero también es necesario y urgente que el legislador ponga mayor énfasis en la protección del desarrollo integral físico y emotivo del menor.

2.3.- GUARDA Y CUSTODIA.

Hemos señalado que el ejercicio de la patria potestad comprende dos funciones indefectibles que son la guarda y custodia del menor de edad, como lo señala el artículo 413 del

¹⁸¹ *Ibidem*, art. 460.

Código Civil vigente para el Distrito Federal: "La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la GUARDA y educación de los menores..."¹⁸²

Consideramos oportuno precisar los conceptos de la presente figura, así tenemos:

"CUSTODIA. Custodia, del latín *custos*, *custodis*, voz derivada de *curtos*, forma agente del verbo *curare*, cuidar es la GUARDA con cuidado y vigilancia de alguna cosa."¹⁸³

"Guarda de los hijos. Las palabras 'GUARDA' y 'CUSTODIA' proceden respectivamente del germanesco *wardon* que significa cuidar y del latín *custos* derivado de *curtos*,...que también quiere decir cuidar.

Por 'guarda de los hijos' se entiende en lenguaje jurídico, la acción y efecto de cuidar directa y temporalmente a incapacitados, con la diligencia propia de un buen padre de familia.

En esta acepción genérica se comprende una custodia que en gran parte incluye las facultades y deberes que competen ordinariamente a quienes ejercen las funciones de patria potestad o tutela..."¹⁸⁴

No se señala diferencia entre uno y otro término, por tanto consideramos que son utilizados de manera sinónima en la legislación.

Cuando la definición anotada menciona que la guarda 'incluye facultades y deberes que competen ordinariamente a quienes ejercen las funciones de patria potestad o tutela' refuerza

¹⁸²Ibidem. art. 413.

¹⁸³Enciclopedia Jurídica OMEBA. T. V. Edic. n. d. Edit. Driskill, S.A. Argentina, 1982. p. 380.

¹⁸⁴INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. T. D-H. Edic. 2a. Edit. Porrúa, S.A. UNAM. México, 1987. pp. 1555-6.

el hecho de que la guarda y custodia no es exclusiva de la patria potestad.

Es decir, en un primer momento son los progenitores quienes ejercitan éstas funciones, a falta o imposibilidad física o legal de los mismos y de los llamados preferentemente a ejercitar tal derecho, la ley crea como figura subsidiaria a la tutela cuyo objeto "...es la GUARDA de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal o solamente la segunda para gobernarse por sí mismos..."¹⁸⁵.

La ley prevé también que un tercero custodie de manera temporal a un menor de edad sin que ello constituya una tutela.

Tal es el caso en que los padres, conservando la titularidad de la patria potestad, permiten que el cuidado de sus menores hijos quede a cargo de otra persona, verbi gracia los artículos 273 fracción I, 282 fracción VI del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

La mencionada situación no crea una tutela por que existen las personas que de acuerdo a la ley ejercen la patria potestad, pero como una medida en favor de la salvaguarda y protección del menor, éste debe ser confiado a un tercero.

En otro orden de ideas "Los tribunales ejercen de manera indiscriminada y exagerada la facultad de privar de la patria potestad a alguno de los padres en litigio, con desdén hacia los intereses del menor sujeto a ella."¹⁸⁶

El antecedente legislativo de la pérdida o suspensión de la patria potestad, como anteriormente mencionamos, consistía en la pérdida automática de ésta por el cónyuge culpable en los divorcios necesarios, aun sin instancia de parte, dicha perdida se concebía como un castigo para uno de los padres.

¹⁸⁵CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ob. Cit. art. 449.

¹⁸⁶BEJARANO Y SÁNCHEZ, Manuel., LA CONTROVERSI A DEL ORDEN FAMILIAR. TESIS DISCREPANTES, Edic. n. d. Edic. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México, 1994. p. 67.

Toda vez que la institución de la patria potestad tiene como fin la salvaguarda de los derechos y la persona del menor de edad, la ley derogó la anterior disposición.

A pesar de este avance la facultad discrecional que se le otorga al juez de lo familiar para decidir todo lo concerniente a la pérdida y suspensión de la patria potestad hoy día carece de parámetro alguno para orientar o regir el criterio del juzgador, privando en muchos casos al menor sin justa causa legal del ejercicio de la patria potestad por parte de uno de sus progenitores en su beneficio porque es innegable que si a alguien interesa y beneficia esta institución es al menor de edad.

La inclusión de estas disposiciones en la legislación tuvo como razón de ser el castigo en un primer momento al padre irresponsable o el alejar de un ambiente y persona nocivos al menor para no afectar su desarrollo.

Pero ello no siempre es tan cierto ni tan claro como para señalar sin temor a equivocarnos que ese progenitor debe ser privado de tales derechos.

Consideramos que es bastante castigo para los progenitores estar impedidos para participar en las decisiones de la vida de sus menores hijos, para que todavía se vean privados de su convivencia, en el entendido que ese padre busca ejercer una paternidad responsable, le interesa el desarrollo óptimo de su hijo.

"El artículo 444 del Código Civil, que enumera y regula las causas que motivan la sanción de pérdida de la potestad paterna, debe ser interpretado jurídicamente, investigando en cada caso el fin de la norma, que es la protección y el beneficio del menor, y no literalmente, con desdén hacia sus legítimos intereses, que a menudo reclaman el sostenimiento o la preservación de la relación paterno-filial.

En abono de tal solución, debe subrayarse además, que el Código Civil no previene expresamente que sea irreversible la sanción de pérdida de la patria potestad."¹⁸⁷

La regla general dispone que "...los jueces y tribunales [no pueden] variar ni modificar sus sentencias o autos después de firmados, pero sí aclarar algún concepto o suplir cualquier omisión...sin alterar su esencia."¹⁸⁸; por tanto una vez declaradas firmes esas determinaciones adquieren la calidad de inimpugnables e inmutables.

Existe una excepción a este principio dispuesta en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y opera exclusivamente en los supuestos citados, así señala:

"Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad...pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente."¹⁸⁹

Se permite esa modificación por la trascendencia de los mencionados asuntos y con el propósito de no obligar al interesado, cuando las circunstancias hayan cambiado, a intentar un nuevo juicio, sino que dentro del mismo el juzgador pueda variar su resolución comprobando plenamente el cambio y se presente como necesario.

3.- TESIS JURISPRUDENCIALES EN CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR.

El presente inciso se encuentra íntimamente ligado con el anterior, porque una vez que hemos anotado nuestras

¹⁸⁷Ibidem. Pp. 71-2.

¹⁸⁸CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ob. Cit. art. 84.

¹⁸⁹Ibidem. art. 94.

inquietudes, dudas e interpretaciones a la ley civil sustantiva, procedemos a mostrar cual es el criterio sustentado por nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de las siguientes tesis.

Respecto de nuestra inquietud por la fácil disolución del matrimonio que permite la causal de divorcio prevista en la fracción XVIII del artículo 267 señala:

"DIVORCIO, SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES POR MÁS DE DOS AÑOS COMO CAUSAL DE.

Texto: Para los efectos del divorcio con base en la causal que señala la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, que tiene como única finalidad autorizar formalmente la disolución del vínculo matrimonial, cuando éste ya se hubiera roto definitivamente en realidad, o cuando en virtud del rompimiento de los lazos afectivos, existe un divorcio de facto por el que las relaciones matrimoniales pudieran dejar de tener alguna significación para los cónyuges; son necesarios los siguientes elementos: a) que la separación de los cónyuges se dé con el ánimo de extinguir o dar por concluido el vínculo matrimonial, de dejar de cumplir con los fines del matrimonio y con las obligaciones que de él deriven, ánimo que puede manifestarse en forma expresa o tácita, al través de actos, omisiones o manifestaciones que así lo revelen, y b) que ninguno de los cónyuges realice actos tendientes a regularizar dicha situación dentro del lapso de la separación, ya sea para el ejercicio de la acción de divorcio necesario por alguna de las otras causales, la tramitación del mismo en forma voluntaria, o por actos encaminados a la reanudación de la vida en común y al cumplimiento de los fines en matrimonio.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.¹⁹⁰

¹⁹⁰Semanario Judicial de la Federación. Tribunal Colegiado de Circuito. Época: 8A. T. I SEGUNDA PARTE-1. Tesis: 16. Página: 273.

Así, para invocar esta causal de divorcio, se requieren ciertos elementos y se busca que una ruptura de hecho se convierta en una separación de derecho; esta disposición se instituyó en un momento preciso, por causas que la hacían necesaria y no con la intención de disolver matrimonios de una manera fácil.

En cuanto a la manera de determinar los alimentos se establece que:

"ALIMENTOS. SUBSISTE LA OBLIGACIÓN DE SUMINISTRARLOS, EN LOS DIVORCIOS EN QUE NO HAY CÓNYUGE CULPABLE.- En este órgano jurisdiccional se estima que, el artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal adolece de una laguna, que debe integrarse conforme a las normas fijadas por los artículos 19 de dicho ordenamiento y 14 de la Constitución General de la República. El vacío de subsistencia de la obligación de los cónyuges de darse alimentos en los casos de que se disuelva el vínculo matrimonial por la causal de divorcio fijada en el artículo 267, fracción XVIII, del código invocado, para la cual no se califica la culpabilidad o inocencia de los consortes, toda vez que la norma en comento sólo prevé directamente las situaciones de divorcio necesario en las que se hace esa calificación y las de divorcio por mutuo consentimiento, sin que la que nos ocupa quede comprendida en ninguna de esas categorías; sin embargo, de un cuidadoso estudio se colige que el principio general adoptado en esa ley respecto de los alimentos entre cónyuges en casos de divorcio en general, consiste en conservar subsistente el derecho del que los necesita si no ha sido declarado culpable de la disolución del vínculo, sujeto a las modalidades que exige la naturaleza jurídica de tal obligación en ese evento y a las circunstancias del caso, tales como la capacidad de los cónyuges para trabajar y su situación económica, sin excluir de modo expreso el divorcio necesario fundado en la causal mencionada. En acatamiento de las normas de integración aludidas, se estima que **LA LAGUNA DEBE LLENARSE POR EL JUZGADOR, MEDIANTE LA APLICACIÓN DE LOS LINEAMIENTOS JURÍDICOS DADOS POR LA LEY PARA LOS**

OTROS SUPUESTOS DE DIVORCIO NECESARIO, que ya se enunciaron, por una aplicación analógica y tomando en consideración que donde existe identidad de razón debe aplicarse la misma disposición; de modo que procede la condena al pago de alimentos en favor del cónyuge que los necesite y en contra del que tenga la posibilidad de darlos..."¹⁹¹

"Ante preceptos contradictorios, como lo son esa fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil que autoriza a cualquier esposo a pedir el divorcio por falta de convivencia en más de dos años, fuere cual fuere su motivación; y la regla del artículo 278 del mismo ordenamiento legal, que impide el ejercicio de la acción al cónyuge que hubiera dado causa al divorcio, debe extraerse el sentido del conjunto, realizar una interpretación sistemática y limitar, en aplicación de este último canon, al alcance tan general del texto primero;...[porque]...'nadie puede apoyar el ejercicio de un derecho en su propia culpa'...las normas de derecho no pueden servir de medio para el logro de propósitos antisociales."¹⁹²

La muy traída y llevada reforma al artículo 283, si por un lado benefició a la familia al derogar la pérdida inmediata de la patria potestad por el cónyuge culpable; otorgó por otro lado poderes ilimitados al juez para decidir sobre dicha cuestión, poderes que muchas veces se salen de su control y permiten la aplicación errónea o ilógica de la ley, así nos señala la siguiente tesis:

"DIVORCIO, EN LA SENTENCIA QUE LO DECRETE DEBE EL JUZGADOR FIJAR LA SITUACIÓN DE LOS MENORES HIJOS DE LOS CÓNYUGES.

Texto: En efecto, si es cierto que de acuerdo con las reformas a las disposiciones del artículo 283 del Código Civil y 941 del Código de Procedimientos Civiles ambos para el Distrito Federal...se suprimió la sanción automática indiscriminada de la

¹⁹¹CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL PRIMER CIRCUITO. INFORME, 1987. Tercera Parte. Tribunales Colegiados. p. 245.

¹⁹²BEJARANO Y SÁNCHEZ, Manuel., Ob. Cit. pp. 94-5.

pérdida de la patria potestad en contra del cónyuge culpable como consecuencia de la sentencia de divorcio, no por ello se privo al juzgador de la obligación de resolver lo conducente en ese respecto, sólo que el resolutor ya no debía limitarse como en antaño a decidir automáticamente la pérdida de la patria potestad, sino que de acuerdo con las amplias facultades que se le otorgan, debe fijar la situación de los hijos y resolver todo lo relativo a los derechos y las obligaciones inherentes a la patria potestad, la guarda y custodia de los menores, tomando en cuenta las actuaciones efectuadas, los elementos de prueba aportados y la conducta procesal asumida por las partes en el juicio...el juez natural debía fijar la situación del menor hijo de los cónyuges resolviendo lo relativo a los derechos y las obligaciones inherentes a la patria potestad sobre dicho menor y en especial sobre su custodia, sin que con tal proceder incurriera en una incongruencia, como lo consideró indebidamente la sala responsable en su sentencia reclamada, pues con la decisión de tal aspecto sólo buscó cumplir con una cuestión de orden público."¹⁸³

El juez familiar no ha caído en la cuenta que esas reformas le dieron un arbitrio extenso para resolver la conflictiva familiar en beneficio de la misma y, sin embargo sigue cerrando los ojos y el razonamiento ante el avance legislativo.

ALIMENTOS.

Hemos señalado anteriormente que la institución alimenticia, dentro de su regulación legal, tiene la calidad de derecho preferente, lo que implica que el deudor se encuentra obligado a cumplir con el mismo ya sea con sus ingresos o con sus bienes, así lo establecen los siguientes criterios jurisprudenciales:

"ALIMENTOS, NECESIDAD DEL PAGO DE.- El marido tiene la obligación de alimentar a la mujer y a los hijos, quienes tienen en su favor la presunción de necesitar los alimentos, salvo

¹⁸³Tribunales Colegiados de Circuito. Informe 1987 CI. Tercera Parte. p. 217.

prueba en contrario. La obligación cesa cuando los acreedores ya no tienen necesidad de ellos, pero la carga de la prueba corresponde en estos casos al deudor."¹⁹⁴

"ALIMENTOS. OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLOS.- Los hijos naturales tienen iguales derechos que los legítimos, y, por lo tanto, **EL TOTAL DE LOS INGRESOS DEL DEUDOR ALIMENTISTA, DEBE DIVIDIRSE ENTRE LOS HIJOS MENORES CON DERECHO A PENSIÓN ALIMENTICIA,** entre la esposa legítima y el propio deudor alimentista, de una manera proporcional, como lo manda la ley."¹⁹⁵

Este derecho se encuentra protegido por la ley, que dispone que los mismos se podrán garantizar y, al constituir una garantía de éste tipo sobre un bien mueble o inmueble, éste será considerado inembargable.

En cuanto al supuesto de que los hijos de padres divorciados dejan de recibir alimentos al cumplir la mayoría de edad, la Suprema Corte ha sustentado que:

"ALIMENTOS. HIJOS MAYORES DE EDAD. OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLOS.- La obligación de proporcionar alimentos a los hijos mayores de edad no desaparece por el sólo hecho de que éstos lleguen a esa edad, en virtud de que su necesidad no se satisface automáticamente por la sola realización de esa circunstancia."¹⁹⁶

Entendemos que la obligación alimentaria no debe extinguirse por la mayor edad, también entendemos que el adquirir la misma conlleva un amplio ejercicio de nuestros derechos y consecuentemente el cumplimiento de nuestras obligaciones, por ello creemos acertado transcribir el siguiente criterio jurisprudencial:

¹⁹⁴Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. Volumen CXXXV. Cuarta Parte. Septiembre de 1968. Tercera Sala. p. 21.

¹⁹⁵Ibidam. Sexta Época. Volumen CXXXIV. Cuarta Parte. Agosto de 1968. Tercera Sala. p. 25.

¹⁹⁶APÉNDICE de Jurisprudencia, 1917-1985, Séptima Época, Cuarta Parte. Vols 103-108. p. 93.

"ALIMENTOS, LOS HIJOS MAYORES DE EDAD DEBEN PROBAR LA NECESIDAD DE RECIBIRLOS.- Los artículos 234 y 251, fracción II, del Código Civil para el Estado de Veracruz, establecieron el derecho de los hijos de percibir alimentos a cargo de sus progenitores, en forma proporcional y con base en la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos, y la cesación de esa obligación cuando ocurra la circunstancia de que el alimentario deje de necesitar los alimentos, de los que se deduce que el mayor de edad debe justificar la necesidad de recibir tales alimentos, ya que dichos mayores ejercen por sí mismos sus derechos, lo que hace presumir la posibilidad de obtener los medios económicos para satisfacer sus necesidades de los alimentos."¹⁹⁷

Por tanto tal obligación subsistirá, aún cuando el acreedor haya alcanzado la mayor edad, y en tal supuesto corresponde a éste comprobar y justificar su necesidad.

Cuando la obligación alimentaria es cubierta subsidiariamente por los ascendientes o los parientes colaterales hasta el cuarto grado incluso, la ley limita su cumplimiento a la mayor edad del acreedor alimentario; no obstante nuestro Alto Tribunal no señala término alguno en el mencionado supuesto:

"ALIMENTOS, OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLOS, POR ASCENDIENTES.- Los abuelos sólo tiene obligación de dar alimentos a los nietos cuando faltan los padres o en el caso en que exista imposibilidad por parte de éstos; consecuentemente si la acción se apoya en este supuesto, deberá demostrarse la falta de los progenitores o la imposibilidad física para ministrar alimentos, por ser estos requisitos los hechos que integran la acción."¹⁹⁸

En este orden de ideas, si se comprueba que el acreedor sigue necesitando los alimentos, a pesar de ser mayor de edad y los padres se encuentran imposibilitados para satisfacerlos, la

¹⁹⁷SALA AUXILIAR. 54ª época, Vol Semestral 109-114, 54ª época Parte. p. 24.

¹⁹⁸Tercera Sala. 54ª época. Vol Semestral 97-102, Cuarta Parte. p. 35.

obligación será agotada por los ascendientes preferentemente que cuenten con los recursos para hacerlo.

Los alimentos tienen una esencia pecuniaria y son un derecho que no permite transacción, sin embargo a decir del artículo 339 ésta última es posible, la decisión respecto de esta contradicción la otorga la Suprema Corte de Justicia de la manera siguiente:

"ALIMENTOS, OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).- Es cierto que la obligación de dar alimentos que señala el artículo 234 del Código Civil del Estado de Veracruz, recae sobre ambos padres; pero si no se prueba que la señora tenga bienes con que cumplir tal obligación, ésta, necesariamente, tiene que estar a cargo del padre...Además, la entrega de un inmueble hecha por el padre o la madre en un momento dado, no libera al obligado de proporcionar alimentos en lo futuro, ya que el derecho de recibir alimentos no puede ser objeto de transacción..."¹⁹⁹

En abono se establece, acorde al artículo 2951 del Código Civil vigente para el Distrito Federal la siguiente tesis:

"ALIMENTOS, PROCEDENCIA DE LA SUSPENSIÓN TRATÁNDOSE DE PENSIONES CAÍDAS.- Procede la suspensión cuando se trata del pago de pensiones alimenticias caídas, es decir, que no fueron pagadas oportunamente, ya que no existe la necesidad imperiosa de que desde luego las reciba el acreedor alimentista."²⁰⁰

Dicha transacción es posible cuando verse sobre pensiones caídas, acorde con el anteriormente citado artículo 2951, pero no es posible sobre los alimentos presentes o futuros.

