

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

FACULTAD DE DERECHO.

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO.

MAESTRÍA EN DERECHO.

**“LA JUSTICIA Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO
FAMILIAR”.**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:

MAESTRA EN DERECHO,

PRESENTA:

Lic. SAGRARIO DE LEÓN JIMÉNEZ.

ASESOR: Dr. JUAN BRUNO UBIARCO MALDONADO.

CIUDAD UNIVERSITARIA, 2012.



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.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.

LA JUSTICIA Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO FAMILIAR.

CAPÍTULO 1: Los principios generales del Derecho Familiar.....7

1.1. El Derecho Familiar dentro de la ciencia jurídica.....7

1.2. El orden público.....16

1.3. El interés superior del menor y la familia.....25

1.4. La suplencia de la deficiencia de la queja.....37

CAPÍTULO 2: Los principios generales del Derecho Familiar a la luz de las actuales reformas legislativas.....60

2.1. La reasignación para la concordancia sexo-genérica.....61

2.2. Los matrimonios entre personas del mismo sexo.....83

2.3. La adopción homoparental.....98

CAPÍTULO 3: Hacia una verdadera justicia en materia familiar.....112

3.1. El ámbito académico.....115

3.2. El ámbito legislativo.....	120
3.3. El ámbito jurisdiccional.....	148
3.4. La interdisciplinariedad: Requisito <i>sine qua non</i>	155
CONCLUSIONES.....	178
BIBLIOGRAFÍA.....	195
DICCIONARIOS.....	200
ARTÍCULOS.....	200
LEGISLACIÓN.....	201
SITIOS DE INTERNET.....	203

INTRODUCCIÓN.

La familia es la institución social más importante, es anterior al orden jurídico, y éste debe destinarse a lograr su desarrollo pleno. Además del individuo en particular, la familia es el fin primordial de la actividad del Estado. A lo largo de la historia, los Estados se han empeñado en proteger y desarrollar tan importante institución, mediante su regulación en las leyes ordinarias, en los ordenamientos constitucionales e incluso en los tratados y declaraciones internacionales. Esto ha permitido que cada vez un número mayor de constituciones en el mundo contemplen esta institución en su texto, reconociéndole derechos e imponiendo obligaciones al Estado para beneficio de ésta.

En todo sistema jurídico, generalmente existe una confrontación entre la justicia y el Derecho. Uno de los dilemas que más afecta a la conciencia humana, es aquel que radica en la investidura de un juzgador cuando tiene que resolver sobre el conflicto que se le presenta en juicio, donde por una parte, está obligado a la recta y estricta aplicación de la ley, y por la otra, está consciente de que al actuar bajo esos lineamientos se aleja de la razón y la justicia, dictando resoluciones conforme a Derecho, pero no siempre aportando una solución real al problema planteado.

El sentido común nos indica que las disposiciones legales vigentes son las adecuadas, sobre todo en una materia tan sensible cuyo objetivo primordial es regular y resolver los conflictos de las personas unidas por un vínculo familiar. Lamentablemente, la realidad es otra, pues nuestras normas jurídicas tienden a ser imperfectas y presentan deficiencias que dañan seriamente a los peticionarios de justicia.

Aunado a lo anterior, los procedimientos en materia familiar suelen ser largos; la preparación ética y profesional de muchos operadores jurídicos dista mucho de lo deseable, llegando a carecer del perfil adecuado para intervenir en asuntos de esta naturaleza, o simplemente laboran en instituciones superadas por las cargas de trabajo y sin la infraestructura necesaria para hacer frente a las exigencias de la sociedad.

Ante tales adversidades, surge el problema de cómo garantizar que los conflictos en materia familiar tengan una solución real y no aparente desde la

óptica estrictamente jurídica. Indudablemente que se requerirá no solamente de la aplicación de la ley por parte del juzgador, sino además, de la prudencia, sensibilidad y sentido común de todos los operadores jurídicos que intervengan.

En las escuelas y facultades de Derecho, difícilmente se analizan a profundidad los diversos tópicos de orden procesal en materia familiar.

En el medio forense se ha elevado el reclamo a fin de lograr la creación de tribunales federales especializados en materia familiar, para conocer los juicios de amparo, a efecto de que sólo resuelvan dichos asuntos juzgadores sensibles, con un perfil profesional adecuado, y así se deje de resolver con parámetros propios de la materia estrictamente civil o patrimonial.

Todos estos tópicos encuentran un punto de contacto con los principios que rigen el Derecho Familiar, a saber: El orden público, el interés superior del menor y la familia y la suplencia de la deficiencia de la queja.

En el primer capítulo analizamos, además de la ubicación que ocupa el Derecho Familiar dentro de la ciencia jurídica, cada uno de dichos principios generales, sus características y su regulación jurídica tanto a nivel interno, como internacional.

En el segundo capítulo abordamos las tres reformas de mayor importancia que han sido incorporadas a nuestra legislación local recientemente, como lo son: La reasignación para la concordancia sexo-genérica, el matrimonio entre personas del mismo sexo y la adopción homoparental, todo ello a la luz de los principios generales del Derecho Familiar referidos.

Por su parte, en el capítulo tercero delimitamos la problemática a la que se enfrenta la justicia en materia familiar, referida básicamente a tres ámbitos: El académico, el legislativo y el jurisdiccional. En esta parte analizaremos, por ejemplo, temas de gran importancia tanto familiar como social, como lo es el de la alienación parental. Que un progenitor manipule a sus hijos con intención de predisponerlos contra el otro, es un fenómeno cada día más frecuente, sobre todo en los casos de rupturas matrimoniales. Ningún hijo debe ser tratado como culpable simplemente por amar a ambos padres. Como bien lo afirman los profesionales de la salud mental, el odio no es una emoción o sentimiento que emana naturalmente de un niño. Es algo que se aprende. Un padre que

enseña a su hijo a odiar a su otro progenitor representa una grave y persistente amenaza para la salud mental y emocional de ese niño. En este proceso, un padre alienado sufre una frustración sin límites, un vacío y daño indescriptibles. El Síndrome de Alienación Parental, además de ser un daño psicológico gravísimo, se convierte en un dolor profundo del alma porque destruye el círculo de los afectos. Ante el rechazo inducido hacia uno de los progenitores, se experimenta la devastación del entorno familiar, así como la extinción total del proceso afectivo en la relación padre-hijo. Sin embargo, la gravedad de esta problemática no ha obtenido la respuesta que merece por parte del Derecho.

Cerraremos este último capítulo con el análisis de la importancia que representa la interdisciplinariedad como requisito sin el cual no es posible alcanzar la justicia en materia familiar, y como corolario, algunas reflexiones en torno al idealizado acceso a la justicia.

Como lo advertiremos a lo largo de la presente investigación, los principios generales del Derecho Familiar representan un tema del que si bien se ha hablado mucho, todavía se encuentra en construcción. Lo que aquí aportamos, es producto de las experiencias, inquietudes y aprendizaje obtenidos por quien esto escribe durante el estudio de la Especialización en Derecho Familiar, enriquecidos por los valiosos conocimientos adquiridos en la Maestría. Las motivaciones internas son diversas, pero la más importante es el haber tenido la maravillosa oportunidad de vivir en una familia integrada, sana y armoniosa, como deberían serlo todas y cada una de las que conforman la sociedad.

Considero, entonces, que el objetivo principal de mi investigación, es el de despertar la inquietud sobre el tema, de todas aquellas personas preocupadas por el fortalecimiento de nuestro sistema de impartición de justicia en materia familiar, en aras de lograr una verdadera protección de los derechos fundamentales de todo ser humano involucrado en un conflicto de tal naturaleza.

LA JUSTICIA Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO FAMILIAR.

CAPÍTULO 1: Los principios generales del Derecho Familiar.

El objetivo central de la presente investigación, es el de analizar el tema de la justicia en el ámbito del Derecho Familiar, concretamente, referida a los principios generales que rigen dicha materia, a saber: El orden público, el interés superior del menor y la familia, y la suplencia de la deficiencia de la queja. Para poder llevar a cabo dicho análisis, es menester inicial definir y ubicar nuestra materia dentro del amplio campo de la ciencia jurídica.

1.1. El Derecho Familiar dentro de la ciencia jurídica.

Lo que caracteriza a cada ciencia es su objeto formal, toda vez que el objeto material (objeto concreto del que se ocupa determinada ciencia) puede ser común a varias de ellas. Así, el Derecho es el objeto material común a todas las disciplinas jurídicas, en tanto que su diversificación como Derecho Familiar, Derecho Civil, Derecho Constitucional, Derecho Penal, entre otros, radica en su respectivo objeto formal (la especial perspectiva desde la que se investiga).¹

En los últimos tiempos, el Derecho Familiar ha sido motivo de preocupación para los estudiosos del Derecho, en virtud de que después de diecinueve siglos de era cristiana, en los que permaneció intercalado como una parte del Derecho de las Personas (esto es, del Derecho Civil), los albores del siglo XX presenciaron el surgimiento de corrientes doctrinales que vislumbraron en las normas que regían las relaciones entre los cónyuges y de éstos con sus hijos, un derecho con perfiles propios, dentro de la esfera del mismo Derecho Civil, aunque con características distintas al tradicional, que tiende a darle un lugar destacado en el marco institucional de la clasificación del Derecho.

El grupo de normas que inicialmente se encontraba inserto en el Derecho Civil, impuso la necesidad de buscar una nueva denominación: La de Derecho Familiar, con sus correspondientes preceptos que le son propios, y

¹ Cfr. Kaufmann, Arthur, *et al*, *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, Debate, Madrid, 1992, p. 29.

con una tendencia continua a consagrar un derecho de grupo, integrado por reglas que, si bien, genéricamente establecen derechos individuales, lo hacen dentro del panorama general de la organización familiar.

La estructura familiar crea múltiples relaciones entre sus miembros, cuya complejidad exige un tratamiento especial y diferenciado con respecto al resto de las relaciones jurídicas surgidas en el mundo del Derecho, ya sea en el ámbito público o en el privado. Es precisamente esa singularidad la piedra basal del orden jurídico familiar, la que lo exige, la que lo crea, la que lo sustenta, la que lo hace sui generis en el amplio mundo de la ciencia jurídica. Los intereses de la familia son superiores, por lo cual merecen una legislación protectora por parte del Estado.

Así, tenemos que el “Derecho Familiar, es un conjunto de normas jurídicas, que regulan la vida entre los miembros de una familia, sus relaciones internas, así como las externas respecto a la sociedad, otras familias y el propio Estado”.²

Los hermanos Mazeaud definen al Derecho Familiar, como un conjunto de normas que rigen la constitución, organización y disolución de la familia como grupo, en sus aspectos personales y de orden patrimonial.³

Ese enfoque de la ciencia del Derecho, esa rama jurídica pretende como fines la protección jurídica, económica, social y cultural de la familia, conglomerado social más importante en la actualidad, incluso que el propio Estado, ya que la familia ha sido una organización natural y necesaria, que ha nacido antes que el propio Estado y de ella, han emanado las diversas formas de gobierno.