¹⁹⁹Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Época, Tercera Sala. p. 125.

²⁰⁰Ibidem. p. 140.

PATRIA POTESTAD

Para determinar la patria potestad se requiere un nexo jurídico denominado filiación, la cual no contempla como presupuesto el matrimonio de los padres, acorde a ello presentamos la tesis siguiente:

"PATRIA POTESTAD, NATURALEZA DE LA.- La patria potestad no deriva del contrato de matrimonio, sino que es un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley; esto es, que la patria potestad se funda en las relaciones naturales paterno-filiales, independientemente de que éstas nazcan dentro del matrimonio o fuera de él."²⁰¹

La filiación de la madre surge por el solo hecho del nacimiento como lo sustenta la tesis que a continuación se transcribe:

"PATERNIDAD, INVESTIGACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DEL MENOR POR LA MADRE AÚN CUANDO ÉSTA NO LO HAYA RECONOCIDO ANTE EL OFICIAL DEL REGISTRO CIVIL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN).- El artículo 318 del Código Civil del Estado de Michoacán establece que la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio respecto de la madre resulta del solo hecho del nacimiento; a su vez el artículo 325 del propio ordenamiento establece que el reconocimiento de un hijo nacido fuera de matrimonio, se puede hacer, entre otras formas, por confesión judicial directa y expresa; por tanto si en el juicio natural se demostró el hecho del alumbramiento, con ese solo hecho queda comprobada la filiación del menor con su madre..."²⁰²

En tanto que para el padre, tal filiación surge porque él lo solicita o por una declaración judicial, sin embargo es posible que el reconocimiento del padre sea tácito, reforzando este supuesto anotamos el siguiente criterio jurisprudencial:

²⁰¹Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Cuarto Parte, Tercera Sala, Vol 55. p. 47.

²⁰²Tercera Sala. Séptima Época. Vol Semestral 163-168. Cuarto Parte. p. 143.

"GASTOS MÉDICOS OCASIONADOS POR EL ALUMBRAMIENTO. LA CONTRIBUCIÓN PARA SUFRAGARLOS HACE PRESUMIR LA PATERNIDAD CUANDO NO SE PRUEBA POR QUE SE EFECTUÓ.- Si ésta demostrado fehacientemente que el presunto padre contribuyó para hacer frente a los gastos médico con motivo del alumbramiento, sin que pruebe haberlo hecho por la fuerza, con engaños o por algún otro motivo, es lógico pensar que esa actitud implica un reconocimiento tácito de la paternidad, pues no se explica de otro modo que siendo ajeno al problema se solidarice efectuando un desembolso."²⁰³

Como la paternidad no es un hecho notorio, una vez anotada la distinción que la ley hace entre el padre y la madre.

Con el propósito de equilibrar tan degradante situación, al investigar la misma se hace necesario que se amplíe la obtención de los elementos que la determinen, por ello se admite la prueba presuncional de acuerdo a nuestro Alto Tribunal:

"PATERNIDAD, INVESTIGACIÓN DE LA VALOR DE LA PRUEBA PRESUNCIONAL. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE HIDALGO).- El artículo 456 fracción IV del Código Civil para el Estado de Hidalgo establece la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio está permitida cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre, conclusión a la que se llega a través de la prueba presuntiva integrada por dos reglas fundamentales: primero, que se encuentren probados los hechos de los cuales se derivan las presunciones; y segundo, que exista un enlace natural más o menos necesario entre la verdad conocida y la que se busca..."²⁰⁴

Por tanto:

"PATERNIDAD. PARA CONDENAR AL RECONOCIMIENTO DE LA MISMA, NO ES NECESARIO QUE

²⁰³INFORME, 1987, Segunda Parte, Civil, p. 231.

²⁰⁴Tercera Sala, Séptima Época, Vol Semestral 163-168, Cuarta Parte, p. 107.

SE DEMUESTREN LAS RELACIONES SEXUALES ENTRE LA MADRE Y EL PRESUNTO PADRE. La prueba de que los contendientes hayan sostenido relaciones sexuales no es imprescindible para pronunciarse sobre la paternidad, pues por la intimidad y el secreto que suelen rodear a los momentos y lugares en que se producen, es muy difícil, si no imposible, demostrarlas. Ahora bien, frente a ese obstáculo, se encuentra un ser humano en cuyo beneficio tiene interés la sociedad y el Estado, de aquí que, para averiguar la verdad, es válido recurrir a otros medios, contemplando la realización de ciertos hechos o actitudes, cuyo enlace más o menos lógico y natural permita conocer quién es el autor de la paternidad controvertida. Si la prueba de que existió contacto carnal fuere condición indispensable para pronunciarse sentencia, en gran número de casos la acción de la justicia quedaría paralizada y el hijo no deseado, se vería condenado, sin tener culpa, a perder el derecho a ser reconocido por quien irresponsablemente participó en el evento de su concepción."²⁰⁵

Una vez determinada la filiación, se establecen los derechos inherentes a la misma, la patria potestad constituye uno de ellos, su ejercicio se constriñe a los padres y a falta o por imposibilidad de los mismos, la ley dispone que sean los abuelos maternos o paternos quienes cumplan y ejerciten tales deberes y derechos.

"EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD, PARA EL EJERCICIO DE LA, ES NECESARIO QUE LOS HIJOS CONVIVAN CON LOS PADRES. En la especie el actor y ahora tercero perjudicado demandó en el juicio natural a la quejosa, que es la abuela materna de la menor, reclamándole el ejercicio de la patria potestad de ésta, que se hizo consistir en la guarda y custodia de la menor referida, fundándose en el hecho de que es su padre, misma que procreó fuera de matrimonio y que la madre ya había fallecido, y que su menor hija, sin su consentimiento, vivía con la abuela materna; por tanto conforme a lo antes

²⁰⁵INFORME, 1987. Segunda Parte. Civil. p. 283.

derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley; esto es, que la patria potestad se funda en las relaciones naturales paterno-filiales, independientemente de que éstas nazcan dentro del matrimonio o fuera de él."²⁰¹

La filiación de la madre surge por el solo hecho del nacimiento como lo sustenta la tesis que a continuación se transcribe:

"PATERNIDAD, INVESTIGACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DEL MENOR POR LA MADRE AÚN CUANDO ÉSTA NO LO HAYA RECONOCIDO ANTE EL OFICIAL DEL REGISTRO CIVIL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN).- El artículo 318 del Código Civil del Estado de Michoacán establece que la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio respecto de la madre resulta del solo hecho del nacimiento; a su vez el artículo 325 del propio ordenamiento establece que el reconocimiento de un hijo nacido fuera de matrimonio, se puede hacer, entre otras formas, por confesión judicial directa y expresa; por tanto si en el juicio natural se demostró el hecho del alumbramiento, con ese solo hecho queda comprobada la filiación del menor con su madre..."²⁰²

En tanto que para el padre, tal filiación surge porque él lo solicita o por una declaración judicial, sin embargo es posible que el reconocimiento del padre sea tácito, reforzando este supuesto anotamos el siguiente criterio jurisprudencial:

"GASTOS MÉDICOS OCASIONADOS POR EL ALUMBRAMIENTO. LA CONTRIBUCIÓN PARA SUFRAGARLOS HACE PRESUMIR LA PATERNIDAD CUANDO NO SE PRUEBA POR QUE SE EFECTUÓ.- Si ésta demostrado fehacientemente que el presunto padre contribuyó para hacer frente a los gastos médico con motivo del alumbramiento, sin que pruebe haberlo hecho por la fuerza, con engaños o por algún otro motivo, es lógico pensar que esa actitud

²⁰¹Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Cuarta Parte, Tercera Sala, Vol 55. p. 47.

²⁰²Tercera Sala. Séptima Época. Vol Semestral 163-168. Cuarta Parte. p. 143.

convivir el niño con uno de ellos es lo que resulta a éste más provechoso, toda vez que el artículo 380 del Código Civil para el Distrito Federal, independientemente de señalar como elementos de esta acción el que los padres hayan reconocido al hijo en el mismo acto, que no vivan juntos y que no lleguen a convenir sobre su custodia, ordena al juez resolver, después de haber oído el parecer del Agente del Ministerio Público y de los progenitores, lo que creyere más conveniente a los intereses del menor."²⁰⁸

"MENOR PROCREADO EN AMASIATO, CUSTODIA DEL.- En los juicios en que se discute la custodia de un menor procreado en amasiato, debe considerarse que por su minoridad conviene que esté en compañía de sus hermanos, a cargo de su madre, quien puede proporcionarle los cuidados necesarios para su salud y buena formación; sobre todo en los casos en los cuales el padre contrajo matrimonio con una tercera persona, pues de obtener la custodia del menor, estaría al cuidado de personas menos idóneas que la propia madre..."²⁰⁹

Como elemento preponderante en los tres criterios anotados existe el hecho de que los padres propondrán quien de los dos cuidará del menor, siempre tomando como parámetro para tal decisión el mayor beneficio que puede tener el hijo al permanecer con uno de sus padres; en ese sentido no encontramos el motivo del distinguo señalado.

Hemos señalado que el Código Civil vigente para el Distrito Federal en algunos supuestos tiende a confundir el derecho de la patria potestad con el ejercicio, la siguiente tesis muestra como es que se debe entender el artículo 444 del citado código:

"PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA. NO PROCEDE CUANDO EXISTE CONVENIO TÁCITO ENTRE LOS PADRES ACERCA DE LA GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR, A PESAR DE QUE VIVAN SEPARADOS.

²⁰⁸Tercera Sala. Informe 1978 SEGUNDA PARTE, tesis 99. p. 66.

²⁰⁹Tercera Sala. Informe 1983 SEGUNDA PARTE, tesis 71. p. 57.

TEXTO: El artículo 444 del código Civil para el Distrito Federal claramente señala que la patria potestad se pierde en cualquiera de las hipótesis a que se refieren sus cuatro fracciones, no acreditándose en el caso, la pérdida de la patria potestad, por que a pesar de que los padres de un menor se encuentren separados, se presume que existe un acuerdo tácito entre ambos, ya que no se requiere la exhibición de un documento escrito para justificar la existencia de un convenio entre los padres del menor que viven separados, sobre la guarda y custodia de su hijo, porque puede quedar acreditado el consentimiento tácito, a través de la presunción que surge al haber permanecido el menor con el padre en la casa paterna, sin oposición de la madre, al no hacer reclamación alguna sobre este particular y haber consentido esa situación durante un lapso considerable, sin que tal separación dé lugar a la pérdida de la patria potestad, ya que en tal evento, se actualiza la hipótesis que contempla el artículo 417 del mismo ordenamiento continuando ejerciendo la patria potestad ambos padres, o en caso de desacuerdo, **EL JUEZ DE LO FAMILIAR DETERMINARÁ QUIEN DE LOS PROGENITORES CONTINUARÁ EN EL EJERCICIO DE TAL DERECHO, SIN QUE ÉSTO IMPLIQUE PÉRDIDA DE LA MISMA POR EL PROGENITOR NO DESIGNADO,** máxime que la medida tampoco equivale a exonerarlo de sus obligaciones para con el menor, salvo el caso de que eventualmente alguno de dichos ascendientes dé lugar a la aplicación en su perjuicio de los dispuesto por el artículo 444 del Código de la materia.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.²¹⁰

Es conveniente que se observe este criterio por parte de los jueces familiares, ya que puede ser que sin elementos condenen a la pérdida de la patria potestad, contraviniendo con ello el criterio de nuestro Alto Tribunal que al respecto dispone:

²¹⁰Semanario Judicial de la Federación, Tercera Sala, Octava Época, T, VI Segunda Parte-2. Tesis, 268. p. 596.

"PATRIA POTESTAD, PRUEBAS PARA LA PÉRDIDA DE LA.

Como la condena a la pérdida de la patria potestad acarrea graves consecuencias perjudiciales tanto para los hijos como para el progenitor, para decretarla en los casos excepcionales previstos en la ley, se requiere de pruebas plenas e indiscutibles, que sin lugar a dudas hagan manifiesta la justificación de la privación."²¹¹

Ahora bien, es posible que aún cuando se haya decretado la suspensión o pérdida en el ejercicio de la patria potestad en contra del cónyuge culpable, se restituya a éste en el ejercicio de tal derecho; siempre y cuando las circunstancias que dieron origen a tal condena hayan cambiado y en el entendido de que el padre muestre una conducta que sirva de ejemplo a su menor hijo, así lo señala la siguiente tesis:

"HIJOS MENORES, GUARDA DE LOS. NATURALEZA DE LAS SENTENCIAS.- La sentencia que resuelva sobre la guarda de un hijo menor no puede tener carácter definitivo, porque las medidas que se toman sobre la guarda de los hijos nunca tienen tal carácter, pues esas medidas pueden dejarse sin efecto cuando así lo requieran las circunstancias, en función siempre del interés de los hijos, que es lo que trata de protegerse permanentemente..."²¹²

"Mantener en vigor la medida es nocivo para los menores y el juez debe reconocerlo así, ejerciendo su potestad discrecional, ante la prueba plena del cambio de circunstancias que la motivaron."²¹³

²¹¹JURISPRUDENCIA. Tercera Sala. Séptima Época. Vol, 169-174. Cuarta Parte. p. 243.

²¹²Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. cuarta Parte. Vol, IV. p. 137.

²¹³BEJARANO Y SÁNCHEZ, Manuel., Ob. Cit. p. 70.

GUARDA Y CUSTODIA.

Los elementos a través de los cuales se ejercita la patria potestad son la guarda y la custodia, por tanto ambas figuran tienen estrecha vinculación, así lo dispone el criterio a continuación transcrito:

"PATRIA POTESTAD, RESOLUCIÓN SIMULTÁNEA SOBRE SU PÉRDIDA Y SOBRE LA POSESIÓN DE LOS MENORES, POR SER UNA CUESTIÓN ACCESORIA ESTRECHAMENTE VINCULADA CON LA CONTROVERSI PRINCIPAL.

TEXTO: La patria potestad es un derecho fundado en la naturaleza de la relación paterno filial, reconocido y protegido por la ley, cuyo ejercicio corresponde, ante todo, a los padres del menor, con todas las facultades inherentes a la misma, entre las que se encuentran de manera destacada la de su guarda y custodia, por lo que el cumplimiento de sus deberes y el ejercicio de las facultades que la patria potestad conlleva implica la convivencia del menor con quien detente su ejercicio. Por todo ello, cuando en un juicio se controvierte la pérdida de la patria potestad y el juzgador absuelve al demandado de tal pérdida, reconociéndole la titularidad de la misma así como su ejercicio, debe resolver también sobre la posesión del menor, ordenando que le sea entregado a quien resulte tener el derecho de ejercer la patria potestad, sin necesidad de que el demandado haya reconvenido tal prestación..."²¹⁴

Por tanto reiteramos que el ejercicio de la misma presupone la cercanía del padre con el o los menores de edad sujetos a dicha institución:

²¹⁴Semanario Judicial de la Federación. Tercera Sala. Séptima Época. Vol. 205-216. p. 144.

"GUARDA Y CUSTODIA, NO SE PUEDE ENTENDER DESVINCULADA DE LA POSESIÓN.

TEXTO: Una de las prerrogativas de la patria potestad es la custodia, cuidado y vigilancia de los menores y dicha guarda no se puede entender desvinculada de la posesión material de los hijos, porque tal posesión es un medio insustituible para protegerlos, cultivarlos física y espiritualmente y procurarles la satisfacción de sus necesidades."²¹⁵

Sin embargo puede presentarse su desvinculación, esto es, el titular detenta el derecho pero no tiene el ejercicio, con lo que reiteramos que la guarda y custodia no es exclusiva de la patria potestad y que la primera se instituye para protección y salvaguarda del menor, que puede llegar incluso a separarlo de ellos:

"GUARDA Y CUSTODIA. PUEDE ENCOMENDARSE A PERSONA DIFERENTE DE LOS PADRES SI CONVIENE AL MENOR (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUERRERO).
TEXTO: El artículo 46 del Código del Menor, de ese Estado dice que en los casos a que se refieren los dos artículos anteriores, el resolverá conforme a las disposiciones del Código Civil; pero si el interés del menor lo exigiere, por razones graves que expondrá en el fallo, podrá apartarse de aquellas disposiciones y establecer las modalidades que juzgue convenientes y dictar las medidas que estime necesarias, inclusive la de encomendar la guarda del menor a tercero o confiarlo a una institución Oficial o particular, según las posibilidades de sus padres o familiares, y encargar la administración de sus bienes a una institución fiduciaria..."²¹⁶

"PATRIA POTESTAD. PUEDE DESVINCULARSE DE LA GUARDA Y CUSTODIA SI EL INTERÉS DEL MENOR LO HACE NECESARIO.

²¹⁵Ibidem. Vol. 217-228. p. 133.

²¹⁶Loc. Cit.

TEXTO: La patria potestad, implica no sólo derechos, sino también deberse, sobre todo, el interés y protección del menor, sin dejar de considerarse los derechos que el padre posee. En ese complejo de derechos y deberes, o función de paternidad, en que se conjuga el interés paterno con el familiar y social, se encuentra la custodia del menor, ubicándola en el campo social. Así, en primer término si los padres tienen el derecho de tener consigo a sus hijos conviviendo personalmente con ellos, esa fórmula legal no coincide siempre con el ejercicio personal de quien posee el derecho y en algunos casos en que por las circunstancias hagan necesario para el bien del menor tiene que desvincularse pero sin diluir el derecho de patria potestad con las implicaciones que el mismo conlleva. Así ocurre por ejemplo, cuando se encuentre probado que el menor ha vivido al lado de su abuela materna, por cinco años ininterrumpidos desde su nacimiento, no resultando lógico que por una vinculación de la patria potestad con la custodia se ligara de manera indisoluble, sin tomar en cuenta al menor, a la familia y a la sociedad. En legislaciones de diversas entidades federativas, se ha avanzado en estos aspectos dejando que el juez resuelva de tal suerte que si el interés del menor lo exigiere, por razones graves que expón drá en su fallo, podrá apartarse de las disposiciones del Código Civil y establecer las modalidades que juzgue conveniente y dictar las medidas para encomendar la guarda a un tercero o a una institución particular..."²¹⁷

Incluso ese desdoblamiento entre el ejercicio y el derecho se puede presentar entre sus titulares:

"PATRIA POTESTAD. LIMITE EN SU EJERCICIO CUANDO UNO DE LOS CÓN YUGES CONSERVA LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUERRERO).

TEXTO: Si a la madre se le confiere el cuidado y guarda de su menor hijo, debe ejercitar los derechos y obligaciones

²¹⁷Ibidem. Quinta Época. T, LXIII. p. 242.

inherentes a la patria potestad, que de acuerdo con los artículos 422 y 423 del código civil del estado de Guerrero, comprenden la obligación de educarlo convenientemente, de corregirlos y castigarlos mesuradamente con una libertad que no tiene más límite que el notorio perjuicio físico y moral de dicho menor, el padre, por su parte, tiene derecho de visitar al hijo, de comunicarse y tratar con él, vigilando prudentemente el cumplimiento de las obligaciones de guarda y custodia a cargo de la madre, sin pretender una intromisión constante y absoluta que no es lógica, ni siquiera en los casos en que el matrimonio subsiste."²¹⁸

Como anteriormente señalamos la legislación instituye como una figura subsidiaria de la patria potestad a la tutela, así lo muestra el criterio jurisprudencial transcrito a continuación:

"PATRIA POTESTAD Y TUTELA.

TEXTO: Es fundamentalmente distinta la situación jurídica de los menores que se encuentran sujetos a patria potestad y la de los que se encuentran sometidos a tutela, porque una y otra de estas instituciones de derecho civil, se rigen por disposiciones especiales, sin que puedan confundirse, dado que la patria potestad excluye a la tutela, desde el momento en que ésta únicamente se realiza para la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad, tienen incapacidad natural o legal, o sólo la segunda, para gobernarse por ellos mismos; regla general que sólo admite la excepción de la tutela interina o tutela específica, que es la que opera cuando, en casos especiales y determinados, los intereses del menor pueden estar en pugna con los de sus ascendientes en ejercicio de la patria potestad o de sus tutores; pero la misma está limitada al caso especial para el que fué diferida..."²¹⁹

Es práctica habitual que la patria potestad y su ejercicio, la guarda y custodia sean objeto de negociación en el foro por

²¹⁸Ibidem. Séptima Época. Vol. 2, p. 67.

²¹⁹Semanario Judicial de la Federación. Tercera Sala. Quinta Época. T. LXIII. p. 289.

parte de litigantes y padres, pero no se medita por los partícipes sobre el deseo del menor, no obstante el criterio jurisprudencial si atiende a cuestiones de carácter emotivo:

"PATRIA POTESTAD, INTERÉS DE LOS HIJOS HÁBIDOS FUERA DE MATRIMONIO PARA EL EJERCICIO ÚNICO DE LA.- Tratándose de conflicto entre los padres por los hijos nacidos fuera de matrimonio, en el que se pide el ejercicio exclusivo de la patria potestad para uno de éstos, cuando vivían juntos y se separaron, en caso de que no se pongan de acuerdo, el juez deberá tener en cuenta los intereses de los hijos; pero estos intereses no necesariamente se identifican con la capacidad económica de uno de los progenitores para decidir que queden bajo su única patria potestad, sino que en cada caso deben examinarse circunstancias muy diversas, tales como la edad y sexo de los hijos, así como las consecuencias que han existido antes y después del estado de separación, con el objeto de que el juzgador pueda conocer cuál de los progenitores ha tenido mayor cuidado por ellos, es decir, en que forma directa o indirecta han atendido a la subsistencia y educación de los hijos y en qué medida han estado pendientes de su salud y seguridad...En este orden de ideas, el juzgador debe entender que los intereses de los hijo requieren que la patria potestad se entregue al padre o a la madre que haya demostrado el mayor empeño material y moral por ellos, al que haya estado más pendiente de sus subsistencia, seguridad y educación y al que les preste un ambiente agradable para su formación con el objeto de que su proyección espiritual sea grande, independientemente de su situación social y económica; pero sobre todo, que al hacerse esa designación no se perjudique el estado emocional y afectivo de aquéllos, con el objeto de que no se deteriore su personalidad..."²²⁰

El legislador tomó conciencia de que era un absurdo que de un divorcio o de una ruptura conyugal o de pareja se derivará la pérdida de la patria potestad para el culpable y por tanto otorgó amplias facultades al juez familiar para decidir al

²²⁰Tercera Sala. Séptima Época, Vol Semestral 103-108, Cuarta Parte. p. 159.

respecto; lo cual consideramos como una facultad sumamente delicada y ambivalente que el juez debe utilizar con mucha cautela.

4.- RESUMEN Y PROPUESTAS EN CONTROVERSIA DE ORDEN FAMILIAR.

Al constituir la familia el núcleo de la sociedad requiere todo un marco jurídico que regule y proteja sus manifestaciones, por ello el Estado interviene en la vida familiar, pero hasta cierto grado; es decir, sin que esta intervención afecte las relaciones privadas del grupo.

Así crea centros de atención médica, instituciones asistenciales, programas para su desarrollo armónico e integral, primordialmente instituye un orden legal.

Dicho ordenamiento surge a partir de las figuras jurídicas imperantes en la familia, las cuales toman como punto de partida la filiación, entendida ésta como el nexo legalmente reconocido entre padres e hijos, cuya principal función es determinar derechos y obligaciones entre sus partícipes.

En este orden de ideas, el Derecho Familiar se conforma de esos derechos y obligaciones, los cuales al agruparse según su naturaleza y finalidad permiten la aparición de las instituciones familiar.

Esta rama de derecho no se agota con ese aspecto, también regula las relaciones entre los cónyuges o parejas, sin embargo y al no constituir tal orientación un elemento de la presente investigación, su mención es sucinta.

Las instituciones a las que anteriormente nos referimos son la patria potestad, su ejercicio (la guarda y custodia), los alimentos, las cuales tienden a la protección legal de los menores con la voluntad de los progenitores e incluso en contra de ellos, en

tal supuesto se actualiza la institución de la tutela como subsidiaria.

A pesar de que el Estado crea todo un sistema social, cultural, económico y jurídico para proteger a la familia, existen disposiciones legales contradictorias.

Tal situación toma relevancia en el momento de su aplicación, ya que muchas veces lo que se hace es que se aplican conforme a la letra de la ley, utilizando un legalismo formal, una rigidez de silogismo, sin tomar en cuenta los fines de la norma o la 'ratio iuris'.

Por ejemplo al aparecer la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil, la primera reacción que provocó es pensar que el legislador otorgaba una vía rápida para disolver el matrimonio, atacaba una institución base de las relaciones familiares.

Sin embargo no se prestó atención a la razón de ser de tal disposición, al fin que la misma perseguía, las causas que la motivaron; las cuales son que en el momento en que apareció tal causal existían un sin número de separaciones de hecho que la gente consideraba de buena fe como una separación de derecho, es decir, un divorcio sin ser tal.

El juzgador empieza a aplicar indiscriminadamente esa causal, sin detenerse a observar su motivación de hecho ni señalar que requiere ciertos elementos tales como que la separación de los cónyuges sea con el ánimo de extinguir el matrimonio, que ninguno de los dos realice actos tendientes a regularizar tal situación; fundamentos esenciales para que proceda dicha causal.

La citada disposición contiene una deficiencia, para hacer posible la causal en comento fue preciso suprimir el texto del artículo 283 del Código Civil, que señalaba a cual de los consortes correspondía la patria potestad de los hijos, quien estaba obligado a proporcionar alimentos, en resumen quien era cónyuge culpable

y por tanto poder determinar al obligado respecto de los deberes subsistentes, como el alimenticio.

La opinión sustentada por la Suprema Corte de Justicia es que se establezca como acreedor alimenticio aquel cónyuge que los necesite y como deudor aquel que tenga posibilidades de satisfacerlo.

Esto es, según el nuevo texto del artículo citado, el juzgador goza de amplísimas facultades para decidir tales aspectos, sin embargo nos pronunciamos renuentes a este poder ilimitado, toda vez que el juez familiar no ha tomado consciencia de la magnitud de tales facultades que, generalmente, son utilizados de forma restringida y pocas veces en beneficio del grupo familiar.

Aunado a que es una incongruencia admitir una causal de divorcio y por otro lado buscar el fortalecimiento de la familia.

"Es indudable que las reformas legislativas operadas hace más de veinte años, tanto en el ámbito judicial -con la creación de los tribunales especializados en la rama familiar-como procesal -con la institución de un procedimiento específico para el conocimiento de los litigios de esa materia- tuvieron el propósito de fortalecer a la familia como base fundamental de la sociedad, mediante una efectiva protección a sus miembros, cuyos problemas debían ser resueltos, conforme al espíritu de la nueva ley, por jueces capaces y sensibles, dotados de amplios poderes discrecionales, que actuaran a solicitud de parte y aun de oficio en defensa de menores, para asegurar su bienestar y subsistencia y para proteger en general a la familia...

Así las cosas, cualquiera diría que la institución del matrimonio debería ser defendida vigorosamente, como acto constitutivo de la familia, como medio para preservar su unidad y

para mantener la salud de la sociedad de la cual es la célula esencial."²²¹

Por tanto para que proceda la causal de divorcio, ésta deberá tener ciertos requisitos de base, tales como el que exista el desvinculamiento real y de hecho de la pareja, que el mismo debe ser con el ánimo de separarse legalmente, que al existir menores hijos se les otorguen los derechos correspondientes, los cuales deberán ser garantizados; de no ser de esta manera no se le deberá dar cause legal al divorcio así solicitado.

ALIMENTOS.

Respecto de la institución alimentaria observamos que la ley la ubica en una categoría elevada, en beneficio de la familia y especialmente de los acreedores alimentarios, dándole el carácter de derecho preferencial.

Se presenta una incongruencia referida a que los alimentos surgen por la sola necesidad del acreedor y la posibilidad del deudor, sin embargo la ley en el supuesto de hijos de divorciados señala que tal obligación sólo será cubierta en tanto no lleguen éstos a la mayor edad.

Por ello nos adherimos al criterio sustentado por el alto Tribunal al señalar que tal obligación subsiste mientras exista la necesidad y no se extingue por alcanzar el acreedor la mayor edad, no obstante al ocurrir tal supuesto es menester que éste acredite su necesidad.

En este orden de ideas y conscientes de que en un primer momento los obligados a cubrir tal deber son los progenitores, aceptamos que los parientes colaterales y los ascendientes sólo cumplan con la misma de manera subsidiaria.

Pero no coincidimos en que nuevamente se limite su cumplimiento a la mayor edad si los mencionados sujetos se

²²¹BEJARANO Y SÁNCHEZ, Manuel., Ob. Cit. pp. 85-7.

encuentran en posibilidad de seguir cubriéndola, el acreedor continúe necesitando tales satisfactores y sus padres permanezcan imposibilitados, aunado ello a que la Suprema Corte en el mencionado supuesto no señala término de extinción.

Consideramos pertinente establecer que se continuará cubriendo tal obligación por los parientes colaterales o ascendientes aún cuando el acreedor cumpla la mayor edad, en el entendido que éste último lo requiera, los primeros se encuentre posibilitados para tal y los padres continúen impedidos.

Como es sabido en el foro, los alimentos se traducen en un derecho pecuniario porque son materialmente palpables, la ley señala en un primer momento que el derecho a tales no puede ser objeto de transacción o renunciabile, sin embargo en disposición diversa (artículo 339) se permite la transacción, propiciando un fraude a la ley.

Lo que sucede es que este derecho (el alimentario) si puede ser objeto de transacción e incluso puede estar sujeto a arbitraje, pero únicamente respecto de aquellas pensiones caídas, toda vez que no es urgente que el acreedor las reciba, como lo dispone el artículo 2951 del código civil para el Distrito Federal, el cual creemos debería ubicarse dentro del texto del artículo 339 del mismo ordenamiento legal con el propósito de evitar confusiones.

PATRIA POTESTAD.

Dentro del marco de protección al menor por parte de la legislación positiva se instituye la patria potestad, la cual se determina a partir de que se establece la filiación entre padres e hijos, sin que ello presuponga la existencia de un matrimonio, ya que puede surgir dentro o fuera del mismo.

La patria potestad es un conjunto de facultades y deberes tendientes a salvaguardar a los hijos sujetos a ésta, determinada por la filiación que para la madre surge por el solo hecho del

nacimiento, debido a que la maternidad es una situación objetiva de signos inequívocos.

En tanto que para el padre, si se trata de hijos nacidos de matrimonio se preestablece que son hijos del cónyuge, si es respecto de hijos nacidos fuera del matrimonio surge por el reconocimiento voluntario que el presunto padre haga o por una declaración judicial.

Es absurdo el trato que la ley le da a la madre frente al padre a pesar de que se ha establecido como una garantía individual la igualdad del varón y la mujer ante la ley.

Consideramos que con el propósito de terminar con esta situación injusta se amplíe la prueba presuncional en la comprobación de la filiación paterna, señalando los elementos sobre los cuales verse, tanto la legal (disposiciones legales aplicables) como la humana (hechos notorios que ninguna de las partes manifiesta, pero el juez a través del principio de inmediatez percibe).

Así mismo es absurdo que se siga distinguiendo entre hijos nacidos de matrimonio y fuera de él, como anotamos, tal distingo tiene su razón de ser sólo para determinar la filiación, pero una vez constituida ésta se hace innecesario.

Anotamos que si bien es cierto la patria potestad tiene como elementos estrechamente vinculados la guarda y custodia, también es cierto que ésta figura no se agota ni es exclusiva de la patria potestad.

En ese entendido cuando por falta o imposibilidad física o legal de los llamados preferentemente a ejercer la patria potestad se corra el riesgo de dejar sin protección al menor se le designará un tutor, ya que la tutela es una figura subsidiaria que tiene como objeto la guarda de los menores de edad no emancipados, se actualiza entonces el supuesto de que la guarda y custodia sea ejercida por otra persona.

Por ello se hace necesario que se utilice correctamente, tanto por el legislador como por los jueces familiares, los términos de patria potestad y guarda y custodia, porque si bien la primera contiene a la segunda, indistintamente en la ley se habla de una cuando de la interpretación se desprende que se trata de la otra.

Cuando se involucran intereses económicos respecto de los bienes del menor, la ley le otorga cierto grado de capacidad de ejercicio para que intervenga, incluso despliega todo un procedimiento para la disposición que los padres hagan de esos bienes.

Sin embargo si no hay tal trascendencia pecuniaria el legislador no observó necesaria la intervención del menor, no obstante que tales decisiones afectan más su vida y su desarrollo.

Se debe proteger primero la integridad emocional y física del menor, permitiéndole participar activamente en las decisiones que se tomen respecto de su desarrollo futuro y no sólo cuando se trate de la protección de sus bienes materiales.

GUARDA Y CUSTODIA.

El ejercicio de la patria potestad se traduce legalmente en la guarda y custodia sobre los menores de edad que, en un principio corresponde a ambos padres, quienes son los autorizados por la ley.

No obstante puede surgir su desvinculación, esto es, que la patria potestad como derecho sea detentado por ambos titulares, pero su ejercicio, es decir, la guarda y custodia sea designada a una tercera persona, sin que ello conlleve incongruencia alguna.

Este supuesto se presenta cuando la convivencia del menor con sus padre ponga en peligro su estabilidad emocional debido a los múltiples conflictos que los cónyuges tienen como pareja.

Ahora bien, puede suceder que incluso sea uno de los padres quien tenga al menor a su cuidado, esto sin que necesariamente el otro padre haya perdido o esté suspendido en su derecho de patria potestad, se presenta cuando los progenitores no tienen vida en común, se encuentran separados; es precisamente en estas circunstancias donde se hace necesario diferenciar entre el derecho y el ejercicio con el propósito de que no se caiga en error.

La ley prevé el supuesto de que un tercero venga a cumplir con la guarda y custodia aún cuando los padres conserven la patria potestad, ello toma actualidad, como lo señalamos, cuando sea en beneficio del menor.

La legislación civil con visión hacia el futuro y en protección de los menores que podían quedar desamparados instituyó la figura de la tutela.

Sin embargo ésta sólo se presenta cuando no existan los titulares de la patria potestad o estén imposibilitados para ejercitarla, y como la patria potestad y la tutela comparten el mismo objetivo que es la guarda de los menores de edad no emancipados, la segunda es subsidiaria de la primera y en ese entendido el tutor ejercerá guarda y custodia sobre el menor.

Nuestra propuesta va encaminada a que en los procedimientos judiciales en que intervenga la pérdida o suspensión de la patria potestad el juzgador haga la designación del tutor y no sólo se limite al caso de divorcio (artículo 283), ello es en beneficio del menor porque, como anteriormente lo mencionamos, su cuidado y protección no se pueden suspender.

La guarda y custodia dentro de la patria potestad es tomada en el foro como un objeto de negociación entre los cónyuges o progenitores, lo cual debe terminar porque si bien en la legislación se permitió la pérdida de tal derecho, también es cierto que la misma conlleva graves consecuencias tanto para el padre condenado como para el hijo.

Por ello, apoyándonos y fundados en el artículo 94 del código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que anteriormente citamos, creemos que es posible restituir en su ejercicio al padre que fue condenado a su pérdida y cuyo presupuesto es que hayan cambiando las circunstancias que dieron origen a tal sanción y que éste padre muestre un verdadero e indubitable ánimo por participar activa y positivamente en el desarrollo y formación de su menor.

Aunado a que en la legislación sustantiva no se señala expresamente que tal pérdida sea definitiva.

CAPITULO IV

TESIS DE LA TESIS

El título del presente capítulo alude a que en el mismo se contempla nuestra tesis, es decir, nuestra postura, nuestro punto de vista y aportación a la solución del problema del desamparo legal en que se encuentra la familia y especialmente los menores; el mismo se traduce en que, aún cuando la legislación mexicana señala un sin número de disposiciones tendientes a proteger al núcleo familiar y a que la tramitación legal de sus conflictos, que trascienden al ámbito social, sean resueltos de manera pronta y expedita, no se lleva a la práctica.

Esto sucede porque las citadas disposiciones se hayan dispersas en los cuerpos legales o no son tomadas en cuenta por la costumbre de repetir el formalismo del juicio ordinario civil a pesar de no ser el idóneo y, primordialmente porque no existe un ánimo genuino por parte de los funcionarios judiciales para aplicar y hacer uso de sus facultades, ya que ello implica un constante esfuerzo y un continuo estudio de actualización.

Por tanto, esos estatutos legales deben adecuarse y establecerse de manera lo suficientemente clara para que se eviten, en la medida de lo posible, las interpretaciones erróneas y la falta de aplicación.

1.- AVANCES EN MATERIA PROCESAL

Nuestro país fue el primero en el mundo en separar la rama familiar de la civil, al instituir por el Presidente Carranza en abril de 1917 la 'Ley sobre relaciones familiares', cuya principal aportación fue la inclusión en la ley del divorcio vincular, es decir, aquel que disuelve el vínculo conyugal y deja en posibilidad a los consortes de contraer nuevas nupcias.

No obstante su vigencia fue mínima y nuevamente la materia familiar se contempló en el Código Civil, como nos muestra dicha legislación del año 1932, en la que se realizó un vasto articulado respecto de las instituciones familiares.

Esta inquietud por separar ambas ramas del derecho, básicamente en su tramitación siguió latente, así "La Ley Orgánica del Justicia del Fuero Común del Distrito Federal, publicada en Diario Oficial de 29 de enero de 1969, en su texto original, facultaba a las primeras cinco Salas del Tribunal Superior de Justicia para conocer de los asuntos del orden civil. En los asuntos del orden civil se incluían los de carácter familiar."²²²

Durante el Sexenio del Presidente Luis Echeverría Álvarez, en el año 1971 se crean los Juzgados Familiares, que vienen a sustituir la actividad de los juzgados pupilares y los civiles de primera instancia en asuntos familiares.