Hablar de Derecho Familiar y del lugar que ocupa dentro de la ciencia jurídica, ineludiblemente nos exige referirnos al debatido tema de su autonomía.

Inicialmente, el Derecho Familiar surgió como un derecho privado, en atención al estatuto personal implícito en toda persona.

Los principios fundamentales que gobiernan el Derecho Familiar, fueron formulados por vez primera por el jurista italiano Antonio Cicú, en un discurso

² Güitrón Fuentevilla, Julián, *¿Qué es el Derecho Familiar?*, Segundo Volumen, Promociones Jurídicas y Culturales, México, 1992, p. 40.

³ Cfr. Mazeaud, Henry, *et al*, *Lecciones de Derecho Civil*, volumen 3, Ejea, Buenos Aires, 1968, p. 4.

inaugural que pronunció en la Universidad de Macerata, el 23 de noviembre de 1913, intitulado “El Espíritu del Derecho Familiar”. Fue Cicú quien, por primera vez habló de orden público e interés superior, como principios rectores del Derecho Familiar. Para perfilar su doctrina, negó que en el Derecho Familiar pueda funcionar la voluntad como el elemento básico generador de derechos y obligaciones; negó la naturaleza contractual del matrimonio al que atribuye ser un acto de poder estatal; negó que el contrato le imprima sus características a la separación consensual de los esposos, o en su caso, a la reconciliación que ellos pacten; negó que exista un contrato en la adopción, así como que el reconocimiento de un hijo constituya un negocio privado, calificándolo él como un acto de poder familiar; aseveró, en suma, que los negocios del Derecho Familiar excluyen la manifestación de la voluntad libre dirigida a la tutela de un interés individual, es decir, que en el Derecho Familiar la voluntad individual como principio, no es capaz de producir efectos jurídicos, lo es solamente en cuanto dicho poder sea reconocido en determinados casos; la voluntad privada, entonces, no es eficaz para constituir, modificar o disolver vínculos jurídicos familiares como sucede estrictamente en el Derecho Privado.⁴

Por tanto, conforme al criterio de Cicú, al Derecho Familiar se le podría asignar un lugar independiente en la distinción entre derecho público y derecho privado, existiendo la posibilidad de que la bipartición tradicional pueda ser sustituida por una tripartición que respondiera a los caracteres propios que socialmente asume el agregado familiar frente al agregado político. Estas consideraciones atienden a que la familia no es un ente público, no porque no esté sujeta a la vigilancia y tutela del Estado, sino en atención a que los intereses que debe proteger no son los de la generalidad. Consecuentemente, al Derecho Familiar se le debe asignar un lugar independiente del derecho público y del privado, esto es, la bipartición debe transmutarse en tripartición, creándose un tercer género en el que tenga cabida el Derecho Familiar.⁵

Los principios establecidos por Cicú, fueron acogidos por Roberto de Ruggiero en la cuarta edición de sus “Instituciones de Derecho Civil”. Ruggiero fundamenta su tesis en el interés, y para él, la voluntad de los particulares no

⁴ Cfr. Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo III, segunda edición, Porrúa, México, 2001, pp. 16-22.

⁵ Cfr. Zavala Pérez, Diego H., *Derecho Familiar*, segunda edición, Porrúa, México, 2008, p.p. 15-16.

significa nada para el Derecho Familiar, pues el fin perseguido es el de la comunidad social, el cual puede ser alcanzado a través del Estado. Todas las normas del Derecho Familiar son imperativas e inderogables. De esto, se infieren cuatro principios de derecho privado cuya aplicación queda excluida del Derecho Familiar: Salvo algunas excepciones, no es aplicable el principio de la representación; no se pueden imponer modalidades a los negocios familiares, puesto que no se pueden sujetar a término o condición; no se pueden renunciar ni enajenar los derechos subjetivos familiares; no se puede evitar la intervención estatal en las relaciones de Derecho Familiar.⁶

Cabe destacar que Ruggiero considera que el Derecho Familiar se aparta del derecho privado y también se sustrae del Derecho Civil, constituyendo un derecho autónomo.

Otra contribución importante a la autonomía del Derecho Familiar, fue la de León Duguit, quien postuló la existencia de un Derecho Social (sistema jurídico de creación autónoma por y para ciertas colectividades, grupos o instituciones, ya no por ni para el Estado o el individuo, sino para eliminar las desigualdades de dichos grupos⁷) al lado del público y del privado, en el cual tendría cabida el orden jurídico familiar. Esto influiría para que, en 1917, Venustiano Carranza promulgara la Ley Sobre Relaciones Familiares, primer ordenamiento dentro de nuestro sistema jurídico que da a la familia un perfil más racional y justo, regulando en forma novedosa el divorcio, la disolución de la sociedad conyugal y la adopción.

También en relación con el tema del derecho social, Gustav Radbruch sostiene que “el Derecho de familia es el único que, en plena era del individualismo, se inspira en una imagen del hombre que no es simplemente la del individuo egoísta y calculador. El régimen jurídico familiar cree poder confiar en el marido con respecto a la mujer o en los padres con respecto a los hijos, abriéndoles crédito en cuanto al cumplimiento de sus deberes. Da por supuesto que el marido y los padres obrarán movidos, normalmente, por sentimientos de amor y responsabilidad...El Derecho de familia, se inspira, para la concesión de

⁶ Cfr. Ruggiero, Roberto de, *Instituciones de Derecho Civil*, traducción de Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Tijeiro, Tomo II, Volumen segundo, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1979, pp. 9-10.

⁷ García Ramírez, Sergio, *El Derecho Social* en “Revista de la Facultad de Derecho de México”, Tomo XV, Universidad Nacional Autónoma de México, México, julio-septiembre, 1965, p. 634.

derechos y facultades, en una imagen del hombre gobernado no sólo por el móvil del interés, sino también por el acicate del deber”.⁸

En el mismo sentido que los anteriores, el criterio establecido por Guillermo Cabanellas en relación a la autonomía del Derecho Laboral, puede ser utilizado válidamente para determinar la autonomía de cualquier rama del Derecho, en el caso que nos ocupa, del Derecho Familiar. Según Cabanellas, para considerar a una disciplina jurídica autónoma, es indispensable satisfacer cuatro criterios, a saber: El legislativo, el científico, el didáctico y el jurisdiccional.⁹

Criterio legislativo: La autonomía legislativa se consolida cuando la rama del Derecho en estudio tiene sus propias leyes y códigos; que su legislación, aún cuando haya formado parte de otra, sea autónoma e independiente, con principios básicos propios, pues con la evolución de la humanidad se hace necesario un estudio especializado de cada una de las disciplinas rectoras. En suma, el criterio legislativo de una rama jurídica se consolida cuando tiene sus propias leyes, códigos, reglamentos, decretos. México fue el primer país en el mundo que contó con una legislación autónoma sobre la familia: La Ley Sobre Relaciones Familiares, promulgada por Venustiano Carranza el 9 de abril de 1917. Actualmente, los Estados de Hidalgo, Michoacán, Morelos, San Luis Potosí, Zacatecas y Sonora cuentan con códigos o leyes familiares que rigen tanto en lo sustantivo, como en lo adjetivo, en forma independiente de las leyes en materia civil.

Criterio científico: La autonomía científica de una disciplina jurídica consiste en la existencia de producción literaria y bibliográfica especializada, escrita con independencia de cualquier otro género del Derecho. La elaboración de libros, ensayos, artículos originados independientemente de la rama del Derecho que los haya creado, nos permite confirmar el criterio científico de una rama del Derecho. Como es el caso de otras disciplinas autónomas, en el Derecho Familiar existe una gran producción doctrinal. Por tanto, ante la evidencia de la gran producción bibliográfica, no podría afirmarse que el Derecho Familiar siga siendo parte del Derecho Civil. Es obvio entonces

⁸ Radbruch, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, traducción de Wenceslao Roces, Breviarios Fondo de Cultura Económica, México, 1978, p. 159.

⁹ Cfr. Cabanellas de Torres, Guillermo, *Los Fundamentos del Nuevo Derecho*, Heliasta, Buenos Aires, 1985, p. 96.

que el Derecho Familiar es una disciplina propia e independiente que puede ser catalogada conforme a la tradición bipartita del Derecho (público o privado) como una rama autónoma. El avance doctrinal del Derecho Familiar es cada vez mayor, puesto que las obras especializadas sobre la materia, están constantemente en evolución.

Criterio didáctico: El tercer elemento indispensable para ubicar en el Derecho, con carácter propio a una disciplina jurídica, es la autonomía didáctica, consistente en la enseñanza del contenido del Derecho Familiar independiente de otras disciplinas.

Criterio jurisdiccional: Este criterio está referido a la existencia de tribunales especializados en la materia y autónomos para la solución de las controversias familiares. En nuestro país, en 1971 fueron creados los juzgados en materia Familiar, al margen de los Civiles y Penales.

Confirma lo anterior el criterio sostenido por Diego Zavala, quien afirma que las características que determinan la autonomía de una rama del Derecho, se encuentran en los ámbitos legislativo, didáctico, científico y jurisdiccional. Conforme a esto, tenemos que:

- Existe la autonomía didáctica al tener el Derecho Familiar principios y métodos que lo distinguen de otras disciplinas y permiten su enseñanza o exposición estructural y organizada.
- Se produce ya la autonomía científica; hay una amplia bibliografía, se señalan diferencias profundas con el Derecho Civil, que anteriormente lo comprendía.
- La autonomía legislativa, o de codificación, se advierte en algunas entidades federativas que cuentan con código familiar.
- Es notoria la autonomía jurisdiccional al estar establecidos en el Distrito Federal, Salas de lo Familiar y juzgados de la misma competencia por materia.¹⁰

En suma, con base en todas las consideraciones anteriores, el Derecho Familiar no es público ni privado, constituye un tercer género.¹¹

¹⁰ Cfr. Zavala Pérez, Diego H., ob. cit., p.p. 17-18.

¹¹ Cfr. Güitrón Fuentesvilla, Julián, ob. cit., p. 158.

Aunado a lo anterior, cabe señalar lo siguiente:

*Las controversias de orden familiar son de orden público; en cambio, se atribuye a la materia civil un interés privado.

*En las controversias de orden familiar, el juez está facultado para intervenir de oficio, es decir, no necesariamente a instancia de parte; en tanto que en materia civil, por regla general, corresponde a las partes el impulso del procedimiento.

*En materia familiar se prevé la suplencia de la deficiencia de la queja, posibilidad que no tiene cabida en materia civil, por ser de estricto derecho.

*A diferencia de la materia civil, en los juicios o controversias de orden familiar, son atenuados los formalismos.

*El procedimiento civil es dispositivo, mientras que el familiar es inquisitorio. En efecto, la justicia familiar se separa radicalmente de la civil, porque ésta, de estricto derecho, está regida por normas que la caracterizan como un proceso básicamente dispositivo, donde el juez preside y las partes actúan; donde el juez es rector de la marcha del juicio, y las partes sus protagonistas; en cambio, el juicio familiar se caracteriza por su acercamiento al principio inquisitorio, donde el juez también impulsa el avance del proceso y participa activamente en el desarrollo de sus diversas fases.¹²

*El Derecho Familiar destaca la relación personal de los miembros dentro del grupo familiar, teniendo en cuenta la condición y el estado que ocupan dentro de ella; el Derecho Civil es patrimonial por antonomasia.