"En el Diario Oficial de 18 de marzo de 1971, se publicó Decreto por el que se reformó y adicionó la citada Ley Orgánica...De las cinco primeras Salas del Tribunal Superior de Justicia, según lo determinase discrecionalmente el Pleno...unas conocerían exclusivamente de asuntos de Derecho Familiar y las otras de los asuntos de Derecho Civil."²²³

Sin embargo tan loable creación adoleció de un auténtico espíritu reformador, ya que lo que hizo fue que aquellos juzgados civiles que tuvieran mayor número de asuntos familiares pasarían a ser juzgados familiares, sin contar con una estructura orgánica y legislativa 'ad hoc'.

Se siguieron aplicando los criterios y las disposiciones civiles a los asuntos familiares, a pesar de reconocer que no eran lo mismo.

²²²ARELLANO GARCÍA, Carlos., PROCEDIMIENTOS CIVILES ESPECIALES, Edic. 1a. Edit. Porrúa, S.A. México, 1987. p. 71.

²²³Ibidem. pp. 72-3.

Sin embargo "...en Diario Oficial de 14 de marzo de 1973 se publicó el Decreto por el que se reformó y adicionó el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, por cuyo Artículo Sexto se adicionó un Título Decimosexto, Capítulo Único, que comprende los artículos del 940 al 956. El Capítulo Único se denominó: 'De las Controversias de Orden Familiar.'"²²⁴

La trascendencia de esta reforma es que; como anteriormente mencionamos:

a) Se elevan a la categoría de orden público los problemas inherentes a la familia, "El orden público no es más que la preferencia, que por razón de importancia, merece algún orden de actividades. Hugo Alsina lo define como el conjunto de normas en que reposa el bienestar común y ante el cual han de ceder los derechos de los particulares. Los problemas pues, de la familia, por su importancia merecen aquella preferencia."²²⁵

b) Se faculta al juez para intervenir de oficio, especialmente cuando se trate de menores y alimentos; su objeto es decretar medidas para la protección de los miembros de la familia.

c) Se obliga al juez a suplir la deficiencia del planteamiento, lo cual no se establece en favor únicamente de una de las partes, pero se limita al terreno jurídico y no al fáctico.

d) Se simplifica el procedimiento a través de la disminución de formalidades.

e) Se impone el sistema oral sobre el escrito.

f) Se establece como optativa para las partes la asesoría jurídica, pero si una de ellas se encuentra asesorada la otra también deberá estarlo, para ello se solicitará un defensor de oficio.

²²⁴Loc. Cit.

²²⁵PÉREZ PALMA, Rafael., GUÍA DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Edic, 7a. 1a Reimpresión. Edit, Cardenas Editor y Distribuidor. México, 1994. p. 972.

g) Se concede al juez la facultad de asesorarse personalmente de la veracidad de los hechos o con auxilio de trabajadores sociales.

h) Si las partes ofrecen pruebas, lo harán en el escrito inicial o primera comparecencia, ya que como nos dice Carlos Arellano García "...no hay oportunidad posterior para el ofrecimiento de pruebas que requieran preparación, dado que en el procedimiento familiar se pretende que rija el principio de concentración y el de celeridad."²²⁶

i) En la audiencia las partes aportarán las pruebas ofrecidas que no sean contrarias a la moral ni prohibidas por la ley.

"La expresión 'aportadas' quiere tal vez significar 'desahogadas'"²²⁷, es decir, son las partes las encargadas de su preparación y desahogo.

j) La audiencia se celebrará con o sin asistencia de las partes y se fijará para celebrarse dentro de los treinta días siguientes a la notificación del auto que ordene el traslado.

k) Si no se puede celebrar la audiencia en el término fijado, se señalará fecha dentro de los ocho días siguientes.

l) La sentencia se pronunciará en forma breve en la misma audiencia, de no ser posible lo anterior, se pronunciará dentro de los siguientes ocho días.

m) Respecto de los recursos, se sujetarán a las disposiciones generales, pero en caso de recusación ésta no impedirá que el juez tome las medidas provisionales sobre depósito de personas, alimentos y menores, así como tampoco lo impedirá la presencia de excepciones; se dará trámite a los recursos hasta que se hayan tomado tales medidas.

²²⁶ARELLANO GARCÍA, Carlos., PROCEDIMIENTOS CIVILES ESPECIALES. Ob. Cit. p. 77.

²²⁷BECERRA BAUTISTA, José., EL PROCESO CIVIL EN MÉXICO. Edic, 14a. Edit, Porrúa. México, 1992. p. 551.

n) Los incidentes se tramitarán con un escrito de cada parte sin suspensión del proceso, si se promueve prueba se celebrará audiencia indiferible dentro de los ocho días siguientes y se dictará sentencia interlocutoria dentro de los tres siguientes días.

Estas innovaciones procesales realizadas en controversia familiar aparecieron en el año de 1973²²⁸, sin embargo ello no impidió que se siguiera utilizando el procedimiento civil en materia familiar, aún contando con un procedimiento ex profeso para dicha materia.

Un considerable número de disposiciones del Capítulo en estudio se puede equiparar con el procedimiento del juicio sumario (derogado), ya que en éste último por ejemplo al comparecer se ofrecían las pruebas en los negocios sobre alimentos, tanto por parte del actor como del demandado, tal como se hace actualmente en los procedimientos de controversia familiar con la diferencia que no sólo se limita a la cuestión alimenticia.

El legislador se percató de que ciertas disposiciones del juicio sumario podrían habilitarse en el de controversias familiares, pero no podía instituir nuevamente el juicio sumario, por tanto las incursionó a través del Título Decimosexto del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

El 24 de mayo de 1996 se llevó a cabo una reforma más al mencionado código de procedimientos que modifica varios artículos y adiciona párrafos y fracciones a otros; no obstante de que el Título en comento no figura dentro de dicho decreto.

Consideramos conveniente mostrar ciertas disposiciones que, por estar incluidas dentro de las reglas generales, podrían tener ingerencia dentro del procedimiento familiar, acorde con el artículo 956 procesal, así tenemos:

El artículo 35 señala cuales son las excepciones procesales y establece que en ningún caso se suspenderá el procedimiento.

Se dispone en el artículo 47 que el juez examinará de oficio la personalidad de las partes y el interesado podrá corregir cualquier defecto hasta la audiencia previa y de conciliación; contra el auto que niegue la personalidad procede el recurso de queja.

En la fracción I del artículo 56 se establece como obligatorio el que los ocurso de las partes se encuentren firmados o se imprima la huella digital de los mismos con la leyenda de que una persona de su confianza 'firma a su nombre y ruego'.

Se señalan claras reglas que deben observarse al celebrar la audiencia y cuándo la misma sea privada se manifestarán los motivos y la inconformidad o conformidad de las partes a ello, según el artículo 59. El secretario deberá señalar día, lugar y hora del inicio y el termino de la audiencia.

Se amplía una corrección disciplinaria con objeto de reprimir cualquier interrupción a la audiencia, ya sea por los que intervienen en ella o por terceros ajenos, así como las faltas de respeto al tribunal; tal corrección consiste en el arresto hasta por 36 horas (artículo 62 frac IV).

Se especifican con claridad las funciones de la Oficialía de partes común y la Oficialía de partes de cada juzgado, así como su horario de labores; respecto de la primera se amplía el horario de las 9 a las 21 horas.

Así mismo "Las primeras diligencias en materia de depósito de personas y demás cuestiones de derecho familiar, o cualquier otra que, a juicio del juez, fuere de índole tan perentoria y urgente que su dilación dé motivo fundado para temer que se cause perjuicio 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..."²²⁹

Para obtener copias simples de los documentos o resoluciones que obren en autos no se requiere decreto judicial, pero sí cuando se soliciten copias certificadas, acorde al artículo 71.

En el procedimiento para dictar sentencia se dispone expresamente que en el mismo término (ocho días para interlocutoria y quince para definitiva) se debe mandar publicar en Boletín Judicial (artículo 87).

En la tramitación de los incidentes en materia civil, como novedad se amplía el término para señalar la audiencia de desahogo de pruebas y se permite diferirla una sola vez, de acuerdo al artículo 88..

El retardo en el pronunciamiento o publicación de la sentencia interlocutoria dará lugar a queja administrativa ante el Consejo de la Judicatura, según el artículo 90.

Por primera vez observamos la intervención del Consejo de la Judicatura en las actuaciones procesales, aún cuando nuestra Carta Magna señala a éste órgano como integrante del Poder Judicial (artículo 94 Constitucional), cuyas funciones son la administración, la vigilancia y la disciplina del Poder Judicial de la Federación, excepto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El escrito de demanda será acompañado por los documentos base de la acción y la contestación por aquellos que funden las excepciones así como los documentos que le sirvan de prueba; de no ser posible se presentará la copia sellada de haber gestionado su obtención y si tampoco fuere esto posible, señalaran bajo protesta de decir verdad la causa por la que no pueden presentarlos.

Además de los documentos mencionados se acompañarán copias simples tanto de los escritos como de los documentos presentados para correr traslado a la contraria e integrar el duplicado del expediente (artículo 95).

No se admitirán pruebas después de la presentación de los escritos iniciales, salvo que sean supervenientes.

"A las partes sólo les serán admitidos, después de los escritos de demanda y contestación, los documentos que les sirvan de prueba contra excepciones alegadas contra acciones en lo principal o reconvenzional; los que importen cuestiones supervenientes o impugnación de pruebas de la contraria; los que fueren de fecha posterior a la presentación de la demanda o de la contestación ; y aquellos que aunque fueren anteriores, bajo protesta de decir verdad, se asevere que no se tenía conocimiento de ellos."²³⁰

Así mismo se extiende el plazo para presentar pruebas supervenientes, ya que se permite exhibirlas hasta antes de que concluya el desahogo de las mismas (artículo 99).

Cuando las partes autoricen para oír notificaciones a otras personas, éstas deberán acreditar estar legalmente autorizadas para ejercer la abogacía, es decir, ser licenciados en Derecho o pasantes con carta, para que puedan interponer recursos, ofrecer e intervenir en el desahogo de pruebas, alegar en audiencias, pedir se dicte sentencia, realizar cualquier acto necesario para la defensa de los derechos del autorizante.

También podrán autorizar a cualquier persona con capacidad legal para oír notificaciones y el juez señalará claramente el alcance de la autorización, de acuerdo al artículo 112.

La citación de peritos y testigos se hará por las partes, si a pesar de estar notificados no asistieren se desechará tal

²³⁰Ibidem. p. 8.

probanza y si no fueron notificados no se les volverá a buscar; ya que es obligación de los contendientes la presentación de los primeros (artículo 120).

Las subsecuentes notificaciones pueden hacerse vía telefónica o telefacsimilar si las partes lo creyeren oportuno, manifestándolo por escrito. El tribunal asentará la razón de la notificaciones hechas de tal forma, así lo dispone el artículo 121.

Se modifica el término para interponer el recurso de apelación que será contra sentencia definitiva de nueve días y contra sentencia interlocutoria de seis días.

Respecto de la competencia se establece que por territorio y por materia son las únicas prorrogables; por materia sólo en civil y familiar y en los casos que señala el artículo 149.

La presente disposición contraviene lo establecido por el artículo 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal que señala la competencia por materia del juez familiar; así como el artículo 159 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que dice: "De las cuestiones sobre estado o capacidad de las persona y en general de todas las cuestiones familiares que requieran intervención judicial, sea cual fuere el interés pecuniario que de ellas dimanare, conocerán los Jueces de lo Familiar."²¹

Estamos pugnando por la especialización del juez familiar y la citada reforma permite que un juez civil pueda resolver, con criterios civilistas, un conflicto de naturaleza familiar que puede estar completamente desvinculado del aspecto patrimonial.

Aunado a ello se suma el artículo 165 del mismo ordenamiento, también reformado, que impide al juez inhibirse si se encuentra en el supuesto del anteriormente citado artículo 149.

²¹CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ob. Cit. art. 159.

El artículo 154 determina con precisión qué se exceptúa de nulidad cuando el juez del conocimiento sea declarado incompetente, así dispone: "Es nulo todo lo actuado por el juez que fuere declarado incompetente, salvo:

I. La demanda, la contestación a la demanda, la RECONVENCIÓN y su contestación, si las hubo, las que se tendrán como presentadas ante el juez que reconocida una incompetencia, sea declarado competente;"²³²

Siguiendo con las reformas se establece que en caso de prevenir la demanda el juez señalará claramente en que consiste el defecto dentro del término de tres días y el actor contará con cinco días para cumplir con la prevención, de lo contrario se desechará la demanda, según el artículo 257.

No se dará trámite a aquellas promociones de las partes que no se encuentren firmadas o estampada la huella digital y sin la debida identificación del litigio al que se dirige (artículo 270).

El juez puede ordenar que se subsane cualquier omisión, dentro de la substanciación, con el propósito de regularizar el procedimiento con la limitante de no revocar sus propias determinaciones, acorde al artículo 272-G.

Se aclara en que momento procesal inicia el período de ofrecimiento de pruebas, dispone el artículo 290 que dicho período se abrirá a más tardar al día siguiente de celebrada la audiencia previa, de conciliación y excepciones procesales.

Al ofrecer las pruebas se expresará claramente que hechos se pretende probar con las mismas y las razones por las que se cree que se demostraran tales afirmaciones, si el tribunal considera que dichas pruebas no cumplen con lo citado se desecharan (artículo 291).

²³²DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. 24-V-1996. p. 14.

Se limita el período de ofrecimiento de la prueba confesional, ya que se podrá ofrecer desde los escritos de demanda y contestación hasta diez días antes de la audiencia de pruebas (artículo 308), distinto de la anterior disposición que se permitía ofrecerla hasta antes de la audiencia.

Las personas físicas parte del juicio sólo absolverán posiciones personalmente cuando así lo exprese el que las articula; no obstante si el mandatario o representante acuden a absolver posiciones por su representado es preciso que conozcan los hechos controvertidos, "...y no podrá manifestar desconocer los hechos propios de aquel por quien absuelve..."²³³, lo cual se encuentra dispuesto en el artículo 310. Así también contra la calificación de posiciones no procede recurso alguno.

El artículo 346 establece que la prueba pericial se admitirá únicamente cuando se requieran conocimientos especiales y no sobre conocimientos generales, en tal caso se desechará de oficio.

Al ofrecer dicha probanza se señalará claramente sobre el arte, técnica, oficio, ciencia o industria que versará, los puntos y cuestiones que deba resolver, nombre, domicilio y acreditación del perito y la relación de la prueba con los hechos controvertidos. Si faltará algún requisito el juez desechará de plano la misma.

El dictamen pericial se presentará dentro de los diez días siguientes a la aceptación y protesta del cargo; cuando se trate de juicios sumarios o especiales el dictamen se rendirá dentro de los cinco días siguientes a la aceptación que haga el perito del cargo.

Si la contraria no designa perito o éste no se presenta, se tendrá como conforme con el dictamen del que si designó.²³⁴

²³³ibidem. p. 19.

²³⁴ibidem. p. 20.

Antes de admitir la prueba pericial el juez le dará vista la contraparte para que proponga la ampliación de los puntos sujetos a dicha probanza (artículo 348).

De acuerdo al artículo 357 en la prueba testimonial el juez ordenará su citación con un apercibimiento de arresto hasta por 36 horas o multa equivalente hasta 30 días de salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal al testigo si éste no se presenta, además la prueba se declarará desierta.

Se otorga la posibilidad al juez de revocar aquellos decretos dictados dentro del procedimiento con el propósito de regularizarlo o apegarse al mismo, así también podrá revocar aquellos autos que no fueren apelables con el mismo fin (artículo 684).

Dice el artículo 685 que cuando la sentencia definitiva sea apelable la revocación sólo podrá versar contra autos de trámite, si la sentencia no fuere apelable la revocación procederá contra todo tipo de resoluciones excepto la definitiva.

Al interponer la apelación deberán expresarse en ese mismo acto los agravios, de lo contrario precluirá el derecho del apelante y la resolución impugnada quedará firme sin que requiera declaración judicial, salvo en la sentencia de primera instancia que requiere decreto del juez; si no se apela la sentencia definitiva se entenderán consentidos los autos y resoluciones que se apelaron durante el procedimiento (art 705).

Así mismo la apelación contra sentencia definitiva en los juicios sumarios y especiales sólo procederá en el efecto devolutivo (artículo 714).

Apreciamos que gran número de las disposiciones reformadas van encaminadas a la formalidad más estricta de los actos procesales, esa misma rigidez permite que se vislumbre más claramente el objeto de tales actos.

Verbi gracia las pruebas deben señalarse claramente y manifestar que se pretende comprobar con cada una de ellas; los requisitos de la demanda y de la contestación propician que desde el inicio de la contienda exista precisión de los puntos controvertidos. Todo ello redundará en una eficaz y pronta aplicación de la ley.

2.- PROPUESTA.

A lo largo del presente trabajo mencionamos las fallas que a nuestro parecer se cometen en la función judicial y más específicamente en la aplicación de la ley procesal dentro de las controversias de orden familiar, debido a la apatía e ignorancia de los juzgadores respecto de las disposiciones legales.

Sin embargo una labor intelectual como la presente no debe conformarse con señalar los puntos malos, por el contrario ese estudio debe guiarnos hacia la realización de proposiciones encaminadas a lograr un cambio benéfico, así mostramos nuestra postura para la solución de los problemas planteados.

Tal aportación la desarrollamos a través de las modificaciones que ofrecemos para el Título XVI del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; coordinando para su aplicación en el foro otras modificaciones, inclusiones y ampliaciones a la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, a las atribuciones del personal tanto judicial como administrativo que labora en el mismo incluso a dependencias y organismos auxiliares.

"Toda persona tiene derecho a que se administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo su resolución de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales..."²³⁵

²³⁵CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Ob. Cit. art. 17.

2.1.- MODIFICACIONES AL TÍTULO XVI DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Hemos visto que el procedimiento familiar se caracteriza por el principio inquisitorio, el cual no es más que el límite a la voluntad de los intereses particulares en beneficio de los intereses generales, se antepone a través del citado principio el bienestar familiar al bienestar individual.

En este sentido el legislador eleva a la categoría de orden público todos los problemas inherentes a la familia y para tal efecto faculta al juez para que actúe de oficio, interviniendo en tales conflictos.

Esta intervención no debe ser excesiva por parte del Estado en el seno familiar porque aún cuando éste último debe vigilar que toda modificación a las relaciones de dicha naturaleza se haga a través de una declaración judicial, no es posible ni en tales controversias substituir la petición de parte legítima para activar al órgano judicial; ya que el juzgador no puede darse a la tarea de andar cazando brujas para iniciar la actividad propia que, de manera contraria, desvirtúan su función.

"La expresión 'de oficio' debe ser interpretada, porque no obstante tratarse de asuntos familiares, es necesaria la intervención de parte legítima, ya que todo juez civil sólo puede actuar a petición de parte.