*Las normas de Derecho Familiar son imperativas, de orden público; el Derecho Civil tiene normas permisivas en su generalidad.

*A diferencia de lo que sucede en el Derecho Civil, los derechos subjetivos familiares son inalienables, irrenunciables e intransferibles.

*En el Derecho Civil, la autonomía de la voluntad es amplia, en tanto que las relaciones interpersonales del grupo familiar no están sometidas a dicha modalidad.

*Los fallos que resuelven conflictos del grupo familiar, en la mayoría de los casos no alcanzan la calidad de cosa juzgada, son sentencias formales en

¹² Cfr. Bejarano Sánchez, Manuel, *La controversia del orden familiar*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 1994, p. 175.

su mayoría, no son sentencias materiales, es decir, las sentencias familiares son revisables ulteriormente.¹³

Ahora bien, antes de proceder al análisis particular de cada uno de los principios rectores del Derecho Familiar, es importante ubicar el referente histórico que sustenta nuestra investigación. Al efecto, cabe precisar que mediante decreto de fecha 26 de febrero de 1973, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de marzo de ese mismo año, y que entró en vigor quince días después, fue adicionado al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, el Título Decimosexto, denominado “De las Controversias del Orden Familiar”, con el objeto de establecer normas especiales que regularan determinados conflictos familiares, cuya especial naturaleza exigiera una solución pronta y eficaz, como lo era la relativa al pago de alimentos, calificación de impedimentos para contraer matrimonio, educación de hijos, entre otros.

El título quedó conformado por diecisiete artículos, entre los cuales destacaba el numeral 941, cuyo primer párrafo facultaba al juez de lo Familiar a intervenir de oficio en los asuntos que afectaran a la familia, especialmente tratándose de menores y de alimentos, decretando las medidas necesarias tendientes a preservarla y a proteger a sus miembros.

Posteriormente, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, con fecha 27 de diciembre de 1983, dicho precepto fue reformado, siendo adicionado un párrafo, mismo que hasta la fecha dice:

“En todos los asuntos del orden familiar los jueces y tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho...”¹⁴.

La ratio legis de dicha reforma atendió al interés por mejorar el régimen jurídico relativo a la familia, a fin de asegurar la igualdad real entre los cónyuges, favoreciendo la mayor protección a los hijos y garantizando medios adecuados para la preservación de las relaciones familiares; esto en atención a que en aquél momento histórico, las normas que habían estado vigentes no permitían que los órganos jurisdiccionales suplieran la deficiencia de las partes

¹³ Cfr. Machicado, Jorge, *Qué es el Derecho de Familia*, Centro de Estudios de Derecho, La Paz, Bolivia, 2009, en www.jorgemachicado.blogspot.com.

¹⁴ *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, SISTA, México, 2011, p. 355.

cuando éstas, generalmente por errores en el patrocinio legal o por ignorancia, no hacen valer debidamente sus derechos, por lo cual es posible que se incurra en verdaderas injusticias al hallarse los jueces y magistrados impedidos para suplir los defectos en el planteamiento jurídico que hacen los litigantes.¹⁵

Con base en todo lo anterior, podemos señalar que al constituir el Derecho Familiar un género distinto al público y privado, su objeto de estudio y su materia deben tener un trato especial, sobre todo porque es distinto a todas las demás disciplinas jurídicas y, por tanto, presenta características y principios que le son propios. En términos generales, el Derecho Familiar es imperativo, sus normas se imponen, no se proponen ni se discuten, obligan, no facultan a su cumplimiento, es determinado por la ley, surge de la voluntad del legislador, por lo que jamás podrá ser producto de la autonomía de la voluntad de los particulares, esto es, no son normas que se puedan dejar al arbitrio de las partes.

En efecto, en el Derecho Familiar, ineludiblemente, encontramos la necesidad de someter la autonomía de la voluntad de los particulares, a límites derivados del interés público y social que tiene el Estado en proteger la organización y el desarrollo integral de los miembros de la familia y en asegurar que la regulación jurídica que les afecta esté orientada a asegurar el respeto a su dignidad y a otros valores y principios constitucionales, específicamente los derivados del artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por tanto, las instituciones de Derecho Familiar, se sitúan en un ámbito en que quedan inseparablemente vinculados el interés privado y el público.

Ejemplo de ello, lo tenemos en la institución del matrimonio. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 24/2004-PS estableció que el matrimonio es una institución que en ningún modo puede ser equiparada a un contrato típico y aunque tiene un trasfondo contractual relacionado con el encuentro de voluntades entre dos individuos, está rodeado de normas mediante las cuales impone numerosos límites a la misma, normas que se extienden a toda la regulación del matrimonio entendida en sentido amplio, incluyendo el divorcio y la disolución de los regímenes económicos

¹⁵ Cfr. *Diario de Debates de la Cámara de Diputados, Iniciativa del Ejecutivo Federal*, Año II, Tomo II, número 30, 29 de noviembre de 1983.

matrimoniales. La naturaleza jurídica del matrimonio no es la de un acto contractual, sino la de un acto-condición, que coloca un caso individual dentro de una situación jurídica general ya creada de antemano por la ley, la cual conlleva una serie de derechos y deberes que esa ley, atendiendo tanto a la voluntad de los contrayentes como a otros bienes e intereses jurídicos, establece y moldea.¹⁶

Otro criterio de nuestro máximo tribunal en el mismo sentido, señala que dentro de la clasificación de los actos jurídicos, existe la de actos-condición, los cuales han sido y son confundidos frecuentemente con los actos contractuales, a pesar de existir profunda diferencia jurídica en la esencia de ambos, pues mientras los primeros pertenecen al campo del Derecho Público, los segundos se rigen esencialmente por la voluntad de las partes que los crean y pertenecen al Derecho Privado. El acto-condición consiste en colocar un caso individual dentro de una situación jurídica general, ya creada de antemano por la ley, y como ejemplo típico de estos actos, puede citarse el del matrimonio, que consiste en colocar a los contrayentes dentro de la situación jurídica general de cónyuges, ya establecida por el Código Civil. El matrimonio no crea la situación jurídica de que va a ser investido el individuo; esta situación ya existe y han sido las leyes las que la han creado y reconocido, y el matrimonio no hace otra cosa que investir a un individuo determinado, de los poderes y deberes generales reconocidos por las leyes.¹⁷

Los principios propios del Derecho Familiar son, entonces, inconfundibles con los de otras ramas jurídicas y, por consiguiente, le hacen independiente, salvando siempre las relaciones que guardan entre sí todas las ciencias jurídicas, y aún dentro de cada una, las distintas instituciones que les son propias. Como ya lo habíamos anunciado previamente, dichos principios son: Orden público, interés superior del menor y suplencia de la deficiencia de la queja.

1.2. El orden público.

¹⁶ Cfr. *Contradicción de tesis 24/2004-PS entre las sustentadas por el Octavo y el Décimo Tercer Tribunales Colegiados en materia Civil del Primer Circuito*, México, 3 de septiembre de 2004, en www.scjn.gob.mx.

¹⁷ Cfr. *Matrimonio, naturaleza jurídica del*, tesis aislada, quinta época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación, tomo XLVIII, p. 3297.

“Las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad”.¹⁸

Norma similar es la incluida en el artículo 940 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que dice a la letra:

“Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad”.¹⁹

De manera general podemos señalar que el término orden público entraña un mandato o imperativo. Las normas de orden público son irrenunciables, puesto que dicho principio se materializa en un régimen jurídico que impone la observancia de la ley por encima del concepto de la autonomía de la voluntad de los particulares, tal y como ya lo hemos descrito en párrafos anteriores. Por tanto, el principio de orden público tiene prevalencia sobre cualquier acuerdo de voluntades entre las partes.

Es importante subrayar que, en el Derecho Familiar, el principio de orden público opera oficiosamente.

El principio de orden público conjuga elementos de tipo económico, político, social y moral; asimismo, es un concepto jurídico cambiante e indeterminado, puesto que está arraigado en los principios de convivencia de la sociedad, es constitutivo de un régimen de tipo moral; se deben valorar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, a fin de determinarlo.

Para Ruggiero, de conformidad con el principio de orden público, la potestad surge, aunque el particular no quiera, el vínculo liga incluso contra la voluntad del obligado.

En 1983 se incorpora el procedimiento en que prevalece el principio de orden público, como característica de esencia en las normas de Derecho Familiar, derogando el régimen de la autonomía de la voluntad en dicha materia.

“El orden público es la situación y el estado de legalidad normal, en que las autoridades...ejercen sus atribuciones propias; es decir, las imponen por el

¹⁸ Artículo 138 Ter, *Código Civil para el Distrito Federal*, SISTA, México, 2011, p. 41.

¹⁹ *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, ob. cit., p. 355.

carácter coactivo del derecho, y los ciudadanos...los deben respetar y obedecer, sin protestar...El orden público vinculado con la jurisdicción y la autoridad, permite la imposición de una sanción o una situación jurídica determinada, que se contrapone a lo privado, a lo individual, a lo personal".²⁰

Es muy importante subrayar que el Código Civil para el Distrito Federal, en sus artículos 138 Ter a Sextus, ordena que las disposiciones, normas, objetivos, estatutos, reglas y todo lo que se refiere a la familia, son de orden público e interés social.

De conformidad con lo establecido por Alf Ross, sólo podemos alcanzar una interpretación sostenible de la vigencia del Derecho, si efectuamos una síntesis del realismo conductista (hallar consistencia y predecibilidad en la conducta verbal, exteriormente observada, del juez) y el realismo psicológico (la consistencia es la de un todo coherente de significado y motivación, posible sobre la base de la hipótesis de que en su vida espiritual el juez se halla gobernado y motivado por una ideología normativa cuyo contenido conocemos).²¹ Por ello, nos hemos dado a la tarea de revisar en qué forma está decidiendo el juzgador en torno a este tema del orden público, por lo que a continuación sintetizamos algunas resoluciones destacadas al respecto:

El orden público no constituye una noción que pueda configurarse a partir de la declaración formal contenida en una ley. Por el contrario, ha sido criterio constante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que corresponde al juzgador examinar su presencia en cada caso concreto, de tal suerte que se perfila como un concepto jurídico indeterminado de imposible definición cuyo contenido sólo puede ser delineado por las circunstancias de modo, tiempo y lugar que prevalezcan en el momento en que se realice la valoración. En todo caso, para darle significado, el juzgador debe tener presentes las condiciones esenciales para el desarrollo armónico de la comunidad, es decir, las reglas mínimas de convivencia social, en la inteligencia de que la decisión que se tome en el caso específico no puede descansar en meras apreciaciones subjetivas, sino en elementos objetivos que

²⁰ Güitrón Fuentevilla, Julián, *El orden público en el Derecho Familiar Mexicano*, en Panorama Internacional de Derecho de Familia, Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006, pp. 39-40.

²¹ Cfr. Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, cuarta edición, editorial universitaria de Buenos Aires, 1977, p. 72.

traduzcan las preocupaciones fundamentales de la sociedad, siempre buscando no obstaculizar la eficacia de los derechos de tercero.²²

El orden público se configura como un elemento que exige una apreciación en cada caso concreto, máxime tratándose de la materia familiar, que como lo veremos más adelante, requiere de una valoración integral (jurídica, psicológica, económica, entre otras) de todos los miembros que integran el grupo familiar.

La naturaleza de la ley de orden público hace prevalecer su aplicación a las de interés particular, por lo que las renunciaciones que de ellas se hicieren se tendrán como nulas y no opuestas. Las disposiciones de orden público son irrenunciables, precisamente por el interés de la sociedad en su observancia y aplicación.²³

El criterio anterior subraya el elemento que marca la diferencia entre los asuntos del orden familiar, en los que rige el principio de orden público y los del orden privado, en los que rige el principio de la autonomía de la voluntad de los particulares.

El imperativo de proporcionar alimentos encuentra su génesis en un deber ético, a la postre acogido por el derecho y elevado a la categoría de obligación jurídica, cuyo propósito fundamental estriba en otorgar lo necesario para la subsistencia. Al surgir la obligación de proporcionar alimentos de un imperativo legal revestido de orden público e interés general, no es posible hacer depender el alcance y efectividad del indicado bien jurídico tutelado, de convenio alguno de voluntad, unilateral o bilateral y de manera extrajudicial, ya que, aceptar tal posibilidad, implicaría reconocer que el acreedor alimentista, pudiera imponer condiciones inferiores a las mínimas contenidas en la legislación, o bien, dar concesiones sobre el monto y exigibilidad de la deuda

²² Cfr. *Orden público. Es un concepto jurídico indeterminado que se actualiza en cada caso concreto, atendiendo a las reglas mínimas de convivencia social*, tesis aislada, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXII, agosto de 2005, p. 1956.

²³ Cfr. *Leyes de orden público*, tesis aislada, quinta época, Sala Auxiliar, Semanario Judicial de la Federación, tomo CXX, p. 590.

derivada de esta clase de relación, renunciando en forma parcial a ese derecho, lo cual se encuentra expresamente prohibido por el legislador.²⁴

En un tema tan importante como lo es el de los alimentos, no puede regir otro principio, sino el del orden público. Con este criterio se ratifica una vez más que los asuntos de naturaleza familiar no pueden dejarse al arbitrio de los particulares.

El derecho de familia es un conjunto de normas jurídicas dirigidas a regir la conducta de los miembros del grupo familiar entre sí, procurándose el mejor desenlace en las relaciones conyugales y consanguíneas constituidas por un sistema de derechos y obligaciones, poderes, facultades y deberes entre consortes, hijos y parientes. Esas facultades y deberes de carácter asistencial que nacen entre los padres, hijos, parientes colaterales, tienen como objetivo tutelar los derechos entre ascendientes y descendientes, sujetándose a normas establecidas para la protección de los hijos. Por ello, el derecho de familia se ocupa, entre otros aspectos, de la protección de los menores a través del ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia. El juzgador debe suplir la deficiencia de la queja a favor de los descendientes, en restauración del orden público relativo. El cumplimiento de las sentencias firmes y el interés superior de los menores, son cuestiones de orden público e interés social preeminente.²⁵

Como es de observarse, la tesis anterior alude a los tres principios rectores del Derecho Familiar: El orden público, el interés superior del menor y la familia y la suplencia de la deficiencia de la queja. Evidentemente que el primero de ellos es el más importante, puesto garantiza el cumplimiento de los

²⁴ Cfr. *Alimentos. Al surgir de un imperativo legal, revestido de orden público e interés general, su alcance y efectividad no pueden depender de un convenio extrajudicial*, tesis aislada, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXX, septiembre de 2009, p. 3092.

²⁵ Cfr. *Guarda y custodia de menores. La pretensión de cambio de la situación jurídica preexistente, está supeditada a que previamente se cumpla con la condición de entrega de los infantes a favor de quien ejerce esa guardia y custodia, legal y formalmente decretada en sentencia firme*, tesis aislada, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIV, diciembre de 2006, p. 1344.

dos últimos; en suma, el orden público es el principio toral del Derecho Familiar.

La eficacia del derecho de visita y convivencia, que tiene por objeto lograr la protección, estabilidad personal y emocional del menor dándole afecto, calor humano, presencia personal, respaldo espiritual y respeto a su persona e intimidad, es una cuestión de orden público e interés social, dado que en su observancia está interesada la sociedad y el Estado, porque de su efectivo cumplimiento, depende el desarrollo armónico e integral del menor que, en ocasiones, por causas ajenas a su voluntad, vive separado de uno o ambos progenitores. El goce y disfrute de esos derechos, no podrá impedirse sin justa causa, pero en caso de oposición de uno de los padres, la autoridad jurisdiccional determinará lo que más convenga al interés preponderante del menor que sólo podrá suspenderse, limitarse o perderse por resolución judicial expresa y cuando se haya perdido la patria potestad. La teleología de esta disposición, se encamina a la conservación de un entorno familiar saludable y favorable para el pleno desarrollo personal y emocional de los menores que, por causas ajenas a ellos, viven separados de alguno de sus padres o de ambos, por lo que, aún cuando no se encuentren bajo su custodia, si ejercen la patria potestad, tendrán derecho a convivir y disfrutar de momentos en común, en aras de tutelar el interés preponderante del menor, teniendo sólo como limitante para que se suspenda el ejercicio del derecho de visita y convivencia, que exista peligro para el menor, caso en que el juzgador podrá aplicar las medidas correspondientes a fin de salvaguardar el interés superior del menor, contra alguno de los progenitores.²⁶

Esta tesis en realidad hace referencia también al principio del interés superior del menor, pero como lo mencionábamos anteriormente, si no existiera el principio de orden público que lo respaldara, habría muchas deficiencias en cuanto a su instrumentación y cumplimiento. Cuando abordemos en el tercer

²⁶ Cfr. *Menores de edad. El derecho de visita y convivencia con sus progenitores es de orden público e interés social y, en caso de oposición, el juzgador resolverá lo conducente en atención al interés superior de aquéllos*, jurisprudencia, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXII, septiembre de 2005, p. 1289.

capítulo el tema de la alienación parental, veremos por qué motivo es de orden público el derecho de visita y convivencia entre los progenitores y sus hijos menores, ya que de él dependerá en gran medida la formación y desarrollo de una sana personalidad de estos últimos.

Las reglas y formas especiales sólo pueden aplicarse a los casos específicos a que las destinó el legislador. El divorcio se rige por las disposiciones generales del juicio ordinario y, por tanto, no le son aplicables, en principio, todas las reglas especiales establecidas para las controversias del orden familiar. Sin embargo, como excepción y por mayoría de razón, le es aplicable la regla especial relativa a la suplencia de la deficiencia de los planteamientos de derecho de las partes, cuando la aplicación de esta figura procesal dé lugar a salvaguardar a la familia, en virtud de que la intención del legislador al establecer esta regla para las controversias del orden familiar, fue la de preservar las relaciones familiares evitando que una inadecuada defensa afecte a esa institución. La razón a la que obedece su establecimiento, es que los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad, operan de manera más clara e imperativa tratándose del divorcio necesario pues implicando éste la disolución del vínculo matrimonial, problema capital que afecta a la familia, debe garantizarse que no se perjudique a ésta con motivo de una inadecuada defensa. Por la importancia social de la familia, prevista en el artículo 4o. de la Constitución, se debe admitir la suplencia referida cuando la aplicación de esa figura procesal tenga como efecto la salvaguarda de la familia, independientemente de que ello se consiga con la disolución o no del vínculo conyugal.²⁷

Aquí cabe advertir que, en el caso del Distrito Federal, como consecuencia de la reforma al artículo 266 del Código Civil de fecha 3 de octubre de 2008, el divorcio puede ser solicitado por uno o ambos cónyuges,

²⁷ Cfr. *Divorcio necesario. No le son aplicables todas las reglas especiales de las controversias del orden familiar, pero sí la relativa a la suplencia de la deficiencia de los planteamientos de derecho de las partes cuando de ello dependa que se salvaguarde la familia, con independencia de que permanezca o se disuelva el vínculo matrimonial*, jurisprudencia, octava época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, tomo 52, agosto de 1992, p. 23.

sin importar la causa por la cual se solicite la disolución del vínculo matrimonial (de ahí que en el foro se le denomine “divorcio incausado”), siempre que hubiere transcurrido, por lo menos, un año de la celebración del matrimonio. Por ello, la tramitación del divorcio en el Distrito Federal, ya no sigue las reglas del juicio ordinario civil. Sin embargo, esta tesis viene de nuevo a hacer énfasis en la importancia de los principios jurídicos protectores de la familia, precedidos todos ellos por el de orden público.

El matrimonio es una institución de orden público, porque el interés que en él se tutela no es el particular o individual de quienes lo forman, sino un interés superior: El de la familia; siendo ésta la célula de la sociedad, el matrimonio es también de orden y trascendencia social y ya no meramente privado. Por ello, la sociedad está interesada en que se mantenga perdurable la institución matrimonial y, sólo por excepción, la ley permite su disolución inter vivos.²⁸

En los asuntos de naturaleza familiar, el interés individual de los miembros del grupo familiar, queda supeditado al de la familia como grupo, especialmente al de los menores. Esto es, precisamente, una cuestión de orden público.

Si bien es cierto que las normas jurídicas que rigen el derecho familiar son de orden público y que facultan al juez de lo Familiar para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores y de alimentos, decretando las medidas que tiendan a preservarla y proteger a sus miembros, también lo es que tales prerrogativas son previstas para el juez del conocimiento pero no para la Sala revisora, quien en el ámbito de apelación debe circunscribirse a los agravios interpuestos.²⁹

²⁸ Cfr. *Matrimonio y de la familia. Naturaleza del*, tesis aislada, octava época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, tomo XII, noviembre de 1993, p. 377.

²⁹ Cfr. *Familia, asuntos que afectan a la, especialmente tratándose de menores y de alimentos. Facultad exclusiva del juez de lo Familiar para intervenir de oficio*, tesis aislada, octava época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, tomo IX, febrero de 1992, p. 191.

Esta tesis es hasta cierto punto contradictoria, y como lo analizaremos en el capítulo tercero, también lo resulta la propia legislación, puesto que por un lado, se salvaguarda y se da una prioridad importantísima al principio de orden público en materia familiar, y consecuentemente al de suplencia de la deficiencia de la queja, pero luego nos encontramos que este beneficio sólo alcanzará al conocimiento de los asuntos en primera instancia, puesto que tanto en segunda instancia como en el juicio de amparo, rige el principio rígido de estricto derecho; luego entonces, ¿dónde queda el orden público y el interés superior de la familia?

La Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estima de importancia y trascendencia sociales las controversias que versen sobre la guarda y custodia de menores de edad, en razón de que tales cuestiones afectan al orden y estabilidad de la familia, cuya organización y desarrollo debe proteger la ley, por mandato del artículo 4o. constitucional, primer párrafo, pues la familia es la base de la sociedad, al constituir un grupo social primario y fundamental, determinado por vínculos de parentesco, en cuyo seno nacen, crecen y se educan las nuevas generaciones y la solidaridad suele manifestarse en mayor grado, y, por tanto, el Estado, por medio del orden jurídico, reconoce a la familia como una institución de orden público y procura que la formación de los hijos se lleve a cabo dentro del núcleo familiar, el cual se considera insustituible. Por consiguiente, en las controversias en que se puedan afectar la situación o los derechos de menores, la sociedad y el Estado tienen interés en que, tanto dichos menores como sus derechos, sean protegidos y salvaguardados y, por ello, procede la intervención oficiosa de los Jueces de amparo en los juicios de garantías que puedan afectar a menores o incapacitados aunque no figuren como quejosos, teniendo en cuenta que la finalidad sustancial de tales preceptos es la de proporcionarles todos los beneficios inherentes a la institución de la suplencia de la queja.³⁰

³⁰ Cfr. *Importancia y trascendencia sociales. La tienen los juicios de amparo en contra de sentencias inapelables relativas a la guarda y custodia de menores o que afecten el orden y estabilidad de la familia, y por tanto la competencia legal se surte a favor de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, tesis aislada, séptima época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, tomo 181-186, p. 173.

La intervención del Estado en la vida familiar se justifica precisamente en aras del orden público. Por ello, el criterio anterior justifica acertadamente la intervención oficiosa de los jueces de amparo en los juicios de garantías que afecten a intereses de menores e incapacitados, pero consideramos que este beneficio debe hacerse extensivo a todos los miembros de la familia, pues todos ellos gozan de la protección que otorgan los principios generales del Derecho Familiar, en virtud de que la familia entera influye en el desarrollo social del Estado.

La patria potestad, como parte integrante que es del régimen familiar, base de la sociedad, es esencialmente de orden público, y por lo mismo irrenunciable.³¹

Esta tesis reitera la preeminencia del orden público en la regulación jurídica de la familia, cuya consecuencia lógica y necesaria es la irrenunciabilidad que poseen las normas jurídicas en esta materia.

1.3. El interés superior del menor y la familia.

El interés superior de la familia existe siempre, excluyendo los fines individuales.

Cicú reconocía en el Derecho Familiar la idea del interés superior, familiar y estatal que la familia debe satisfacer.

Como lo señalamos anteriormente, Ruggiero fundamenta su tesis acerca del Derecho Familiar, en el interés, señalando que mientras en el Derecho Privado, el ordenamiento lo que mira es el interés del particular a un fin individual, en las relaciones familiares el interés individual es sustituido por un interés superior, que es el de la familia, porque a las necesidades de ésta y no a las del individuo subviene la tutela jurídica. Y a través del interés familiar, exige y recibe protección un interés más alto que es el del Estado, cuya fuerza de desenvolvimiento y vitalidad dependen de la solidez del núcleo familiar.³²

³¹ Cfr. *Patria potestad, ejercicio de la. Debe otorgarse a los abuelos que demuestren interés en ejercerla*, tesis aislada, séptima época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, tomo 157-162, p. 119.

³² Cfr. Ruggiero, Roberto de, ob. cit., p. 9.

Se entenderá como interés superior del menor, la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos: El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal; el establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar; el desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos; el fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.³³

El artículo 941-Bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, perteneciente al Título Decimosexto “de las controversias de orden familiar”, señala textualmente en su sexto párrafo lo siguiente:

“...Las medidas que se tomen deberán tener como principio fundamental el interés superior del menor...”.³⁴

De manera similar, el artículo 941-Ter en su párrafo tercero señala lo siguiente:

“...El Juez de lo Familiar...deberá tomar en cuenta todos los elementos que estén a su alcance para decidir bajo el principio del interés superior del menor...”.³⁵

El interés superior del menor también es principio rector de los diversos instrumentos jurídicos en el plano internacional. Prueba de ello, es la

³³ Cfr. Artículo 416-Ter, *Código Civil para el Distrito Federal*, ob. cit., p. 65.

³⁴ *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, ob. cit., p. 355.

³⁵ Idem.

Convención Internacional Sobre Tráfico Internacional de Menores, cuyo artículo 1º prevé lo siguiente:

“El objeto de la presente Convención, con miras a la protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor, es la prevención y sanción del tráfico internacional de menores...

En tal sentido, los Estados partes de esta Convención se obligan a:

a) Asegurar la protección del menor en consideración a su interés superior...

c) Asegurar la pronta restitución del menor víctima del tráfico internacional al Estado de su residencia habitual, teniendo en cuenta el interés superior del menor”.³⁶

El artículo 6º señala que:

“Los Estados partes velarán por el interés del menor...”.³⁷

Asimismo, el artículo 18 dispone que:

“Las adopciones y otras instituciones afines constituidas en un Estado parte serán susceptibles de anulación cuando su origen o fin fuere el tráfico internacional de menores.

En la respectiva acción de anulación, se tendrá en cuenta en todo momento el interés superior del menor...”.

³⁸

³⁶ *Convención Interamericana Sobre Tráfico Internacional de Menores*, en www.ordenjuridico.gob.mx.

³⁷ *Idem.*

³⁸ *Idem.*

Por su parte, la Convención Sobre los Derechos del Niño, en su preámbulo señala:

“Los Estados Partes en la presente Convención, ...

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,

Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad,

Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes

de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, ‘el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal...’...”.³⁹

También es de mencionar el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, que a la letra dice:

“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.⁴⁰

Simultáneamente, el principio 7 establece que:

“...El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación...”.⁴¹

En el capítulo siguiente retomaremos en forma pormenorizada el análisis de los diversos instrumentos jurídicos internacionales en relación con los principios generales del Derecho Familiar que estamos tratando.

Ahora bien, en este tema del interés superior del menor y la familia, ocupa un especial lugar el tema de la ponderación, conforme al cual, a reserva de que nos volveremos a referir a él posteriormente, en caso de contradicción entre normas de principios, el juez no está obligado a otorgar preferencia a uno

³⁹ *Convención Sobre los Derechos del Niño*, en www.ordenjuridico.gob.mx.

⁴⁰ *Declaración de los Derechos del Niño*, en www.ordenjuridico.gob.mx.

⁴¹ *Idem*.

u otro de los derechos en juego, pero sí a tomar en consideración el hecho del conflicto, a plantearse y resolver la cuestión mediante un razonamiento que no simplemente subsuma la conducta en una de las normas concurrentes, sino que pondere el peso relativo de todas las normas relevantes.⁴²

A continuación destacamos las resoluciones más importantes relativas a este rubro:

Conforme a los tres últimos párrafos del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los niños tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, y queda a los ascendientes, tutores y custodios el deber de preservar ese derecho. Asimismo, el Estado queda obligado a cumplir con ese encargo constitucional, que se traduce en una prestación de hacer, esto es, proveer lo necesario para propiciar el ejercicio pleno de los derechos de la niñez, así como otorgar facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de tales derechos. De esta manera, el constituyente asignó también a los ascendientes, tutores y "custodios", así como a los particulares, en general, el deber de preservar los derechos y de coadyuvar a su cumplimiento, respectivamente. Con ello, a la par del derecho público subjetivo, se creó un sistema sui generis de corresponsabilidad del Estado y de los particulares, empero, de ningún modo se relevó al primero de sus obligaciones. Los sujetos tutelados y el contenido de la prestación a cargo del Estado denotan la naturaleza del derecho fundamental de que se trata, a saber, un derecho perteneciente, en origen, a los clásicos derechos civiles o de primera generación, entre los que se encuentran los relativos a la vida y la libertad -bienes jurídicos tutelados a través de la referencia a los alimentos y la salud, a la educación y al esparcimiento, respectivamente-, que ha evolucionado a ser un derecho social o de segunda generación, dado que se concede a los seres humanos en tanto que forman parte de un grupo social determinado, o sea, los niños, y exige de la organización estadual una intervención activa para realizarlo. No sólo el dispositivo constitucional permite afirmar lo anterior, sino también los otros

⁴² Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y Positivismo*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, No. 60, Fontamara, México, 1997, p. 40.

textos jurídicos de inferior jerarquía normativa que, por disposición de la propia Ley Fundamental, son de observancia obligatoria, como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en el ámbito federal, y la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, de ámbito local. Conforme a las normas precedentes, el derecho de los niños establecido en el artículo 4o. constitucional, tiene una caracterización de derecho público subjetivo de segunda generación, social y programático, dado que tiene delimitados a los sujetos pasivo (Estado) y activo (niños), así como a la prestación que el primero debe realizar, pero a diferencia de los clásicos derechos civiles fundamentales que, por lo general, exigen un hacer o no hacer del obligado, en el caso de que se trata éste debe efectuar una serie de tareas necesarias para dar vigencia sociológica a las facultades ya que, en caso contrario, se convierten en meros enunciados carentes de aplicación práctica. Ello es así, porque el derecho de que se trata requiere prestaciones positivas, de dar o de hacer, por parte del Estado como sujeto pasivo, en tanto busca satisfacer necesidades de los niños cuyo logro no siempre está al alcance de los recursos individuales de los responsables primarios de su manutención, es decir, los progenitores y, por ende, precisa de políticas de bienestar, de solidaridad y seguridad sociales, así como de un desarrollo integral (material, económico, social, cultural y político), ya que la dignidad de los seres humanos tutelados, elemento *sine qua non* de las tres generaciones de derechos conocidas, requiere condiciones de vida sociopolítica y personal a las que el Estado debe propender, ayudar y estimular con eficacia, a fin de suministrar las condiciones de acceso al goce del derecho fundamental de los niños. Tal es la forma en que el Estado mexicano tiene que acatar su obligación constitucionalmente establecida de proveer "lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos", y no sólo mediante la emisión de leyes que detallen los derechos, como las antes invocadas, mismas que también destacan diversas obligaciones estatales.⁴³

⁴³ Cfr. *Alimentos. Forma en que el Estado Mexicano debe acatar su obligación establecida en el artículo 4º Constitucional*, tesis aislada, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXV, febrero de 2007, p. 1606.

Esta tesis es importantísima, porque viene a describir en forma detallada el alcance del artículo cuarto constitucional, especificando lo que el Estado está obligado a proveer a los menores como necesario para el respeto a su dignidad y el ejercicio pleno de sus derechos. Por supuesto que en el fondo de estos razonamientos radica el principio del interés superior del menor.