El criterio de parte quizá pueda ampliarse, pero de ninguna manera puede suprimirse la intervención de un interesado, en promover la actividad jurisdiccional."²³⁶

"Por ahora son imprevisibles las consecuencias que puedan sobrevenir al facultar a los jueces familiares para intervenir oficiosamente en los asuntos que afectan a la familia;

²³⁶BECERRA BAUTISTA, José., EL PROCESO CIVIL EN MÉXICO, Ob. Cit. p. 550.

la ley podrá ser buena, pero falta saber qué harán de ella los jueces encargados de aplicarla."²³⁷

Así, cualquier contienda judicial, incluso la familiar, se inicia a petición de parte y la actuación oficiosa del juez surge a partir de tal comparecencia del particular y su objeto básico versa sobre la protección principalmente de los menores y en general de la familia, para lo cual puede substituir la voluntad de las partes en las actuaciones judiciales.

Proponemos que se especifique en el artículo 940 del ordenamiento legal en cometo que la actuación oficiosa del juez es posible hasta después de que se ha promovido la actividad judicial por el actor.

"...un sistema procesal en el que no esté en vigor mas que la iniciativa de oficio, o en el que, al contrario, todo se deje a la iniciativa de las partes, no puede concebirse más que en teoría; en la práctica de las legislaciones positivas se procura coordinar y equilibrar los dos principios y crear un tipo intermedio en el que un principio puede predominar sobre el otro, pero nunca excluirlo absolutamente."²³⁸

Derivado de lo anterior se presenta la siguiente inquietud respecto de los funcionarios judiciales, es obvio que para conocer las causas que motivaron las disposiciones en estudio y lograr una adecuada aplicación de las mismas, persiguiendo sus verdaderos fines y no la rigidez silogística de la ley, se requiere de un elemento subjetivo (juez familiar) propicio, todo ello nos conduce a realizar una correcta elección de juzgadores en materia familiar, tópico que será objeto de estudio dentro del presente capítulo.

Continuando con el análisis al citado Título XVI se menciona dentro del artículo 941 tercer párrafo, la obligación del juez de exhortar a las partes para lograr un avenimiento; tal

²³⁷PÉREZ PALMA, Rafael., Ob. Cit. pp. 972-3.

²³⁸BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel., Ob. Cit. p. 176.

supuesto es poco frecuente en el foro porque el juzgador se limita a preguntar si llegaron o no a un acuerdo.

Esta facultad del juez debe ir más allá, debe plantearles las consecuencias jurídicas de su proceder, instarlas sobre lo que realmente quieren y lo que obtendrán.

Por ello proponemos que se instituya una especie de audiencia previa y de conciliación, la cual se verificará el mismo día de la audiencia de ofrecimiento, admisión y desahogo de pruebas, esto es, se iniciará con la exhortación del juez a las partes y si después de 20 minutos no se ha llegado a acuerdo alguno se procederá con la audiencia de ley, en el entendido de que aún cuando en ese momento no se haya logrado un avenimiento, éste puede surgir después.

Se deberá disponer en el artículo 941 el mencionado Código que, con el objeto de llevar la avenencia de las partes al plano fáctico, se otorga una instancia conciliatoria.

Lo que pretendemos es que el juez verdaderamente inste a las partes.

"La protección de la familia hace imperativo preservar en lo posible los lazos afectivos entre sus miembros y conservar el respeto, los sentimientos de solidaridad y amor y la disposición de apoyo recíprocamente...es en beneficio de las partes, pero sobre todo en bien de su prole; y a fin de lograrlo debe evitarse un juicio desgastante y enconado entre ellos, y permitirles que solucionen sus diferencias de común acuerdo..."²³⁹

Además de que si "Ahora la conciliación es obligatoria en todos los procesos de carácter civil."²⁴⁰ con mayor razón en los procesos familiares.

²³⁹ibidem. p. 145.

²⁴⁰BECERRA BAUTISTA, José., EL PROCESO CIVIL EN MÉXICO, Ob. Cit. p. 17.

"No se requieren formalidades especiales para acudir ante el juez familiar..."²⁴¹ dice el artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; recordemos que las formas procesales han sido creadas para dar seguridad a las partes y la adecuación de los actos a las mismas les otorga legalidad.

Conscientes de que el procedimiento familiar debe responder a la problemática jurídica de la familia y no a la estática del proceso el legislador creyó conveniente eliminar las formalidades especiales al ocurrir al juez familiar, idea con la que estamos de acuerdo, pero nos preguntamos ¿cuáles son estas 'formalidades especiales'?

"Delicada cuestión, no resulta hasta la fecha, es la de precisar los formalismos que la ley elimina, y los jueces, ante la duda, mantienen en ocasiones un formalismo a ultranza"²⁴², es correcta la eliminación de ciertos ritos procesales, pero la vaguedad con que se señala tal disposición hace imposible su aplicación práctica.

En este orden de ideas se hace necesario diferenciar entre formalidades especiales y formalidades esenciales; las primeras son prescindibles, no así las segundas según lo dispone el párrafo segundo del artículo 14 constitucional:

"Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho."²⁴³

En abono el artículo 159 de la Ley de Amparo señala: "En los juicios seguidos ante tribunales civiles, administrativos o del

²⁴¹ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ob. Cit. art. 942.

²⁴² BEJARANO SANCHEZ, Manuel., Ob. Cit. p. 168.

²⁴³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Ob. Cit. art. 14.

trabajo, se considerarán violadas las leyes del procedimiento y que se afectan las defensas del quejoso:

I. Cuando no se le cite a juicio o se le cite en forma distinta de la prevista por la ley.

II. Cuando haya sido mala o falsamente representado...

III. Cuando no se le reciban las pruebas que legalmente haya ofrecido o cuando no se reciban conforme a la ley.

IV. Cuando se declare ilegalmente confeso al quejoso o su representante...

VI. Cuando no se le concedan los términos o prorrogas a que tenga derecho...

VII. Cuando sin su culpa se reciban, sin su conocimiento, las pruebas ofrecidas por las partes [salvo instrumentos públicos]...

VIII. Cuando no se le muestren algunos documentos o piezas de autos de manera que no pueda alegar sobre ellos.

IX. Cuando se le desechen los recursos a que tuviere derecho..."²⁴⁴

Por tanto debemos entender que "...la relajación de las formalidades en la rama familiar, debe obedecer a la ponderación del interés en juego que discrecionalmente hará el juez, procurando la eficacia y oportunidad de sus medidas, para eludir la forma que se oponga a la consecución del propósito fundamental de la ley que es la protección de los menores y de la familia en general. LAS NORMAS DEBEN SER INTERPRETADAS EN EL SENTIDO QUE PERMITA

²⁴⁴LEY DE AMPARO, REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Edic. 1a. Edit, Themis, México, 1989, art. 159.

ALCANZAR SU FIN Y NO EN SU CONNOTACIÓN LITERAL.²⁴⁵

Consideramos propicio se señale en el artículo 942 que para acudir ante el juez familia, el justiciable podrá omitir aquellas formalidades, no esenciales, que impidan la obtención de respuesta a la petición hecha; así mismo el juzgador haciendo uso de su facultad oficiosa podrá prescindir de las formalidades especiales que obstaculicen la pronta y expedita impartición de justicia.

Ahora bien, esta ausencia de formalidades parecería restringida a determinadas controversias familiares, pero al final del citado artículo se abre la posibilidad de que se extienda a toda cuestión similar, esto es, que todo conflicto de índole familiar puede no cubrir las formalidades especiales y aún cuando la problemática en cuestión no se mencione expresamente en el artículo citado, esto no conlleva incongruencia alguna.

Así, los principios dispuestos en el Título Decimosexto del Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal son aplicables a todo juicio familiar, su presupuesto es que se involucren la seguridad y protección de menores e incapaces y su fundamento es que tales controversias son de carácter familiar y requieren el mismo trato por parte del juez y de la ley.

Por tanto también se establecerá en el citado artículo que toda controversia de carácter familiar por el solo hecho de tener esa naturaleza podrá regirse por los principios dispuestos por el Título XVI.

Estamos ciertos que en otros procedimientos, como el divorcio necesario es preciso que los formalismos procesales sean cubiertos; pero ello no impide que el juez utilice sus facultades en favor de la protección de ese núcleo familiar.

²⁴⁵BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel., Ob. Cit. p. 162.

No obstante de la idea anotada consideramos que "...no es exacto que se eliminen toda clase de formalidades...[la ley dispone que] puede acudirse al juez por escrito o por comparecencia...En consecuencia, se requiere por lo menos esta formalidad a fin de que el juez y la contraparte tengan manera de conocer los hechos planteados."²⁴⁶

"Aún tratándose de acciones tendientes directamente a la protección de la familia y de los menores, nuestro sistema jurídico exige como presupuesto del proceso, la demanda..."²⁴⁷, sea escrita u oral.

El artículo 943 señala: "Podrá acudirse al juez de lo Familiar por escrito o por comparecencia personal en los casos urgentes..."²⁴⁸

De lo anterior se desprende que la comparecencia personal será permitida única y exclusivamente en casos urgentes, por tanto la regla es que el justiciable se presentará ante el juzgador por escrito para iniciar una contienda judicial.

Aún cuando las circunstancias particulares del caso hicieran necesaria la comparecencia es inoperante en la práctica forense, porque en contadas ocasiones el juez pide al secretario de acuerdos levante un acta de la comparecencia, pero habitualmente sí el particular acude al juez, éste le remitirá a la Defensoría de Oficio del Fuero Común donde se le designará un abogado quien formulará por escrito la demanda.

Con lo que toma actualidad lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo en comento, referente a la optativa asesoría jurídica para los justiciables, lo que en materia familiar es letra muerta, porque "...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..."²⁴⁹; entonces ¿dónde quedó la

²⁴⁶ BECERRA BAUTISTA, José., EL PROCESO CIVIL EN MÉXICO, Ob. Cit. p. 550.

²⁴⁷ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel., Ob. Cit. p. 189.

²⁴⁸ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ob. Cit. art. 943.

²⁴⁹ Loc. Cit.

comparecencia personal y la opción de no tener un abogado patrono?, en este aspecto la verdad teórica es muy distinta a la verdad práctica.

Es valiosa la idea de la comparecencia personal, pero ello conlleva nuevas bases orgánicas de los juzgados, un mayor número de personal que pueda atender a los particulares, así como un horario más amplio de labores y sobre todo una gran disposición de servicio.

De las reflexiones anotadas se presentan ciertas interrogantes talés como:

¿Quién orientará a la ciudadanía que acude al Tribunal?, ¿Cómo puede designarse un defensor de oficio desde el inicio de la controversia?, si a una de las partes se le ha designado un defensor de oficio y toda vez que a tales funcionarios también se les aplica lo dispuesto por el artículo 232 fracción I del Código Penal vigente para el Distrito Federal²⁵⁰ ¿Con qué organismos cuenta la contraparte para ser asesorada jurídicamente, cuando no tenga recursos económicos?.

Nuestra solución es la creación de una mesa de trámite para las personas que acuden por primera vez al Tribunal y la ampliación de la Defensoría de Oficio, propuestas que posteriormente desarrollaremos, además que se disponga que como excepción y en casos urgentes se admitirá la comparecencia personal del justiciable y el juzgador, en tal supuesto, proveerá sobre las medidas provisionales pertinentes y prevendrá a las partes para que presenten por escrito la demanda y la contestación a la misma, autorizando a un abogado patrono.

No pretendemos que el procedimiento sea estrictamente escrito, tendemos a la oralidad entendida como lo señala el Dr. Fernando Flores García: "La oralidad no es...el predominio de la

²⁵⁰Art. 232. Además de las penas mencionadas, se podrá imponer de tres meses a tres años de prisión: I. Por patrocinar o ayudar a diversos contendientes o partes con intereses opuestos, en un mismo negocio o en negocios conexos, o cuando se acepte el patrocinio de alguno y se admita después el de la parte contraria. **CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL**, Edic. 47a. Edit. Porrúa, México, 1990.

palabra verbal. Es principio de concentración, línea firme de actividad, identidad del Juez [con las partes], es irrevocabilidad de las interlocutorias, y supone el avance técnico procesal más importante...²⁵¹"

De acuerdo a las multicitadas reformas de 24 de mayo de 1996, se permitirá que se presenten en copia simple los documentos que deban acompañar a sus escritos, siempre que acrediten que se ha solicitado su reposición.

Siguiendo el orden del articulado perteneciente al Título que nos ocupa, se dispone en el artículo 945 "La audiencia se practicará con o sin asistencia de las partes..."²⁵²

Como recordamos el asesoramiento jurídico en materia familiar se vuelve obligatorio para el ocursoante que, estando la contraparte patrocinada, no lo esté; "Es de suponerse que la posibilidad de diferir...[la]...audiencia siempre queda al arbitrio del demandado, si alega no tener abogado que lo asesore."²⁵³

Nuestra propuesta va encaminada a que una vez que las partes desde sus escritos iniciales designen abogado no tengan pretexto para acudir solas a la audiencia, pero si así fuere que se disponga como lo hace el artículo 387 del ordenamiento legal en comentario que a la letra dice:

"La audiencia se celebrará concurran o no las partes y estén o no presentes los testigos y peritos y los abogados."²⁵⁴, ya que los más interesados en que se resuelva la contienda son las partes y deben mostrar tal interés porque serán ellas quienes sufran las consecuencias de su incomparecencia o inactividad.

²⁵¹ MEMORIA DEL PRIMER CONGRESO MUNDIAL SOBRE DERECHO FAMILIAR Y DERECHO CIVIL... Ob. Cit. p. 258.

²⁵² CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ob. Cit. art. 945.

²⁵³ BECERRA BAUTISTA, José., EL PROCESO CIVIL EN MÉXICO, Ob. Cit. p. 552.

²⁵⁴ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ob. Cit. art. 387.

Por tanto se adicionará al artículo en cita lo siguiente: "La audiencia se practicará con o sin asistencia de las partes..." y estén o no presentes los testigos, peritos y abogados.

Parecería una violación a la garantía constitucional de audiencia la sugerencia expresada, pero los justiciables contarán con instancias previas a la celebración de la audiencia con el objeto de allegarse del asesoramiento jurídico necesario.

Como sería la Defensoría de Oficio, o los organismos no dependientes del Tribunal Superior de Justicia como son el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), el Centro de Atención a la Violencia Intrafamiliar (CAVI), o el Bufete Jurídico Gratuito dependiente de la UNAM, etc.; que se encuentran obligados a prestar el señalado servicio.

Es decir, el justiciable cuenta con el denominado por Rafael De Pina "Beneficio de pobreza. Asistencia prestada por el Estado a quienes no se hallan en condiciones de atender por sus propios medios a los gastos de un proceso o de una actuación judicial cualquiera sin desatender las necesidades ordinarias del propio sustento y del de la familia."²⁵⁵

Dispone el artículo que nos ocupa "...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. Aquéllos presentarán el informe correspondiente en la audiencia, y podrán ser interrogados por el juez y por las partes. Su valoración se hará conforme a lo dispuesto por el artículo 402 de este código. En el fallo se expresará en todo caso los medios de prueba en que haya fundado el juez para dictarlo."²⁵⁶

Es conveniente que el juez se allegue de otros estudios y criterios, aparte del suyo, para otorgar una solución a la controversia planteada porque éste funcionario no es infalible, por tanto puede dejar fuera del conocimiento de la causa

²⁵⁵PINA, Rafael De., y PINA VARA, Rafael De., DICCIONARIO DE DERECHO, Ob. Cit. p. 125.

²⁵⁶CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ob. Cit. art. 945.

situaciones o circunstancias en las que podría radicar la falla o ineficacia familiar o por el contrario la solución a esa problemática.

Fundados en el razonamiento anterior proponemos que más que como una facultad discrecional, ese auxilio del que habla el artículo 945 sea una obligación que el juez familiar deba cubrir en el procedimiento.

"...será indispensable...que [el juez] entre en contacto directo con los menores, para averiguar los hechos que las partes ocultan y que permitan inducir dónde reside la conveniencia del menor, para tomar en su beneficio la solución apropiada."²⁵⁷

Así mismo la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal reformada en Diario Oficial de fecha 7 de febrero de 1996 señala en el Título Octavo 'De las Dependencias del Tribunal Superior de Justicia', Capítulo III 'De la unidad de trabajo social y de la Biblioteca' que:

"El Tribunal...contará con una Unidad de Trabajo Social, cuyo principal objetivo será auxiliar a Magistrados, Jueces y Servicio Médico Forense, en los casos en que la ley lo prevé. Contará con un jefe y con el número de trabajadores sociales y el personal administrativo necesario."²⁵⁸

Los trabajadores presentan su informe en la audiencia y pueden ser interrogados por el juez y por las partes.

"Sin embargo, su dicho queda sujeto a la valoración de la prueba testimonial. Se supone que las trabajadoras sociales van a ser nuevas auxiliares de la administración de justicia...deben presentar 'su trabajo' en la audiencia y están sujetas a los interrogatorios del juez y de las partes. Este es el mismo trato que da el artículo 946 a los testigos."²⁵⁹

²⁵⁷BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel., Ob. Cit. p. 194.

²⁵⁸DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 7-II-1996, p. 30.

²⁵⁹BECERRA BAUTISTA, José., EL PROCESO CIVIL EN MÉXICO, Ob. Cit. p. 551.

Lo sobresaliente de tal disposición es que el juez "En forma participativa puede procurar allegarse de información para el descubrimiento de la verdad."²⁶⁰

El Maestro Güitrón Fuentesvilla dentro de su Código Familiar para el Estado de Hidalgo instituye 'los Consejos de Familia' que auxiliarán la administración de justicia, para ello despliega todo un capítulo que abarca del artículo 324 al 334 del citado Código, que regula a los Consejos.²⁶¹

Tomando como antecedente la institución del Consejo de Familia, proponemos que la presencia de trabajadores sociales en las controversias familiares, además de ser obligatoria, se amplíe con la participación de médicos generales, pedagogos y psiquiatras, quienes acudirán a auxiliar al juez en el tratamiento integral que el núcleo familiar requiera.

Además, utilizando un término manejado por el Maestro José Becerra Bautista, el dictamen de estos profesionales se tomará como un testimonio "... de calidad'..."²⁶²

Entendemos que es aquel testimonio técnico que surge a partir de que el profesional toma conocimiento directo del conflicto y lo somete a su noción y razonamiento vocacionales; para entender un poco más este aspecto equiparémoslo al derecho y será la aplicación de la 'ratio iuris'.

Como podemos apreciar ese testimonio técnico no se puede comparar con la prueba testimonial, ya que el testigo sólo menciona la razón de su dicho sin realizar juicios de valoración que los citados especialistas están obligados a hacer de manera objetiva.

"El fin...[que buscamos]...es orientar e instruir el criterio judicial, basado en el conocimiento del medio social y en la

²⁶⁰ARELLANO GARCÍA, Carlos., Ob. Cit. p. 81.

²⁶¹GÜITRÓN FUENTESVILLA, Julián y EGUÍA VILLASEÑOR, Emilio., Ob. Cit. pp. 67-9.

²⁶²BECERRA BAUTISTA, José., EL PROCEDIMIENTO CIVIL EN MÉXICO. Ob. Cit. p. 351.

educación de los miembros de la familia'...Deberán actuar en forma independiente, según su especialidad, para mejor proveer al juez, quien en última instancia, dirimirá las controversias familiares."²⁶³, su inclusión práctica la encausamos a través del Título VIII, Capítulo III de la citada Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

A lo largo del trabajo hemos señalado que la reducción de tiempo en el proceso se puede llevar a cabo dentro de los trámites administrativos.