De la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el diecinueve de junio de mil novecientos noventa, se deduce que el Estado mexicano se comprometió a otorgar al niño la protección y el cuidado necesarios para su bienestar, y adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para salvaguardar el interés superior de la infancia, como uno de los principios rectores que sustentan la nueva doctrina integral de protección de la niñez. Así, mediante decreto publicado el siete de abril de dos mil, se reformó el sexto párrafo del artículo 4o. constitucional, y se estableció el deber del Estado de proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos. Asimismo, se decretó la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, de cuyas disposiciones se advierte la intención del legislador de colmar una imperativa urgencia de certeza y seguridad en la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, a fin de proporcionarles un desarrollo pleno e integral que les genere la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad, estableciéndose en el artículo 3 de dicha legislación, los principios rectores de la protección de sus derechos, entre los que destacan, el del interés superior de la infancia, y el de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales. Por tanto, en un juicio de nulidad del procedimiento de adopción, en el que necesariamente se ven involucrados los intereses de los menores, el Juez está obligado a designarles un tutor interino a efecto de que vigile el cabal respeto del interés superior de aquéllos, de sus garantías constitucionales de audiencia y legítima defensa, así como de sus derechos procesales. Los problemas inherentes a la familia son de orden público y, por ello, tratándose de menores, la autoridad judicial goza de amplias facultades para intervenir aún oficiosamente, y decretar las medidas necesarias para protegerlos;

disposiciones que, interpretadas en armonía con las obligaciones que contrajo el Estado mexicano en la convención aludida, permiten concluir que nombrar a los menores un tutor que los represente en juicio de manera desvinculada a las partes en conflicto, es una medida necesaria y eficaz para salvaguardar el interés superior del infante.⁴⁴

El principio del interés superior del menor, además de ser tutelado por nuestro derecho interno, también viene a ser respaldado por las normas internacionales, ya que como lo afirma esta tesis, de su observancia depende que el niño goce de un desarrollo pleno e integral a nivel físico, mental, emocional, social y moral, pues en ello no sólo el Estado está interesado, sino también la comunidad internacional.

Si bien dentro de los bienes y valores supremos inalienables tutelados por nuestra Constitución Federal, se encuentra, por un lado, la protección de la organización y el desarrollo de la familia, lo cual es entendible por ser ésta el origen de la sociedad, y en lo posible el núcleo de sus integrantes debe permanecer unido procurando su estabilidad, cohesión y protección hasta el límite posible. Sin embargo, la propia Carta Fundamental, dentro del mismo precepto (artículo 4), establece los derechos de los niños en una igual dimensión, ante lo cual, puede apreciarse que la Constitución establece una misma jerarquía normativa tanto para la protección de la familia, como de los niños. Acorde con la normatividad nacional e internacional que privilegia el interés superior de los menores, es inconcuso que la protección de los derechos de los niños merece una tutela mayor por ser la parte más débil dentro del concepto de la familia, y ser quienes pueden sufrir un mayor perjuicio dependiendo de la medida que se asuma; de ahí que cuando en un litigio el juzgador se ve ante la necesidad de realizar un ejercicio de ponderación entre valores constitucionales iguales en categoría, o sea, escoger entre la protección del núcleo familiar, frente al derecho de los niños para

⁴⁴ Cfr. *Menores de edad. En el juicio de nulidad del procedimiento de adopción, la autoridad judicial está obligada a designarles un tutor interino que los represente de manera desvinculada de las partes en conflicto, a fin de salvaguardar el interés superior de aquéllos*, tesis aislada, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXII, diciembre de 2005, p. 2722.

conocer a plenitud su verdadera filiación, el primero debe ceder respecto del segundo.⁴⁵

El criterio anterior ratifica lo que hemos señalado en relación a que el Derecho Familiar privilegia el interés superior tanto del menor, como de la familia misma; sin embargo, es indudable que tratándose de ponderación de derechos, con base en lo previsto por los diversos instrumentos internacionales suscritos por el Estado mexicano, el derecho de los menores gozará de preferencia frente al de cualquier otro miembro de la familia o inclusive de ella misma como grupo.

Quienes ejercen la patria potestad, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, con sus excepciones correspondientes, teniendo por objeto lograr la protección, estabilidad personal y emocional del menor, lo cual es una cuestión de orden público e interés social, dado que en su observancia está interesada la sociedad y el Estado, y no podrá impedirse sin justa causa, pero en caso de oposición de uno de los padres a esas convivencias, la autoridad jurisdiccional determinará lo que más convenga al interés preponderante del menor. Aún cuando se les debe escuchar, sus opiniones se deben ponderar en observancia al interés superior del menor, que no es otra cosa más que el conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan a los niños vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible; así como a las circunstancias por las cuales se solicita debiendo analizarse todas y cada una de las constancias agregadas al asunto. El derecho del menor a convivir con sus progenitores, se encamina a la conservación de un entorno saludable y favorable para su pleno desarrollo personal y emocional, y por tanto es necesario que exista el contacto afectivo para lograrlo y a su vez a los padres les permite estar al corriente de su vida y educación y sobre todo de participar activamente en la toma de las decisiones inherentes a su mejor desarrollo

⁴⁵ Cfr. *Menores de edad. El derecho para conocer su origen genético constituye un bien jurídico constitucionalmente legítimo con mayor relevancia frente a los derechos derivados del concepto de familia*, tesis aislada, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXX, agosto de 2009, p. 1661.

integral, que se traduce en el derecho que tienen los niños y las niñas para la satisfacción de sus necesidades.⁴⁶

Nuevamente se pondera la confrontación entre los derechos de los progenitores a convivir con sus hijos menores y los de éstos para tener un pleno y sano desarrollo. Evidentemente que siempre serán preferidos estos últimos, como ya lo mencionamos, en aras de la protección, desarrollo y estabilidad personal y emocional del menor, que le proporcionen las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente en un entorno saludable y de bienestar.

Si se reclama en amparo la resolución que ordena al padre la entrega del menor hijo a su madre, la suspensión debe negarse, al existir disposición de orden público que señala que quien mejor puede cuidar a los hijos menores de cierta edad es la madre. Sin embargo, dicha regla legal admite una excepción: Cuando, de negarse la medida suspensiva solicitada, se afectaría el interés superior del niño, protegido por el artículo 4o. de la Constitución General de la República y por la Convención de los Derechos del Niño, entendido dicho interés superior, como la institución a través de la cual se procura el desarrollo pleno e integral del infante, proporcionándole la estabilidad, cuidados y asistencia necesarios para lograrlo. Esta hipótesis se actualiza, cuando el menor desde siempre, ha vivido con su padre, pues de no concederse la suspensión del acto reclamado, se le pudieran causar daños y perjuicios imposibles de reparar, ya que la entrega que de él se hiciera a su madre, equivaldría a quebrantar la estabilidad de su entorno, con la posibilidad de que resuelto en definitiva el juicio de amparo, de ser favorable la sentencia respectiva, de nueva cuenta tuviera que regresar a vivir con su progenitor,

⁴⁶ Cfr. *Régimen de convivencias. La circunstancia de que el infante, al ejercer su derecho de ser escuchado, manifieste inconformidad a la modificación de éstas, ello no puede ser determinante para resolver su procedencia, pues debe atenderse al interés superior del menor así como a los hechos por los cuales se solicita dicha variación*, tesis aislada, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIX, marzo de 2009, p. 2844.

movilidad que inevitablemente repercutiría en su sano desarrollo integral, que también constituye una cuestión de orden público.⁴⁷

El principio del interés superior del menor tiene una importancia tal que está respaldado además por el principio del orden público. Ambos principios en conjunto exigen que en cada caso en que exista un conflicto de índole familiar, se analice minuciosamente la situación de los menores, a fin de tener los elementos necesarios para decidir lo que sea más benéfico para ellos, independientemente de que con ello se vean superados intereses de otros particulares o ciertas reglas que por costumbre o por disposición legal se han venido observando, como a la que se refiere la tesis comentada, relativa a que quien mejor puede cuidar a los hijos menores de cierta edad es la madre. Y nos parece adecuado desestimar las reglas generales, para favorecer las resoluciones que otorguen beneficios de acuerdo a la problemática exigida en cada caso concreto, pues así lo exige la propia naturaleza de la materia familiar.

Tratándose de los derechos de los menores e incapaces, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo que el interés jurídico en las controversias susceptibles de afectar los derechos de las personas que indica, no corresponde exclusivamente a los padres, sino a la sociedad, quien tiene interés en que la situación de los hijos quede definida para asegurar la protección del interés superior del menor de edad o del incapaz. Dicha circunstancia se reitera en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual establece que los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral; por tanto, en los juicios en los que pudieran resultar afectados los derechos de las niñas, niños, adolescentes e incapaces, debe atenderse a la regla especial de vigilar y tutelar su beneficio directo. En esa tesitura, en los juicios sustanciados ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, deben examinarse

⁴⁷ Cfr. *Menores. Procede conceder la suspensión definitiva si se reclama en amparo la resolución que ordena al padre la entrega de su menor hijo a su madre, ante la naturaleza de los daños y perjuicios que se le causarían*, tesis aislada, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXI, junio de 2005, p. 819.

oficiosamente las constancias puestas a su consideración, para determinar si se cumplió con el principio del interés superior de menores e incapaces y no sólo ceñirse al análisis literal de los agravios, aún cuando la normativa que regule el procedimiento relativo obligue a realizar el análisis de las peticiones de las partes bajo el diverso de estricto derecho, pues cuando está en juego el bienestar de la infancia, debe hacerse una excepción y suplir la queja deficiente.

48

Como ya lo hemos venido comentando, los principios del Derecho Familiar se encuentran íntimamente vinculados entre sí, y así nos lo hace ver la tesis precedente, destacándose en ella que no importa incluso que un procedimiento se deba regir conforme a la ley por el principio de estricto derecho, si se encuentran en juego derechos de un menor, el juzgador está facultado para llevar a cabo su intervención oficiosa, a fin de poner a salvo sus intereses, lo cual resulta muy acertado.

1.4. La suplencia de la deficiencia de la queja.

Resulta muy inquietante que algunos juristas y profesionales del Derecho establezcan que la suplencia de la queja constituye una facultad y no una obligación que deben ejercer los juzgadores. Desafortunadamente, este criterio es secundado por diversas tesis que sólo confunden a los peticionarios, creando una cultura de indiferencia hacia dicha institución, al preguntarse, ¿de qué sirve solicitar la aplicación de la suplencia de la deficiencia de la queja, si el órgano encargado de observarla va a decidir libremente si la aplica o no sin mayor exigencia? Realmente se trata de una auténtica obligación. Luego entonces, es necesario cambiar nuestra mentalidad, a fin de desconfiar de supuestas verdades absolutas plasmadas, incluso en la propia ley.⁴⁹

⁴⁸ *Interés superior de menores e incapaces. En los juicios sustanciados ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa deben examinarse oficiosamente las constancias puestas a su consideración y suplirse la queja deficiente a su favor para determinar si se cumplió con dicho principio, aún cuando la normativa que regule el procedimiento relativo obligue a realizar el análisis de las peticiones de las partes bajo el diverso de estricto derecho*, tesis aislada, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIX, febrero de 2009, p. 1895.

⁴⁹ Cfr. Tenorio Godínez, Lázaro, *La Suplencia en el Derecho Procesal Familiar*, Fuero común – fuero federal, segunda edición, Porrúa, México, 2006, p. XXXIX.

Este principio se traduce en la tutela jurisdiccional para la protección de un bien supremo (vida, libertad, seguridad), para que, si el patrocinio jurídico no es el idóneo, al juez en conciencia le corresponde suplir la deficiencia de la demanda, o del ofrecimiento de pruebas, según sea el caso; es decir, el juez debe motu proprio subsanar los defectos que advirtiere. Por tanto, este principio es una excepción al principio del equilibrio entre las partes en el proceso. Con base en lo dispuesto por el artículo 76 bis de la Ley de Amparo, la suplencia de la queja deficiente no es ilimitada, es decir, el juez sólo puede suplirla en vinculación con la litis; sin la elemental causa de pedir, no procede. Veamos lo que dispone dicha norma:

“Las autoridades que conozcan del juicio de amparo deberán suplir la deficiencia de los conceptos de violación de la demanda, así como la de los agravios formulados en los recursos que esta Ley establece, conforme a lo siguiente:

I. En cualquier materia, cuando el acto reclamado se funde en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.

II. En materia penal, la suplencia operará aún ante la ausencia de conceptos de violación o de agravios del reo.

III. En materia agraria, conforme a lo dispuesto por el artículo 227 de esta Ley.

IV. En materia laboral, la suplencia sólo se aplicará a favor del trabajador.

V. En favor de los menores de edad o incapaces.

VI. En otras materias, cuando se advierta que ha habido en contra del quejoso o del particular recurrente una violación manifiesta de la Ley que lo haya dejado sin defensa”.⁵⁰

Cabe precisar que doctrinalmente se hace la distinción entre la denominada suplencia en los planteamientos de derecho y la suplencia en la deficiencia de la queja. La primera de ellas prevista en el artículo 941 del

⁵⁰ Cfr. *Ley de Amparo*, SISTA, México, 2011, p. 44.

Código adjetivo referido; la segunda prevista por el artículo 76 bis de la Ley de Amparo, citado en el párrafo anterior. Veamos qué establece el artículo 941:

“El juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros.

En todos los asuntos del orden familiar los Jueces y Tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho...”.⁵¹

La suplencia en los planteamientos de derecho entraña un análisis oficioso de la acción; se entiende como un privilegio que el grupo familiar tiene, de que el juez cuando vea que una demanda carece de referencias de tiempo, modo, lugar (garantías de eficaz defensa), advertirá o asesorará lo conducente. El propósito de esta institución, es el de beneficiar a los miembros del núcleo familiar quienes merecen toda la protección del Estado, para evitar que una inadecuada defensa en los procesos trascienda gravemente a sus vidas y cause daños irreversibles a la sociedad.

Así entonces, la suplencia es “una institución perteneciente al derecho procesal familiar, cuyo propósito es dotar a los juzgadores de las atribuciones necesarias para lograr un equilibrio en toda contienda judicial especialmente con matices del ignorancia, e incluso, cierto grado de negligencia, que de no atenderse pudiera generar estado de indefensión y afectar los derechos fundamentales de los sujetos que intervienen en los conflictos de orden familiar, y por ende, el orden público que debe prevalecer en la sociedad...Pertenece al derecho procesal familiar, ya que hoy en día nos encontramos ante una rama del derecho procesal con características propias que la distinguen del derecho procesal civil y le dan autonomía, entre otras, la oficiosidad del juzgador para decretar medidas y allegarse de pruebas para conocer la verdad material de la litis, el orden público, la ausencia de formalidades que sólo podrían entorpecer el procedimiento, la comparecencia

⁵¹ *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, ob. cit., p. 355.

personal de los interesados, los poderes del juez con matices del sistema inquisitorio, la intervención del Ministerio Público y la autocomposición para dirimir las controversias de manera amigable ante la existencia de intereses contrarios entre aquellas personas unidas por un vínculo de matrimonio, concubinato o parentesco...”⁵². Así lo ratifica lo dispuesto por los artículos 940, 941, 942 y 945 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

De manera similar a los lineamientos anteriores, la suplencia de la queja prevista por el artículo 76 bis de la Ley de Amparo, conlleva los siguientes principios:

*Se establece y define el principio de la suplencia de la queja, con carácter obligatorio para todas las materias, de acuerdo a las modalidades especificadas en dicho dispositivo legal.

*La obligación de suplir la queja, implica hacer valer oficiosamente, en ciertos amparos, vicios y violaciones a la constitucionalidad de los actos reclamados.

*Suplir las deficiencias de la queja, significa llenar omisiones que se adviertan, tanto en la demanda como en los agravios interpuestos.

*El motivo por el cual se establece la suplencia de la deficiencia de la queja, responde a la idea de hacer efectiva la supremacía constitucional encomendada a la labor del Poder Judicial de la Federación.

*En las ramas del Derecho Social, en nuestro sistema jurídico se concede un tratamiento especial a las clases económicamente débiles, a los grupos de personas más vulnerables en la sociedad, como lo son los ejidatarios, comuneros, trabajadores, menores de edad, incapaces y personas acusadas por la comisión de delitos.

*Resulta adecuado que nuestro sistema jurídico no otorgue condiciones de igualdad dentro de un procedimiento judicial a quienes realmente son desiguales; partir del supuesto de igualdad jurídica entre quienes no la tienen en realidad, conduciría fatalmente a hacer nugatoria la impartición de justicia.

*No debe darse trato igual a quienes poseen recursos suficientes para defenderse por sí mismos o pueden contratar una mejor defensa, que a

⁵² Tenorio Godínez, Lázaro, ob. cit., p. 20.

quienes, por su falta de preparación o por su carencia de recursos económicos, no pueden autodefenderse, ni pagar una defensa adecuada.⁵³

Para efectos de la presente investigación, podríamos resumir ambos principios (suplencia en los planteamientos de derecho y suplencia en la deficiencia de la queja) como la obligación que tienen los jueces y magistrados en asuntos del orden familiar, de subsanar o sustituir las deficiencias de los promoventes, respecto a las pretensiones y peticiones mal formuladas u omisas, procurando desentrañar el objeto de las mismas, a fin de resolver eficazmente la litis planteada, con sus consecuencias legales inherentes, durante y después del procedimiento, de conformidad con las formalidades y limitaciones que establece la Constitución Federal, los convenios internacionales, las leyes secundarias y la jurisprudencia.⁵⁴

Veamos cómo han resuelto esta cuestión nuestros tribunales:

En cuestiones de derecho familiar no se puede actuar con el rigorismo de un estricto Derecho Civil, pues en aquella disciplina la voluntad privada es ineficaz para la solución de los vínculos familiares y es en donde adquiere mayor vigor la aplicación de los supuestos de los artículos 107, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el 76 bis fracción VI de la Ley de Amparo (suplencia de la queja), ya que se trata de un menor, sin representación personal, y de un interés superior al individual en que, tanto a la quejosa, pero sobre todo al citado menor, por falta de defensa adecuada se les puede dejar en estado de indefensión, violándose la ley en su perjuicio. El Derecho Familiar cada día adquiere mayor trascendencia reformando la legislación y creando tribunales especializados, y tiene caracteres propios que le comunican una fisonomía muy peculiar.⁵⁵

Esta tesis ratifica la autonomía del Derecho Familiar y el elemento distintivo entre éste y el Derecho Civil: La ineficacia de la autonomía de la voluntad y del estricto derecho; en lugar de estos, prevalece el principio de

⁵³ Cfr. Tenorio Godínez, Lázaro, ob. cit., p.p. 278-279.

⁵⁴ Idem, p. 71.

⁵⁵ Cfr. *Suplencia de la queja. Procede en cuestiones de Derecho Familiar*, tesis aislada, séptima época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, tomo 217-228, p. 322.

orden público y el de la intervención oficiosa del juzgador en los asuntos que afecten a la familia.

Tratándose de menores y de obligaciones alimentarias, así como de todos los demás casos del orden familiar, el juzgador tiene la obligación de suplir la deficiencia de la queja, con el fin de resolver el conflicto en la forma que más beneficie o menos perjudique a los miembros de la familia involucrados, especialmente tratándose de menores de edad o incapacitados. Suplir un planteamiento de hecho y de derecho significa subsanar o sustituir una exposición deficiente, respecto de la cosa que se litiga o que da motivo a la causa, o sobre determinado derecho de orden sustantivo o procesal que la ley establece. Por tanto, la suplencia de la deficiencia de la queja comprende la autorización concedida al juzgador con el objeto de revisar la esencia de los hechos y determinar lo que exactamente quisieron decir, sustituyendo la impropiedad de una defensa insuficiente, además de la vaga relación de los hechos o alegatos de derecho, sin variarlos, aunque sí profundizando en los narrados.⁵⁶

Este criterio es contundente al señalar que el principio de la suplencia de la deficiencia de la queja es aplicable tanto a favor de los menores, como de los demás integrantes de la familia, a fin de subsanar las deficiencias que pudiesen derivar de una inadecuada defensa.

La excepción al principio de estricto derecho para los asuntos del orden familiar, permite que el Juez supla de oficio las deficiencias de los argumentos de las partes para proteger el interés de la familia mirando siempre por lo que más favorezca a los menores o incapaces. El tribunal de alzada debe limitarse a estudiar y decidir sobre los agravios que haya expresado el apelante, sin que pueda resolver cuestiones que no fueron materia de éstos o consentidos expresamente por las partes, exceptuándose de lo anterior los casos en que el Magistrado observe que la resolución combatida, en cuanto al fondo, viola un

⁵⁶ Cfr. *Suplencia de la deficiencia de la queja en los planteamientos de hecho y de derecho. Interpretación del artículo 952 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León*, tesis aislada, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIX, mayo de 2009, p. 1127.

principio constitucional, si con ella se afecta el interés general y no sólo el particular del apelante en forma concreta. Esta previsión permite al juzgador de alzada analizar todas las decisiones que pudieren afectar el interés de la familia y en particular los derechos e intereses de los menores, aunque se lleguen a modificar por esta vía cuestiones que no figuran en los agravios de las partes, ofreciendo así una ventana procesal para garantizar los intereses de los menores en un contexto en que las solas pretensiones de las partes del juicio de divorcio pueden no ser suficientes para ello. Habrá casos (por ejemplo, las prohibiciones a los cónyuges de volver a contraer matrimonio en un cierto periodo temporal) en los que la imposibilidad de detectar una afectación a los derechos e intereses de los menores, hará improcedente el recurso a la suplencia. Las facultades que las normas legales interpretadas, aplicadas juiciosamente y racionalmente por el Juez como medio procesal imprescindible para atender debidamente los intereses de los menores afectados por el juicio, no representan una amenaza a la igualdad procesal que debe regir el desarrollo del procedimiento.⁵⁷

Resulta claro que el principio de la suplencia de la deficiencia de la queja es una excepción a la exigencia del equilibrio procesal entre las partes, derivado de la protección especial que las normas jurídicas otorgan al núcleo familiar, especialmente a los menores e incapaces. Dicha excepción lo es también al principio de estricto derecho, y como lo comentaremos posteriormente, consideramos que debe hacerse extensiva incluso a los juicios de amparo.