Por ejemplo se dispone en el artículo 947 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que la audiencia de ley se llevará a cabo dentro de los 30 días siguientes al auto que ordene el traslado; si eliminamos los trámites innecesarios y agilizamos los indispensables ese término podría cambiarse por 25 días.

Esta propuesta se encuentra reforzada en el párrafo segundo del artículo 64 del ordenamiento legal citado, el cual dispone "...En los juicios sobre alimentos, impedimentos de matrimonio...y los demás que determinen las leyes, no hay días ni horas inhábiles."²⁶⁴

Aunada a la idea expresada proponemos dentro de las controversias familiares, específicamente en las reglas para la celebración de la audiencia, la aplicación de lo establecido por los artículos 398 fracción I y 399 segundo párrafo del mismo cuerpo legal.

"Art. 398. Los tribunales bajo su más estricta responsabilidad, al celebrar la audiencia de pruebas y alegatos deben observar las siguientes reglas:

I. Continuación del procedimiento, de tal modo que no pueda suspenderse ni interrumpirse la audiencia hasta que no

²⁶³ MEMORIA DEL PRIMER CONGRESO SOBRE DERECHO FAMILIAR Y DERECHO CIVIL, Ob. Cit. p. 436.
²⁶⁴ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ob. Cit. art. 64.

haya terminado; en consecuencia desecharán de plano las recusaciones y los incidentes que pudieran interrumpirla..."²⁶⁵

"Art. 399. ...Cuando haya necesidad de diferirla [la audiencia] se continuará en las primeras horas hábiles siguientes."²⁶⁶

Se prevé también la posibilidad de diferir la audiencia de pruebas por un intervalo de 8 días (artículo 948), coincidimos con dicha disposición y nuestra sugerencia es que tal aplazamiento se realice sólo una vez en el entendido de que para la celebración de la misma se observará lo establecido por el ya citado artículo 387 del Código procesal mencionado.

Así sólo podrá diferirse por caso fortuito, fuerza mayor o por no haberse desahogado todas las pruebas.

Lo que buscamos es que una vez que se haya señalado fecha para que se efectúe la audiencia y ésta se lleve a cabo se continúe con la misma hasta su conclusión, de manera tal que el juez se encuentre facultado para tomar los acuerdos conducentes respecto de los que no asistan a la audiencia.

El nuevo texto del artículo 947 podría ser: 'La audiencia de desahogo de pruebas se llevará a cabo dentro de los 25 días siguientes, 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; la audiencia concluirá el mismo día salvo causa suficiente que justifique nueva fecha, la que se fijará de ser posible en las primeras horas hábiles siguientes o en su defecto dentro de los siguientes 8 días.

Ahora bien, el acto procesal propicio para reducirse es el emplazamiento que hace el notificador, así como el término para contestar la demanda y se debe asentar expresamente en la ley que el término para proveer los autos por parte del juez es de 24

²⁶⁵ Ibidem. art. 398.

²⁶⁶ Ibidem. art. 399.

horas a partir de que el secretario de acuerdos da cuenta de los escritos presentados en un término igual (24 horas) acorde al artículo 66 del Código de Procedimientos Civiles.

Debido a que, aún cuando es práctica habitual en el foro, no se encuentran en el mencionado estatuto legal.

Así también debe señalarse un término para que el notificador del juzgado cumpla con el emplazamiento en el entendido de que el mismo día que se notifique el auto admisorio el juez ordenará la realización de la cédula de notificación que se entregará de inmediato al notificador del juzgado, quien contará con un lapso de 5 días para emplazar al demandado y se computará a partir del día siguiente en que se entregue la cédula de notificación.

Es preciso que en estos trámites se aplique el principio de economía procesal, que a decir de Luis Dorantes Tamayo puede ser:

"Economía de tiempo.- Para obtenerla se deben simplificar y disminuir los actos procesales."²⁶⁷, "...en beneficio de los litigantes y, en general, de la Administración de justicia."²⁶⁸

Además los términos procesales no deben interrumpirse salvo caso fortuito o fuerza mayor, es decir, a pesar de que las partes promuevan cuestiones accesorias al principal deberán seguir con el procedimiento de forma cautelar, excepto que esa cuestión accesorias ponga fin al mismo.

Todo ello con el propósito de no retrasarlo más de lo necesario ni ampliar la causa de conocimiento del juez con cuestiones superfluas o que surjan únicamente para retardar el proceso.

²⁶⁷DORANTES TAMAYO, Luis., ELEMENTOS DE TEORÍA GENERAL DEL PROCESO, Edic, 2a. Edit, Porrúa, S.A. México, 1986, p. 257.

²⁶⁸ARELLANO GARCÍA, Carlos., TEORÍA GENERAL DEL PROCESO, Edic, 4a. Edit, Porrúa, S.A. México, 1992, p. 40.

Respecto de la prueba testimonial, la substitución de testigos no se contempla dentro de su regulación, sin embargo se lleva a la práctica provocando con ello que se difiera la audiencia tantas veces se varien los testigos.

El ordenamiento en comento señala que las partes ofrecerán sus pruebas en sus primeras comparecencias y en la audiencia deberán presentar a sus testigos, salvo que bajo protesta de decir verdad manifiesten su imposibilidad para ello, entonces serán citados por el actuario del juzgado con apercibimiento de arresto hasta por 36 horas si no asisten.

Proponemos que para acabar con la sustitución de testigos y conjuntamente con el retardo del procedimiento se apliquen las reformas que en cuanto a la prueba testimonial se realizaron el 24 de mayo de 1996, es decir:

En los escritos de demanda y contestación a la misma las partes deberán proporcionar los nombres y domicilios de los testigos que presenciaron los hechos controvertidos, si no lo hicieren así el juez no admitirá la prueba (artículos 255, 260 y 267 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

En cuanto a la citación de los testigos, ésta será por el oferente y si no comparece no se le volverá a citar, su inasistencia provocará que se deseche la probanza (artículo 120 del mismo ordenamiento legal).

Si las partes manifiestan bajo protesta de decir verdad que no pueden citarlos se ordenará por el juez la citación con apercibimiento para el testigo de arresto hasta por 36 horas o multa equivalente a 36 días de salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal, si ejecutados los medios de apremio no se presentare el testigo se declarará desierta la prueba.

Como apreciamos desde el inicio de la contienda se deben señalar claramente los nombre y domicilios de los testigos, ya que

de lo contrario no se admitirá la prueba, impidiendo con ello cambiarlos, porque se dejaría en estado de indefensión a las partes. Además de que su inasistencia propicia en un caso que se deseché la prueba y en otro que se declare desierta.

La inclusión de las citadas disposiciones en el procedimiento de controversias familiares proponemos que sea a través del artículo 956 del Código de Procedimientos Civiles vigentes para el Distrito Federal.

Dispone el artículo 949, como regla general, la sentencia se pronunciará en la misma audiencia, como excepción se otorgará al juez el término de 8 días sin que éste pueda excederse, salvo causa grave que lo justifique.

Por ello es necesario que dentro del Capítulo XVI en estudio se incluya el artículo 94 del mismo cuerpo legal que en su parte conducente establece:

"Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente."²⁶⁹

Esto es, la sentencia no se considera cosa juzgada, la ley lo dispone tácitamente al permitir la variación de la misma ante la prueba plena del cambio de circunstancias que la motivaron.

"Se trata, pues, de procesos en los que no se busca la tutela jurídica de un sujeto frente a otro u otros, sino la tutela objetiva de determinados intereses, que el legislador ha querido confiar a los jueces."²⁷⁰

²⁶⁹CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ob. Cit. art. 94.

²⁷⁰BECERRA BAUTISTA, José., EL PROCESO CIVIL EN MÉXICO, Ob. Cit. p. 14.

"No hay normas jurídicas que no deban su origen a una finalidad, a un propósito, y que no responda a un motivo práctico. El criterio o medida que sirve para juzgar el Derecho no es un criterio absoluto de verdad, sino un criterio relativo de finalidad."²⁷¹

Por ello es preciso que el juez familiar tome verdadera consciencia de sus amplias facultades de intervenir en beneficio del núcleo familiar y sobre todo de la verdadera estructura y esencia de las controversias del orden familiar.

"La función jurisdiccional tiene siempre en alguna medida, mayor o menor, una dimensión creadora, es decir, que aporta algo nuevo, que no figuraba en la norma general y abstracta...de hecho y necesariamente la función judicial incluye valoraciones, y advertimos que la sentencia consiguientemente contiene valoraciones, y que es ella misma también un juicio axiológico..."²⁷²

Por tanto buscamos que el procedimiento familiar sea expedito, más sencillo en su tramitación, pero al mismo tiempo que respete los derechos de sus partícipes y que éstos tomen consciencia de las obligaciones inherentes a los mismos.

Pretendemos que la vía judicial sea un acceso para solucionar de la mejor manera un conflicto familiar, esta solución deberá ser satisfactoria para el interés del grupo más que para el interés particular de sus miembros.

2.2. SELECCIÓN DE JUECES FAMILIARES

Anteriormente anotamos que para contar con una impartición de justicia veraz, pronta y expedita en la rama familiar se requiere de una acertada selección de juzgadores.

²⁷¹BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel., Ob. Cit. p. 204.

²⁷²ARELLANO GARCÍA, Carlos., PRÁCTICA JURÍDICA, Edic. 2a. Edit. Porrúa, S.A. México, 1984. p. 440.

Dentro de nuestro orden jurídico el sistema para designarlos es a través del Poder Judicial, es decir, el Pleno del Consejo de la Judicatura designa a los jueces del Distrito Federal, concordando las disposiciones que sobre la carrera judicial señala la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en su artículo 201 fracción III.²⁷³

Se establece dentro de las reformas de fecha 7 de febrero de 1996 a la citada ley, en el título Noveno 'De la Carrera Judicial' un Capítulo Único que dispone una técnica para la designación de jueces, la cual inicia con dos tipos de concurso de oposición, uno interno y otro libre, ambos públicos.

Estas innovaciones provocan que la magistratura no se convierta en un cuerpo cerrado, principalmente cuando permite el concurso de oposición libre; por ello concordamos ampliamente con tales preceptos.

Ahora bien, concretamente en materia familiar y gracias a las reformas de 1983 al Código Civil para el Distrito Federal se otorgan amplias facultades al juez familiar para intervenir en la conflictiva de la familia incluso de oficio.

"Este amplio criterio legislativo obliga a quienes tienen el deber de designar a los jueces de lo familiar a seleccionar y elegir sólo a hombre o mujeres que por su experiencia, ponderación, sabiduría y sentido humano puedan realmente preservar a la familia, sin cometer abusos o iniquidades que perjudiquen a sus miembros."²⁷⁴

A pesar de que muchas de esas facultades se han convertido en letra muerta por la poca frecuencia con que son aplicadas debido ello a la apatía y conformismo de sus titulares, es necesario delimitarlas.

²⁷³DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. 7-II-1996. p. 35.

²⁷⁴BECERRA BAUTISTA, José., EL PROCESO CIVIL EN MÉXICO, Ob. Cit. p. 549.

"Realmente la responsabilidad que implican estas atribuciones deben hacer temblar a los designados porque ante una sociedad que desconoce sus obligaciones no sólo religiosas sino naturales deberá suplir con su prudencia, sabiduría y equidad lo que ya no pueden imponer la religión, la moral ni aún el derecho natural.

Son los menores los que ahora quedan confiados a su cuidado y dependerá de esos funcionarios que se les proteja aún de padres que pueden explotarlos o pervertirlos."²⁷⁵

"Los sacerdotes del derecho son los jueces, decía Cicerón, porque a ellos incumbe la administración de justicia. Se requiere, en consecuencia, que satisfagan requisitos físicos, intelectuales, morales y jurídicos para poder desempeñar tan augusta función."²⁷⁶

Entonces para ser juez familiar, una vez designado, se requieren determinados elementos tanto subjetivos como objetivos.

Proponemos, además de los requisitos señalados por el artículo 17 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, que se reúnan los siguientes supuestos:

-Que además de ser licenciado en Derecho, concretamente sea "...un especialista en Derecho Familiar. Será más idóneo por el tipo de conflictos derivados del seno familiar, que sean resueltos por personas especializadas."²⁷⁷

-Que conozca sobre técnicas de control de la natalidad, paternidad responsable y planificación familiar.

²⁷⁵ Loc. Cit.

²⁷⁶ Ibidem. p. 11.

²⁷⁷ MEMORIA SOBRE EL PRIMER CONGRESO MUNDIAL SOBRE DERECHO FAMILIAR Y DERECHO CIVIL, Ob. Cit. p. 435.

-Que tenga una familia integrada por ser casado civilmente para que cuente con experiencia sobre los problemas familiares.

-Que goce de buena salud tanto física como mental, la que se comprobará mediante la aplicación de exámenes médicos bianuales.

-Así mismo deberá someterse a exámenes psicológicos que permitan determinar si existe alguna patología o alteración que hagan imposible el ejercicio óptimo de su función.

-Aunado a ello se le realizarán pruebas para conocer la natural tendencia del juez respecto de la solución de la conflictiva familiar, es decir, si es sensible ante la problemática planteada, si prevé el alcance futuro de sus determinaciones, si se preocupa por el bienestar de los justiciables, etc.

"El funcionario judicial debe satisfacer necesidades de formación intelectual distintas a las del abogado postulante, por lo que se requiere una preparación especial."²⁷⁸

Deberá contar además con:

-Garantía económica, esto es, "Un sueldo decoroso, a fin de que no se vea expuesto a aceptar dádivas e incurrir en cohecho."²⁷⁹

Con ello también se propicia la presencia de aspirantes mejor preparados y capacitados y se impide la salida de buenos jueces.

-Gozará de un prestigio social, prerrogativas y honores inherentes a su calidad de juzgador.

El hecho de "...tener una relación social amplia; situación económica satisfactoria para evitar el soborno; una verdadera

²⁷⁸BECERRA BAUTISTA, José., EL PROCESO CIVIL EN MÉXICO, Ob. Cit. p. 12.

²⁷⁹DORANTES TAMAYO, Luis., Ob. Cit. p. 166.

vocación; un amplio criterio para impartir justicia..."²⁸⁰, es crear una base sólida en la elección y ejercicio de la judicatura; esto como es evidente afectará positivamente la aplicación del derecho y en suma la tramitación de los procedimientos.

Por otro lado, sabemos que la labor judicial no es tarea exclusiva del juez, sino también de sus colaboradores entre los que se encuentran los secretarios de acuerdos, a quienes para su designación se les exigirán los mismos requisitos que a los jueces y por ende gozarán de similares prerrogativas adecuadas a su posición laboral. .

Así bien, se requiere de juzgadores familiares comprometidos con su labor, que sean sensibles, que tomen conciencia de que sus resoluciones afectarán el aspecto más delicado del ser humano, y para ello necesitan de una lógica jurídica y criterio amplios que les permitan vislumbrar los alcances de esas extensas facultades con las que están investidos y de la correcta aplicación del Título XVI del multicitado Código procesal sin perder de vista el verdadero sentido de su creación que es la protección de la familia. .

Pero además sabemos que para lograr todo ese ambiente productivo y ese ánimo de servicio el juzgador precisa estabilidad tanto económica como emocional, por ello debemos pugnar por la reivindicación de la judicatura.

Es importante mencionar al Ministerio Público, institución que se muestra como un auxiliar del juzgador en la impartición de justicia.

Su intervención en el procedimiento familiar se debe al carácter de representante de la sociedad que le otorga la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal con el objeto primordial de proteger a los incapaces y sus derechos, así dispone:

²⁸⁰MEMORIA SOBRE EL PRIMER CONGRESO MUNDIAL SOBRE DERECHO FAMILIAR Y DERECHO CIVIL, Ob. Cit. p. 444.

"Art. 2. La institución del Ministerio Público en el Distrito Federal estará a cargo del Procurador General de Justicia del Distrito Federal y tendrá las siguientes atribuciones que ejercerá por conducto de su titular o de sus agentes y auxiliares, conforme a lo establecido en esta ley demás disposiciones aplicables:

II. Velar por la legalidad y el respeto de los derechos humanos en la esfera de su competencia, así como promover la pronta, completa y debida impartición de justicia ;

III. Protèger los derechos e intereses de los menores, incapaces, ausentes, ancianos y otros de carácter individual o social, en general, en los términos que determinen las leyes;..."²⁸¹

La manera en que se harán efectivas estas facultades se dispone en los artículos 5 y 7 que establecen:

"Art. 5. La vigilancia de la legalidad y de la pronta, completa y debida procuración e impartición de justicia comprende:

II. Hacer del conocimiento de las autoridades judiciales competentes las contradicciones de criterios que surjan en juzgados y salas del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal;

IV: Poner en conocimiento de las autoridades competentes, aquellos hechos no constitutivos de delitos, que hubieren llegado al conocimiento del Ministerio Público;"²⁸²

"Art. 7. Las atribuciones en asuntos del orden familiar, civil, mercantil y concursal, comprenden:

I. Intervenir, en su carácter de representante social, ante los órganos jurisdiccionales para la protección de los intereses individuales y sociales en general;

²⁸¹DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. 30-IV-1996. p. 11.

²⁸²Ibidem. p. 12.

II. Iniciar el trámite de incidentes penales ante los órganos jurisdiccionales no penales competentes, de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal;

III. Promover la conciliación en los asuntos del orden familiar, como instancia previa al órgano jurisdiccional, y

IV: Coordinarse con instituciones públicas y privadas que tengan por objeto la asistencia social de menores e incapaces para brindarles protección.

Art. 8. La protección de los derechos e intereses de menores, incapaces, ausentes, ancianos y la de otros de carácter individual y social, consistirá en la intervención en procedimientos jurisdiccionales conforme a las disposiciones legales aplicables, o cuando estén en una situación de daño o peligro.²⁸³

Además de estas atribuciones el Ministerio Público se encuentra obligado a prestar determinados servicios a la sociedad, entre los cuales se comprende "...Proporcionar orientación jurídica a los miembros de la comunidad, para el mejor ejercicio de sus derechos;"²⁸⁴

Ahora bien, para que el Ministerio Público ejercite tales atribuciones, el Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal dispone la creación de diversas unidades administrativas, de las cuales, para nuestro estudio toman importancia:

-La Dirección General de Asuntos de Menores e Incapaces.

-La Dirección General del Ministerio Público en lo Familiar.

²⁸³Ibidem. p. 13.

²⁸⁴Loc. Cit.

-La Dirección General de Servicios a la Comunidad.

Y de sus órganos desconcentrados:

-El Albergue Temporal.

Los Directores Generales y los Jefes de Unidad Departamental para todos los efectos legales serán agentes del Ministerio Público.

La primera de estas Direcciones Generales desarrolla una amplia protección en favor de los menores e incapacitados, ejerciendo las acciones que conforme a derecho procedan, vigilando la legalidad de los procesos en los que los mencionados sujetos sean parte o resulte un daño o peligro para los mismos; así como la coordinación con instituciones públicas y privadas para otorgar asistencia.

De la Dirección General del Ministerio Público en lo Familiar, por la trascendencia que reviste para nuestro estudio, optamos transcribir el artículo conducente.

"Art. 26. Al frente de la Dirección General del Ministerio Público en lo Familiar habrá un Director General, quien ejercerá por sí o a través de los agentes del Ministerio Público que le estén adscritos, las siguientes atribuciones:

I. Intervenir en su carácter de representante social ante los juzgados y salas del ramo familiar para la protección de los intereses individuales y sociales en general, en los términos que establezcan las leyes;

II. Intervenir en los juicios relativos a la familia...y todos aquellos del orden familiar en que por disposición legal sea parte o deba darse vista al Ministerio Público, interponiendo los recursos legales que procedan;

III. Intervenir en las diligencias y audiencias que se practiquen en los juzgados y salas del ramo familiar y desahogar

las vistas que se le den, formulando y presentado los pedimentos procedentes dentro de los términos legales;

IV. Promover, cuando proceda, la conciliación en los asuntos del orden familiar y en aquellos en que participen personas con discapacidad, como instancia previa al órgano jurisdiccional;

V. Solicitar la práctica de las diligencias necesarias para el debido ejercicio de sus atribuciones;

VI. Planificar, programar, coordinar, vigilar y evaluar en el ámbito de su competencia, las acciones de la unidad dedicada a la atención de la violencia intrafamiliar, la que se regirá por el acuerdo respectivo del Procurador;

VII. Turnar las unidades administrativas de la Procuraduría competentes en materia de investigaciones, los informes y documentos que se requieran, cuando se estime que deba iniciarse averiguación previa por la comisión de hechos delictivos;

VIII. Iniciar y, en su caso, integrar las averiguaciones previas que no estén reservadas a las unidades especializadas, por delitos generados en hechos de violencia familiar, o por conductas relacionadas con tales hechos;

IX. Instruir a los agentes de la Policía Judicial que le estén adscritos, para la realización de las actuaciones que fueren procedentes;

X. Operar y ejecutar bases, convenios y otros instrumentos de colaboración con instituciones públicas y privadas, nacionales o extranjeras en materia de derecho familiar;

XI. Apoyar las actividades del Albergue Temporal en el ámbito de su competencia; y

XII. Establecer y aplicar criterios para brindar el servicio de apoyo legal, psicológico y social a las personas involucradas en actos de violencia intrafamiliar.²⁸⁵

De la Dirección General de Servicios a la Comunidad, como ya mencionamos, la atribución relevante es que proporciona orientación jurídica a los miembros de la comunidad para el mejor ejercicio de sus derechos.

Respecto del Albergue Temporal, éste "...es un órgano desconcentrado de la Procuraduría, con autonomía técnica y operativa, que estará a cargo de un Director General nombrado por el Procurador."²⁸⁶

Sus objetivos son:

-Proteger los derechos e intereses de los menores e incapaces.

-Coordinarse con instituciones públicas y privadas de asistencia social para brindar protección a menores e incapaces.

Y sus funciones son:

I. Otorgar protección a los menores de edad que se encuentren en situación de abandono, conflicto, daño o peligro, relacionados con averiguaciones previas o procesos penales, familiares y civiles;

II. Otorgar protección a menores discapacitados sujetos de asistencia social, que se encuentren en situación de abandono, conflicto, daño o peligro;

III. Brindar protección psicopedagógica que incluya actividades culturales, sociales y recreativas para lograr un desarrollo integral de los menores que estén bajo su guarda...;

²⁸⁵DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. 17-VII-1996. p. 66.

²⁸⁶Ibidem. p. 75.

IV. Realizar trabajos de investigación social para establecer las causas que originan la recepción de menores en el Albergue;

V. Formular recomendaciones...respecto de las solicitudes de adopción respectivas;

VI. Elaborar y desarrollar programas generales de medicina preventiva, así como específicos de alimentación para los menores con problemas nutricionales;

VII: Atender de inmediato a los menores que padezcan alguna enfermedad y, en su caso, canalizarlos a las instituciones médicas respectivas;

VIII. Promover la participación y concertación social en actividades asistenciales para los menores del Albergue;

IX. Organizar y llevar a cabo eventos sociales, culturales, recreativos y deportivos destinados a recabar fondos para cumplir con sus funciones; y

X. Las demás que le confieran las disposiciones aplicables y las que determine el Procurador.²⁸⁷

No obstante de que el Ministerio Público cuenta con toda una estructura legislativa y orgánica para cumplir con su misión de protector y representante de la sociedad, su actuación deja mucho que desear, ya que la misma se presenta no pocas veces en el foro como un obstáculo más que como un auxilio a la actividad judicial.

Cuando realmente se observa su intervención, al pretender vigilar la legalidad de los procedimientos, específicamente familiares, cae en una excesiva intromisión, cuyas respuestas (vistas) aparte de retardar el procedimiento

²⁸⁷Ibidem. p. 41.

versan sobre cuestiones poco trascendentes, lo que lógicamente afecta la pronta y expedita impartición de justicia.

Gracias a las multicitadas reformas, observamos que, el Ministerio Público está facultado con una amplia gama de atribuciones y cuenta además con organismos auxiliares para cumplir eficientemente su labor representativa y protectora; por tanto no existe motivo alguno que justifique la inactividad del Ministerio Público en los procedimientos familiares, o su incompleta intervención.

El Ministerio Público debe ser un verdadero auxiliar en la impartición de justicia y entender que sí representa los intereses de menores e incapaces es porque en ellos se deposita el interés de la sociedad, se encuentra constreñido entonces a cumplir de la manera más apta tan augusta función protectora en beneficio, no sólo de los menores e incapaces, sino de la sociedad.

Hemos señalado la necesidad de crear un organismo auxiliar de la labor judicial de consulta para la ciudadanía, así como el mejoramiento de la Defensoría de Oficio del Fuero Común en el Distrito Federal, así proponemos:

2.3. CREACIÓN DE UNA MESA DE TRÁMITE PARA LAS PERSONAS QUE ACUDEN POR PRIMERA VEZ Y AMPLIACIÓN DE LA DEFENSORÍA DE OFICIO DEL FUERO COMÚN EN EL DISTRITO FEDERAL.

En la tramitación de cualquier juicio, aún cuando la ley la señala como optativa, el ideal es que las partes se encuentren asesoradas por un licenciado en Derecho, porque como profesionistas somos quienes conocemos el manejo de la técnica judicial, el lenguaje jurídico y las formalidades procesales.

Sin embargo no siempre es posible que desde que se manifiesta la problemática las partes tengan acceso a un abogado, lo que conlleva a que se presenten con un sin fin de

inquietudes ante el personal tanto administrativo como judicial que labora en el Tribunal Superior de Justicia.

Por tanto es conveniente y necesario que exista una mesa de trámite para las personas que acuden por primera vez al tribunal con el propósito de ayudarlas y orientarlas; sugerimos esa denominación, aunque este aspecto es el menos relevante.

Esto redundaría en beneficio tanto del personal mencionado como de los gobernados, porque al contar éstos últimos con una instancia que los informe llegarán con menos dudas ante el mismo.

No buscamos duplicar el servicio y atención de la Defensoría de Oficio del Tribunal, sino sólo despejar las incertidumbres que la mayoría de los particulares enfrentan respecto del trabajo administrativo de los juzgados familiares cuando no están habituados a acudir a los mismos, lo cual es una realidad.

La mesa de trámite para las personas que acuden por primera vez se integrará por un número determinado de personas, de acuerdo al trabajo, las cuales conocerán el movimiento interno de los juzgados familiares.

Es decir la tramitación administrativa de los juicios, la organización de trabajo de los mismos, de la Oficialía de partes común, de la Oficialía de partes de cada juzgado, de la Defensoría de Oficio, de los auxiliares de la administración de justicia (síndicos, interventores, albaceas, tutores, curadores, notarios, peritos, Servicio Médico Forense) y de algunas de las Dependencias del Tribunal Superior (Archivo Judicial, Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, Dirección central de consignaciones civiles, etc.).

Pretendemos que su inclusión sea a través de las facultades del Tribunal en Pleno ubicándola dentro del Título VIII, Capítulo III 'De la Unidad de Trabajo Social y de la Biblioteca' de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia

del Distrito Federal; además esas mesas contarán con normas precisas para su operación.

Lo anterior surge con el propósito de orientar los pasos de la ciudadanía en la tramitación de sus asuntos respecto de la cuestión formal y no material.

Una vez que el justiciable ha despejado sus interrogantes ante la mesa de trámite, ésta hará de su conocimiento la existencia y ubicación de la Defensoría de Oficio del Fuero Común del Distrito Federal.

Retomando la idea de la optativa asesoría jurídica, la ley procesal civil la señala efectivamente como potestativa incluso si una de las partes no se encuentra patrocinada durante la audiencia de ley el juez celebrará la misma "...y suplirá la deficiencia de la parte que no se encuentre asesorada, procurando la mayor equidad, y lo hará del conocimiento de la defensoría de oficio para que provea a la atención de dicha parte en los trámites subsecuentes del juicio."²⁸⁸, es decir, no se suspende la audiencia.

En materia familiar se dispone que "...En caso de que una de las partes se encuentre asesorada y la otra no, se solicitarán de inmediato los servicios de inmediato 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."²⁸⁹

"Indiscutiblemente que este trámite va a ser materia de 'chicanas' tanto por la posibilidad de diferir las audiencias como por la falta de defensores de oficio que puedan acudir desde luego a enterarse del asunto."²⁹⁰

²⁸⁸CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. Ob. Cit. art. 46.

²⁸⁹Ibidem. art. 943.

²⁹⁰BECERRA BAUTISTA, José., EL PROCESO CIVIL EN MÉXICO. Ob. Cit. p. 551.

Con lo anteriormente anotado toma actualidad la Defensoría de Oficio, institución que tiene como "...fin el de proporcionar obligatoria y gratuitamente, los servicios de asesoría, patrocinio y defensa en materia penal, civil, familiar y del arrendamiento inmobiliario;"²⁹¹

Dicho fin se presenta como una actuación protectora y de servicio del Estado para con sus gobernados.

Los defensores de oficio están adscritos a determinada área, dependiendo de la rama a que sean asignados, concretamente los defensores de oficio adscritos a los juzgados familiares se ubican en los locales que señala el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, esto es en la planta baja de la torre de los juzgados civiles.

Para que se otorguen los servicios de un defensor el solicitante será sometido a un estudio socioeconómico, su ingreso mensual debe ser igual o menor a 60 (sesenta) días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.²⁹²

Si actualizamos la anterior disposición nos muestra que sólo podrán aspirar a un defensor de oficio aquellas personas cuyo ingreso mensual sea igual o menor a \$1, 587.00 (mil quinientos ochenta y siete pesos).

Es necesario que dicho margen se amplíe porque, a pesar de que se perciba un ingreso mayor al señalado, muchas veces no es suficiente a cubrir las necesidades primarias bien por el número de integrantes de la familia, por existir un enfermo en la misma, etc.

Es debido a esa insuficiencia económica que el justiciable es auxiliado por el Estado a través de la Defensoría de Oficio.

²⁹¹LEY DE LA DEFENSORÍA DE OFICIO DEL FUERO COMÚN EN EL DISTRITO FEDERAL, Edic. 494. Edit, Porrúa, S.A. México, 1995. art. 1.

²⁹²REGLAMENTO DE LA LEY DE LA DEFENSORÍA DE OFICIO DEL FUERO COMÚN DEL DISTRITO FEDERAL, Edic. 49a. Edit, Porrúa, S.A. México, 1995. art. 12.

Sin embargo y en beneficio del núcleo de la sociedad existe una excepción a éste estatuto que opera exclusivamente en materia familiar dentro de los supuestos determinados por los artículos 943 y 950 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, lo que presenta como su aspecto negativo es el retardo en el procedimiento.

Por ello y con el propósito de no llegar al extremo citado por el artículo 943, el estudio socioeconómico debe servir para determinar de manera más acertada la designación de los defensores de oficio a aquellos justiciables que lo necesiten, tomando en cuenta no sólo sus ingresos sino sus egresos, amén de la ampliación en la cuantía señalada.

Concretamente proponemos la ampliación del número de salarios mínimos para designar un defensor de oficio a la ciudadanía solicitante y que tal designación sea posible desde el inicio de la contienda y no esperar a la celebración de la audiencia de ley.

Respecto del personal que labora en la institución en estudio, se cuenta con aproximadamente 30 (treinta) defensores en el área familiar, 20 (veinte) en el área civil y 17 (diecisiete) para los juzgados del arrendamiento inmobiliario.

Como apreciar este número es insuficiente para la demanda social, a la que diariamente se integran nuevos asuntos, es necesario entonces que se aumente el número del personal de la Defensoría de Oficio y no sólo en el área familiar.

El obstáculo principal para esta expansión es que la ley dispone expresamente que para ser defensor de oficio se requiere "...Ser licenciado en derecho con título legalmente expedido y registrado en la Dirección General de Profesiones de la Secretaría de Educación Pública."²⁹³

²⁹³LEY DE LA DEFENSORÍA DE OFICIO DEL FUERO COMÚN EN EL DISTRITO FEDERAL, Ob. Cit. art. 15.

Sabemos además que el salario que obtienen los defensores es poco decoroso, lo que propicia la escasa afluencia de los mismos para ocupar esas plazas.

Por tanto nuestra sugerencia va encaminada a que se permita realizar el servicio social a los estudiantes de derecho dentro de la institución en comento de la siguiente manera:

Los estudiantes serán auxiliados por un licenciado en derecho, como ejemplo por cada diez pasantes se designará un abogado titulado, los primeros se encargarán de redactar los escrito que serán revisados y autorizados por el segundo, además copiarán los acuerdos, desahogarán las prevenciones, estarán al pendiente de la tramitación y consecución del procedimiento, etc.

Únicamente se presentará el asesor a la celebración de las audiencias y a aquellos actos en los que por disposición de la ley sea necesaria su intervención directa.

Ahora bien, el abogado (asesor de pasantes) además de la obligación mencionada, permanecerá en el local de la Defensoría de Oficio, cuando sus labores se lo permitan, con el propósito de que los pasantes puedan consultarlo para corrección y aprobación de los escrito y demás dudas que estos tengan.

Se hace necesario un estímulo económico que despierte el interés de los pasantes para realizar su servicio social en la Defensoría de Oficio, así proponemos se instituyan becas, las que se financiarán a través del presupuesto de egresos del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Los aspirantes serán sometidos a un examen de admisión con el objeto de conocer su aprovechamiento académico, su capacidad, su desarrollo intelectual y jurídico y su accesibilidad hacia la ciudadanía; se hace necesario conscientizarlos de la responsabilidad que implica la asignación de asuntos judiciales por lo que deberán actuar con rectitud y honestidad.

Aunada a esta expansión proponemos que, aparte de los cursos de capacitación y actualización señalados por la Ley de la Defensoría de Oficio²⁹⁴, se realicen cursos tendientes a capacitar tanto a defensores como a pasantes en las área de atención a la comunidad y aspectos de eficiencia.

2.4. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS FAMILIARES

La finalidad que busca todo justiciable al activar la función judicial es que se emita por el juzgador competente una resolución que dirima la controversia planteada, dicha resolución se denomina sentencia definitiva.

"SENTENCIA DEFINITIVA. Resolución judicial que pone término a un juicio (proceso) en una instancia, en un recurso extraordinario o en un incidente que resuelva lo principal."²⁹⁵

Para que la sentencia definitiva adquiera el carácter de sentencia firme ("...aquella contra la que no cabe impugnación..."²⁹⁶) y se pueda proceder a su ejecución voluntariamente o por la vía de apremio se requiere que la misma cause ejecutoria, "...Documento judicial en el que se consigna una sentencia firme."²⁹⁷

Es decir, se presenta la declaración judicial o por ministerio de ley de que la sentencia ha causado estado una vez transcurrido el término procesal de 9 días previsto por el artículo 137 del Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal para interponer el recurso de apelación sin que se haya hecho.

Ahora bien respecto de la naturaleza de las sentencias familiares que se dictan "en negocios de alimentos, ejercicio y

²⁹⁴Ibidem, arts. 25-9.

²⁹⁵PINA, Rafael De., y PINA VARA, Rafael De., Ob. Cit. p. 452.

²⁹⁶Loc. Cit.

²⁹⁷Ibidem, p. 260.

suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y demás que prevengan las leyes."²⁹⁸

El ya citado artículo 94 dispone que las medidas que se toman sobre tales asuntos no tienen el carácter de firmes, "...pues esas medidas pueden dejarse sin efecto cuando así lo requieran las circunstancias, en función siempre del interés de los hijos, que es lo que trata de protegerse permanentemente...²⁹⁹"; delicada cuestión resulta entonces establecer para términos prácticos de su ejecución, si dichas sentencias han causado o no ejecutoria.

Necesariamente que todo procedimiento debe contar con una consecución lógica, por tanto desde el punto de vista formal y exclusivamente para proceder a su ejecución se entenderá que las sentencias dictadas en los asuntos a que alude el multicitado artículo 94 del Código procesal en uso adquirirán el carácter de firmes, una vez transcurrido el término para interponer la apelación sin que la misma se presente.

Sin que con ello se elimine la posibilidad de modificar el contenido de la sentencia en los términos legales señalados.

Esto es, se procederá a la ejecución de la sentencia familiar definitiva en los lineamientos que la misma disponga tantas veces como se modifique y actualice su contenido.

Desde el punto de vista material lo que pretendemos es que tales resoluciones, independientemente de su denominación legal y situación procesal logren su objetivo que es el que los problemas familiares no se vuelvan más graves y un medio para ello es que se sancione severamente al condenado en caso de incumplimiento de la sentencia, incluso dando vista al Agente del Ministerio Público adscrito al juzgado para que ejercite acción penal en su caso.

²⁹⁸CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, Ob. cit. art. 94.

²⁹⁹Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. cuarta Parte. Vol. IV. p. 137.

Estamos ciertos de que nadie está obligado a lo imposible, pero un gran número de veces los obligados, cometiendo actos fraudulentos, se ponen en estado de insolvencia.

Por ello "...la autoridad judicial debe tomar las providencias que la prudencia aconseje para garantizar el suministro de alimentos...A falta de dinero créditos u otros recursos patrimoniales de los padres, que sean fácilmente localizables y gravables, los alimentos deben ser asegurados y satisfechos con el producto del embargo y venta judicial de las cosas propiedad de los obligados..."³⁰⁰

"el mismo juez debe efectuar directamente, por los medios que la ley le concede, esta averiguación de la fuente de recursos, que posibilite compeler al obligado a cumplir su responsabilidad..."³⁰¹

Así mismo proponemos que las garantías que se otorgan en determinados juicios se amplíen y se multiplique su monto en caso de desacato.

En cuanto a la patria potestad, sugerimos que en un primer momento se cambie su pérdida por una suspensión temporal en su ejercicio como condena al progenitor y, a través de la vía incidental, una vez transcurrido el término de la suspensión y la comprobación plena del cambio de circunstancias que la propiciaron, se restituya el ejercicio de la misma.

El cuidado que se debe poner en la aplicación de tal sanción es en beneficio de los menores ya que puede revertir sus efectos en perjuicio de los mismos, amén de que esa mesura y cautela permitirá alcanzar la ejecución de la sentencia definitiva sin los obstáculos impuestos de mala fe.

La familia es el elemento primordial de toda sociedad, por tanto es merecedora de todo tipo de protección porque si se cuenta

³⁰⁰BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel., Ob. Cit. p. 27.

³⁰¹Ibidem. p. 49.

con una base sólida y buena en las relaciones familiares se contará también con una sociedad de verdaderos hombres y mujeres comprometidos con ellos mismos, responsables de sus actos y honestos con sus obligaciones.

Porque es en la sociedad sobre la que repercute el problema del abandono de menores, consecuentemente con ese descuido aparece el ocio y los malos hábitos de los infantes así como la delincuencia e incluso la drogadicción; es entonces que la sociedad debe cubrir la irresponsabilidad de los padres proporcionando asistencia pública, salud y educación que resulta muchas veces inadecuado a las necesidades existentes.

"Insuficiente por fuerza será una legislación sabia y comprensiva, unida a su ímpolita aplicación jurisdiccional, si no se corrige el contexto económico ni se atiende a los cambios del tejido social."³⁰²

Sería maravilloso no tener que presionar al padre o la madre para que cumplieran con los deberes inherentes a la paternidad y maternidad, pero ello frecuentemente resulta una utopía.

Debemos empezar por realizar programas eficaces de planeación familiar y de control natal, hacer conscientes a las parejas (matrimonio, concubinato o cualquiera que sea) del compromiso tan grande e importante que es engendrar un hijo y responsablemente educarlo, alimentarlo y lograr un desarrollo óptimo del mismo, así como la necesaria atención permanente en sus primeros años.

Hacerles ver que los elementos materiales, tales como habitación, alimentos, vestido y asistencia médica son presupuestos básicos para procrear a un menor y que son tan indispensables para él como el cariño y afecto de los padres.

³⁰²íbidem. p. 212.

Así mismo los métodos anticonceptivos deben ser accesibles a la población y enseñarles su uso adecuado.

Pero sabemos que a pesar de una educación sexual y control natal siempre existirán desavenencias familiares que trascenderán al ámbito jurídico, en este supuesto los particulares deben contar con un órgano judicial que verdaderamente dé respuesta y solución a su conflictiva, pero no de manera estrictamente legal, rígida sino primordialmente humana.

El trabajo no sólo es del Juez Familiar, del Consejo de Familia, del Ministerio Público o del Poder Judicial ni exclusivo del Estado, sino también de todos aquellos que de alguna manera nos encontramos involucrados en la aplicación de justicia y, en general, de toda la sociedad.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El procedimiento del juicio ordinario civil y el procedimiento para las controversias del orden familiar, ambos regulados en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se distinguen principalmente en tres aspectos, a saber: la intervención que la ley permite de las partes, el orden público que caracteriza a las controversias familiares y la función y facultades del juzgador, de las que sobresale la actuación de oficio del juez familiar.

SEGUNDA. En el procedimiento de las controversias familiares se presentan dos planos: el jurídico y el fáctico que, por lo general no coinciden porque el juzgador resuelve sobre los elementos que las partes le aportan. Por tanto, se propone establecer como obligatoria la participación de trabajadores sociales y demás profesionistas requeridos como auxiliares de aquel, para la obtención de los elementos de juicio necesarios.

TERCERA. En razón de la urgencia y preponderancia de los litigios de naturaleza familiar, se presenta como necesaria su reestructuración mediante una secuencia lógica del procedimiento dispuesto en el Título XVI del Código de Procedimientos Civiles, la agilización de las actuaciones, la reducción de los términos procesales, etc.

CUARTA. Debido a las aportaciones del tratadista italiano Antonio Cicú, a principios del presente siglo, el derecho familiar alcanza cierta independencia respecto del derecho civil, al reconocer que aún cuando las relaciones familiares son de carácter personal, existe en ellas un interés público que impide la aplicación de los derechos generales del derecho privado.

QUINTA. El derecho familiar cuenta con autonomía didáctica, científica y jurisdiccional; y no requiere autonomía legislativa, debido a que ello implicaría un retroceso en la labor

codificadora iniciada en el siglo XIII, además de que tal aspecto no garantiza una buena legislación civil.

SEXTA. En el Código Civil para el Distrito Federal no existe un concepto jurídico de lo que debe entenderse por familia, por lo que se propone se incluya una definición en los siguientes terminos: familia, es el conjunto de dos o más personas, unidas por parentesco consanguíneo, civil o por afinidad, que cohabitan y conviven en un mismo hogar, satisfaciendo sus necesidades primarias, cuyos derechos y obligaciones se limitan a través de las líneas y grados que establece el citado vínculo.

SÉPTIMA. La importancia jurídica y social de la familia, consiste en que es la primera comunidad en la que el ser humano interactúa, de ahí, que sea la que fije los parámetros dentro de los cuales se puede desarrollar en sociedad. Así mismo, en ella se señalan los derechos y las instituciones jurídicas que deben considerarse como superiores.

OCTAVA. El artículo 287 del Código Civil para el Distrito Federal debe modificarse, en cuanto a que la obligación alimenticia para los hijos de padres divorciados, cesa una vez que aquellos cumplen la mayoría de edad. Lo anterior en razón de que el principio que sustenta a dicha obligación es que, la misma subsiste mientras el acreedor necesite alimentos y el deudor se encuentre en posibilidad de otorgarlos.

NOVENA. La patria potestad es una institución preponderante en las relaciones familiares, porque a través de su ejercicio se desarrolla la personalidad del menor. Sin embargo, dentro del Código Civil no existe una definición, por lo que se considera propicia la inclusión de un concepto en los siguientes terminos: patria potestad, es el conjunto de facultades y obligaciones de representación, protección y cuidado, que los padres adquieren sobre sus hijos menores de edad no emancipados, su ejercicio se contempla a través de la guarda y custodia de los menores.

DÉCIMA. La diferencia que para el ejercicio de la patria potestad, hace el legislador entre hijos nacidos dentro y fuera de matrimonio es infamante, porque el establecimiento de la patria potestad requiere exclusivamente de la filiación entre padres e hijos y no de la relación conyugal de los primeros, éste distingo sólo lesiona al menor, por tanto es imperativo eliminarlo.

DECIMOPRIMERA. La facultad discrecional otorgada al juez familiar por el artículo 283 del Código Civil para resolver lo relativo a la patria potestad al dictar la sentencia de divorcio, debe contar con lineamientos que orienten el criterio jurisdiccional, como el fundar y motivar que la convivencia del menor con uno de los padres es lo provechoso para éste, sin importar su situación económica o social.

DECIMOSEGUNDA. Para que el juez familiar cumpla cabalmente con la impartición de justicia, necesita tener una vocación de servicio, sensibilidad profesional y experiencia, así como conocer y buscar el motivo creador de las normas que aplica; pero a su vez requiere de estabilidad económica y emocional. La propuesta al respecto se basa en la correcta selección de jueces familiares, compaginando en lo conducente las disposiciones de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia.

DECIMOCUARTA. La ciudadanía en general, no conoce el funcionamiento del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal ni sus derechos como mexicanos, por lo que en muchos casos no acude a presentar sus demandas o pretensiones; debido a ello, se hace necesario para el óptimo aprovechamiento de tiempo, recursos económicos y humanos, la creación de un organismo informativo que oriente a la comunidad en cuanto al ejercicio de sus derechos y la tramitación de los litigios familiares; propuesta que no pretende eliminar a la Defensoría de Oficio, por el contrario, surge como coadyuvante de la misma.

DECIMOQUINTA. Debido a la elevada demanda que la sociedad hace de la asesoría jurídica, otorgada por la Defensoría de Oficio, se presenta como un aspecto necesario la ampliación del personal que labora en la misma mediante la admisión de

estudiantes de derecho, así como la percepción de un salario decoroso que propicie la concurrencia de abogados, también se debe elevar el rango en cuanto al monto de ingresos del solicitante para que se le asigne un defensor de oficio.

DECIMOSEXTA. El artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles contempla una excepción al artículo 84 del mismo cuerpo legal, relativa a que las sentencias de naturaleza familiar, dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, entre otras, no adquieren la calidad de cosa juzgada; razón por la cual el texto del primer precepto citado debe incluirse dentro del Título XVI del mencionado ordenamiento.

BIBLIOGRAFÍA

ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto., CLÍNICA PROCESAL. Edic, 2a. Edit, Porrúa, S. A. México, 1982.

_____, DERECHO PROCESAL MEXICANO. T. I. Edic, 2a. Edit, Porrúa, S.A. México, 1985.

_____, DERECHO PROCESAL MEXICANO. T. II. Edic, 2a. Edit, Porrúa S.A. México 1985.

ALSINA, Hugo., TRATADO TEÓRICO PRÁCTICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL. Parte general. T. I. Edic, 2a. Edit, Ediar Soc. Anon. Editores. Buenos Aires, 1963.

ARELLANO GARCÍA, Carlos., PRÁCTICA JURÍDICA. Edic, 2a. Edit, Porrúa, S.A. México, 1984.

_____, PROCEDIMIENTOS CIVILES ESPECIALES. Edic, 1a. Edit, Porrúa, S.A. México, 1987.

_____, TEORÍA GENERAL DEL PROCESO. Edic, 4a. Edit, Porrúa, S.A. México, 1992.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalía Buenrostro Baez., DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES. Edic, 1a. Edit, Harla. México, 1990.

BECERRA BAUTISTA, José., EL PROCESO CIVIL EN MÉXICO. Edic, 14a. Edit, Porrúa, S.A. México, 1992.

_____, INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL CIVIL. Edic, 4a. Edit, Cardenas Editor y Distribuidor. México, 1985.

BEJARANO Y SÁNCHEZ, Manuel., LA CONTROVERSIA DEL ORDEN FAMILIAR, TESIS DISCREPANTES. Edic, n d. Edic, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México, 1994.

BELLUSCO, Augusto Cesar., DERECHO DE FAMILIA. T. I. Edic, 1a reimpresión. Edic, Editores Depalma. Buenos Aires, 1975.

BRISÑO SIERRA, Humberto., DERECHO PROCESAL. Vol. I. Edic, 1a. Edit, Cardenas Editor y Distribuidor. México, 1969.

_____, DERECHO PROCESAL. Vol II. Edic, 1a. Edit, Crdenas Editor y Distribuidor. México, 1969.

_____, ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL. Vol. 1. Edic, 1a. Edit, Cardenas Editor y Distribuidor. México, 1980.

CHAVÉZ ASENCIO, Manuel F., CONVENIOS CONYUGALES Y FAMILIARES. Edic, 1a. Edit, Porrúa, S. A. México, 1991.

_____, LA FAMILIA EN EL DERECHO DERECHO DE FAMILIA Y RELACIONES JURÍDICO FAMILIARES. Edic, 2a. Edit, Porrúa, S.A., México, 1990.

_____, LA FAMILIA EN EL DERECHO. RELACIONES JURÍDICO PATERNO-FILIALES. Edic, 1a. Edit, Porrúa, S. A. México, 1987.

DORANTES TAMAYO, Luis., ELEMENTOS DE TEORÍA GENERAL DEL PROCESO. Edic, 2a. Edit, Porrúa. México, 1986.

FALCON , Enrique M., DERECHO PROCESAL CIVIL, COMERCIAL Y LABORAL. Edic, n d. Edit, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 1978.

GÓMEZ LARA, Cipriano., DERECHO PROCESAL CIVIL. Edic, 4a. Edit, Trillas. México, 1989.

_____, TEORÍA GENERAL DEL PROCESO. Edic, 8a. Edit, Harla. México, 1990.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián., DERECHO FAMILIAR. Edic, 2a. Edit, UNACH. Tuxtla Gutierrez, Chis, 1988.

_____, ¿QUÉ ES EL DERECHO FAMILIAR? Vol, II. Edic, 1a. Edit, Promociones Jurídicas y Culturales, S.C. México, 1992.

IBARROLA, Antonio De., DERECHO DE FAMILIA. Edic, 2a. Edit, Porrúa, S.A. México, 1981.

IGLESIAS GONZÁLES, Román., y MORINEAU IDUARTE, Martha., DERECHO ROMANO. Edic, 1. Edit, Harla. México, 1987.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo., MANUAL DE DERECHO POSITIVO MEXICANO. Edic, 1a. Edit, Editorial Libros y Arte, S.A. de C.V. México, 1989.

MONTERO DUHALT, Sara., DERECHO DE FAMILIA. Edic, 5a. Edit, Porrúa, S.A. México, 1992.

OVALLE FAVELA, José., DERECHO PROCESAL CIVIL. Edic, 2a. Edit, Harla. México, 1985.

PALLARES, Eduardo., DERECHO PROCESAL CIVIL. Edic, 12a. Edit, Porrúa, S.A. México, 1986.

PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena., DERECHO DE FAMILIA. Edic, 1a. Edit, I.I.J.-UNAM. México, 1990.

PÉREZ PALMA, Rafael., GUÍA DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Edic, 7a. 1a Reimpresión. Edit, Cardenas Editor y Distribuidor. México, 1994.

PINA, Rafael De. y CASTILLO LARRAÑAGA, José., INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Edic, 12a. Edit, Porrúa S.A. México, 1987.

RUIZ SERRAMALERA, Ricardo., DERECHO DE FAMILIA. Matrimonio, Filiación y Tutela. Edic, 2a, Reimpresión 2a. Edit, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1993.

CÓDIGOS Y LEYES

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Edic, 64a. Edit, Porrúa, S.A. México, 1995.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. Edic, 49a. Edit, Porrúa, S.A. México, 1995.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Edic, 108a. Edit, Porrúa, S.A. México, 1995.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Comentado Libro Primero DE LAS PERSONAS. Edic. 3a. Edit I: I: J: UNAM. México, 1993.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Edic, 47a. Edit, Porrúa, México, 1990.

GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián., y EGUÍA VILLASEÑOR, Emilio., LEGISLACIÓN FAMILIAR PARA EL ESTADO DE HIDALGO, Edic, 3a. Edit, n d. México, 1983.

LEY DE AMPARO REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Edic, 1a. Edit, Themis. México, 1989.

LEY DE LA DEFENSORÍA DE OFICIO DEL FUERO COMÚN EN EL DISTRITO FEDERAL. Edic, 494. Edit, Porrúa, S.A. México, 1995.

REGLAMENTO DE LA LEY DE LA DEFENSORÍA DE FUERO COMÚN EN EL DISTRITO FEDERAL. Edic, 49a. Edit, Porrúa, S.A. México, 1995.

DIARIOS OFICIALES

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. 18-III-1971.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. 14- MARZO -1973.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. 13- ENERO -1977.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. 21- DICIEMBRE -1982.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. 7- FEBRERO -1996.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. 24- MAYO - 1996.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. 30- ABRIL - 1996.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. 17- JULIO - 1996.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

COROMINAS, Joan. et al., DICCIONARIO CRITICO ETIMOLÓGICO CASTELLANO E HISPANO. Vol. II. Edic, Segunda Reimpresión. Edit, Gredos. Madrid, 1992.

CABANELLAS, Guillermo., DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL. T. IV. Edic, 21a. Edit, Heliasta, S.R.L. Argentina, 1989.

ENCICLOPEDIA HISPÁNICA. "MACROPEdia". Vol, 6. Edic, 1a Reimpresión. Edit. Encyclopaedia Britannica Publishers, Inc. Estados Unidos, 1991.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. T. V. Edic, n d. Edit, Driskill, S.A. Argentina, 1982.

ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA EUROPEO AMERICANA. T. XXIII. Edic, n d. Edit, Espasa-Calpe, S.A. Madrid, 1924.

GARCÍA DE DIEGO, Vicente., DICCIONARIO ETIMOLÓGICO ESPAÑOL E HISPANO. Edic, n d. Edit, S.A.E.T.A. Madrid, 1954.

GARRONE, José Alberto., DICCIONARIO JURÍDICO ABELEDO-PERROT. T. II. Edic, n d. Edit, Abeledo-Perrot. Argentina, 1986.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS., Diccionario Jurídico Mexicano. T. D-H. Edic, 2a. Edit, Porrúa, S.A. UNAM. México, 1987.

LAROUSSE. Diccionario manual ilustrado. Edic, 4a. Edit, Ediciones Larousse. México, 1990.

MASCAREÑAS, Carlos-E., NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA. Edic, n d. Edit, Francisco Seix, S.A. España, 1982.

OCEANO UNO. Diccionario Enciclopedia Ilustrado. Edic, n d. Edit, Grupo Editorial Oceano. Barcelona, 1990.

PALLARES, Eduardo., DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Edic, 22a. Edit, Porrúa, S.A. México, 1996.

RAMÍREZ GRONDA, Juan D., DICCIONARIO JURÍDICO. Edic, 10a. Edit, Heliasta S.R.L. argentina, 1988.

PINA, Rafael De. y PINA VARA, Rafael De., DICCIONARIO DE DERECHO. Edic, 16a. Edit, Porrúa, S.A. México, 1989.

EXPEDIENTES

GARCÍA SOTELO OLIVIA vs Jesús De la Cuesta Mora, Alimetos, Juzgado Vigésimo Segundo Fam. Primera Sección, Exp. núm 791/95.

CASAS ZARCO ANA LAURA vs Fredy Martín Jesús García Hernández, Guarda y Custodia, Juzgado Vigésimo segundo Fam. Segunda Sección, Exp. núm 580/94.

JURISPRUDENCIA

APÉNDICE de Jurisprudencia, 1917-1985, Séptima Época, Cuarta Parte. Vols 103-108.

APÉNDICE de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Época, Tercera Sala.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL PRIMER CIRCUITO. INFORME, 1987. Tercera Parte. Tribunales Colegiados.

INFORME, 1987. Segunda Parte. Civil.

JURISPRUDENCIA. Tercera Sala. Séptima Época. Vol, 169-174. Cuarta Parte.

SALA AUXILIAR. Séptima Época, Vol Semestral 109-114, Séptima Parte.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. Sexta Época. cuarta Parte. Vol, IV.

- Sexta Época. Volumen CXXXIV. Cuarta Parte. Agosto de 1968. Tercera Sala.
 - Sexta Época. Volumen CXXXV. Cuarta Parte. Septiembre de 1968. Tercera Sala.
 - Séptima Época, Cuarta Parte, Tercera Sala, Vol 55.
 - Octava Época. T, VI Segunda Parte-2.
 - Tercera Sala. Quinta Época. T, LXIII.
 - Tercera Sala. Séptima Época. Vol, 205-216.
 - Tercera Sala, Séptima Época, Vol, 217-228.
 - Tribunal Colegiado de Circuito. Época: 8A. T, I SEGUNDA PARTE-1. Tercera Sala. Informe 1978 SEGUNDA PARTE.
 - Informe 1983 SEGUNDA PARTE.
 - Séptima Época, Vol, 30. Cuarta Parte.
 - Séptima Época. Vol Semestral 97-102, Cuarta Parte.
 - Séptima Época, Vol Semestral 103-108, Cuarta Parte.
 - Séptima Época. Vol Semestral 163-168. Cuarta Parte.
- Tribunales Colegiados de Circuito. Informe 1987 CI. Tercera Parte.

REVISTAS

GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián., REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO. T, XXIX. Núm, 112. UNAM, Enero-Abril 1979.

MEMORIA DEL PRIMER CONGRESO MUNDIAL SOBRE DERECHO FAMILIAR Y DERECHO CIVIL. Edic, 1a. Edit. UNAM. México, 1978.