La suplencia de la queja es una institución cuya observancia deben respetar los Jueces y Magistrados Federales; suplencia que debe ser total, es decir, no se limita a una sola instancia, ni a conceptos de violación y agravios, pues el alcance de la misma comprende desde el escrito inicial de demanda de garantías, hasta el periodo de ejecución de la sentencia en caso de concederse

⁵⁷ Cfr. *Divorcio necesario. El Tribunal de alzada puede suplir la queja e incluso analizar cuestiones distintas a las planteadas en los agravios de las partes si ello resulta imprescindible para proteger debidamente el interés de la familia, y en particular los derechos e intereses de los menores (interpretación de los artículos 1º y 949, fracción I del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Tamaulipas)*, jurisprudencia, novena época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXV, mayo de 2007 p. 323.

el amparo. Dicha suplencia opera invariablemente cuando esté de por medio, directa o indirectamente, la afectación de la esfera jurídica de un menor de edad o de un incapaz, sin que para ello sea determinante la naturaleza de los derechos familiares que estén en controversia o el carácter de quien o quiénes promuevan el juicio de amparo o, en su caso, el recurso de revisión, ello atendiendo a la circunstancia de que el interés jurídico en las controversias susceptibles de afectar a la familia y en especial a menores e incapaces, no corresponde exclusivamente a los padres, sino a la sociedad, quien tiene interés en que la situación de los hijos quede definida para asegurar la protección del interés superior del menor de edad o del incapaz. Se afirma lo anterior, considerando la teleología de las normas referidas a la suplencia de la queja, a los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como a los compromisos internacionales suscritos por el Estado mexicano, que buscan proteger en toda su amplitud los intereses de menores de edad e incapaces, aplicando siempre en su beneficio la suplencia de la deficiencia de la queja, la que debe operar desde la demanda (el escrito) hasta la ejecución de sentencia, incluyendo omisiones en la demanda, insuficiencia de conceptos de violación y de agravios, recabación oficiosa de pruebas, esto es, en todos los actos que integran el desarrollo del juicio, para con ello lograr el bienestar del menor de edad o del incapaz.⁵⁸

Como ya lo señalábamos con anterioridad, la importancia del principio de la suplencia de la deficiencia de la queja es tal, que debe imperar en el conocimiento de todos los juicios, independientemente de la instancia de que se trate, incluyendo los juicios de garantías, y quizás en estos con mayor razón, en virtud de la trascendencia de otorgar una adecuada defensa a quienes se ven involucrados en una controversia familiar.

Debe entenderse que en todos aquellos juicios donde tenga que resolverse sobre la patria potestad, guarda y custodia de menores de edad, sin importar la acción intentada, el juzgador, aún de oficio, debe escucharlos, a fin

⁵⁸ Cfr. *Menores de edad o incapaces. Procede la suplencia de la queja, en toda su amplitud, sin que obste la naturaleza de los derechos cuestionados ni el carácter del promovente*, jurisprudencia, novena época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIII, mayo de 2006, p. 167.

de evitar conductas de violencia familiar y normar correctamente su criterio sobre la situación que guardan con sus progenitores, así como al Ministerio Público de la adscripción ante el desacuerdo de los cónyuges sobre ese tenor, teniendo en consideración, además, la facultad de poder valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, cosa o documento conducente al conocimiento de la verdad, como podría ser, la investigación de trabajadores sociales, análisis psicológicos en relación no sólo con el menor sino también con los padres, apoyándose para ello en instituciones como el Desarrollo Integral para la Familia (DIF) o los servicios de salud pública, pues opera el principio jurídico de que donde impera la misma razón debe aplicarse la misma disposición, todo con el fin de salvaguardar el interés superior de los menores.⁵⁹

Para estar en aptitud de emitir una resolución acorde con el principio del interés superior del menor y de la familia, el juzgador debe allegarse, incluso de oficio, de todos los elementos de convicción que le resulten necesarios, particularmente se habla en este caso del apoyo multidisciplinario que pueden brindarle profesionales tales como trabajadores sociales y psicólogos, a fin de conocer la situación real no solamente de los menores, sino también de los padres.

Los Jueces Federales tienen el deber de suplir la deficiencia de los conceptos de violación o de los agravios respectivos, siempre que esté de por medio, directa o indirectamente, el bienestar de un menor de edad o de un incapaz, sin que para ello sea determinante la naturaleza de los derechos familiares que estén en controversia o el carácter de quien promueva el juicio de amparo o el recurso de revisión, toda vez que el interés jurídico en las cuestiones que pueden afectar a la familia y principalmente en las concernientes a los menores y a los incapaces, no corresponde exclusivamente a los padres, ya que su voluntad no es suficiente para determinar la situación de los hijos menores; por el contrario, es la sociedad, en su conjunto, la que

⁵⁹ Cfr. *Menores de edad. El juez está obligado, aún de oficio, a escucharlos en cualquier juicio donde tenga que resolverse sobre la patria potestad, guarda y custodia, así como al Ministerio Público de la adscripción, teniendo en cuenta la facultad que tiene de valerse de cualquier medio a fin de salvaguardar el interés superior de aquéllos (legislación del Estado de Veracruz)*, jurisprudencia, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XVIII, agosto de 2003, p. 1582.

tiene interés en que la situación de los hijos quede definida para asegurar la protección del interés superior del menor de edad o del incapaz. Lo anterior, debido a que el propósito del Constituyente y del legislador ordinario, plasmada en los artículos 107, fracción II, párrafo segundo, constitucional y 76 bis, fracción V y 91, fracción VI, de la Ley de Amparo, y de las interpretaciones realizadas por la Suprema Corte fue tutelar el interés de los menores de edad y de los incapaces, aplicando siempre en su beneficio la suplencia de la deficiencia de la queja, incluso hasta el grado de hacer valer todos aquellos conceptos o razones que permitan establecer la verdad y lograr el bienestar del menor de edad o del incapaz. No hay excusa ni limitante alguna para la intervención oficiosa y obligada de las autoridades jurisdiccionales en esta clase de asuntos, pues la sociedad y el Estado tienen interés en que los derechos de los menores de edad y de los incapaces queden protegidos supliendo la deficiencia de la queja, incluso, cuando sin ser parte pudieran resultar afectados por la resolución que se dicte.⁶⁰

Una vez más se ratifica la intervención oficiosa por parte de los jueces federales en los asuntos de orden familiar. Consideramos que el criterio vertido en la tesis anterior limita de manera injusta dicho beneficio a favor de los menores e incapaces, siendo que debe hacerse extensivo a todos los miembros de la familia.

Tratándose de cuestiones familiares y de alimentos, el juzgador puede invocar de oficio principios jurídicos, sin cambiar los hechos, acciones, excepciones o defensas, aunque no hayan sido invocados por las partes, por tratarse de una materia de orden público.⁶¹

De nuevo encontramos el principio del orden público como antesala del de la suplencia de la deficiencia de la queja, ambos como excepción al principio

⁶⁰ Cfr. *Menores de edad o incapaces. La suplencia de la queja deficiente procede en todo caso, sin que obste la naturaleza de los derechos cuestionados ni el carácter del promovente*, tesis aislada, novena época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XII, julio de 2000, p. 161.

⁶¹ Cfr. *Alimentos. Invocación de oficio de principios jurídicos*, tesis aislada, octava época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, tomo XIII, abril de 1994, p. 323.

de estricto derecho, configurando lo que ha dado en llamarse litis abierta, haciendo referencia a las controversias del orden familiar.

En virtud de que los procedimientos sobre cuestiones familiares son de orden público y de que el juez en esos procedimientos tiene amplias facultades para investigar la verdad real pudiendo ordenar la recepción de cualquier prueba aunque no la ofrezcan las partes, el hecho de recabar pruebas, aunque no se hayan ofrecido por las partes, es una facultad del juzgador, lo cual significa que discrecionalmente puede o no hacer uso de tal atribución.⁶²

Si bien la intervención oficiosa concedida legalmente al juzgador, puede ser ejercida por éste de manera discrecional, desde nuestro punto de vista dicha atribución debe ser más bien considerada como un deber, esto es, para el juez no debe ser optativo allegarse de más elementos que los que exclusivamente le proporcionen las partes para el conocimiento de la verdad, sino obligatorio, pues de esta manera podrá emitir una resolución más apegada a la verdad y a la justicia.

Si bien es cierto que el juzgador está facultado para intervenir de oficio y decretar las medidas que tiendan a proteger a los miembros de la familia, supliendo la deficiencia de las partes en el planteamiento de derechos, en virtud de que los problemas relativos a esa institución, son de orden público; también lo es, que no está autorizado por la ley para condenar de manera oficiosa, al pago de prestaciones que no se reclamen, toda vez que su intervención debe ser con el debido respeto a las garantías individuales de quienes intervienen en el juicio, y a los principios elementales del derecho procesal civil.⁶³

La tesis anterior es a todas luces incongruente, toda vez que el principio de la suplencia de la deficiencia de la queja en materia familiar, debe ser

⁶² Cfr. *Pruebas para mejor proveer en cuestiones familiares. Facultad del juez (legislación del Estado de Puebla)*, tesis aislada, octava época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, tomo VIII, septiembre de 1991, p. 178.

⁶³ Cfr. *Suplencia en materia Familiar. No procede la, de manera oficiosa, en tratándose de condena al pago de prestaciones que no se reclamen*, tesis aislada, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo II, septiembre de 1995, p. 612.

ilimitado en la medida que persiga la protección de los intereses y derechos de los menores y de la familia, en virtud de que, tal y como lo hemos venido advirtiendo, representa una excepción a la rigidez del principio de estricto derecho que rige los asuntos en materia civil, con lo cual resulta aún más extraño que la tesis señale que deban respetarse los principios elementales del derecho procesal civil.

La institución de la suplencia en la expresión de los agravios formulados ante el tribunal de alzada en asuntos que versen sobre derechos de familia, debe aplicarse tratándose del derecho a recibir alimentos, pues esta cuestión afecta indudablemente a la familia, cuyos problemas al estar relacionados con la subsistencia de quienes revisten el carácter de acreedores alimentarios, se consideran de orden público. Por tanto, el tribunal de alzada debe suplir la falta de agravios o su deficiencia, atendiendo preferentemente a los intereses de los menores de edad o mayores incapaces si los hubiere; a falta de éstos, a los de la familia misma y, por último, a los que asisten a los mayores capaces que la integran.⁶⁴

El criterio anterior señala un orden de prelación a seguir para aquellos casos en que deba suplirse la deficiencia de la queja, a saber: Deberán atenderse preferentemente los intereses de los menores de edad o mayores incapaces; a falta de éstos, los de la familia; y finalmente, los de los mayores capaces que forman parte de ella.

Es caso de excepción en que el tribunal de alzada no deberá sujetarse a los agravios expuestos por el recurrente, cuando la sentencia viole un principio constitucional y se afecte al interés general, y no sólo el particular del apelante, lo cual implica que cuando se trate de alguna institución protegida constitucionalmente y que sea de interés del Estado y de la sociedad, deberá realizarse un estudio oficioso de la sentencia de primer grado y, en su caso, suplir la deficiencia de la queja. Ahora bien, el artículo 4o. constitucional

⁶⁴ Cfr. *Alimentos. Al ser un derecho de familia, el tribunal de alzada debe suplir la falta de agravios o la deficiencia de los que se hubieren expresado (legislación del Estado de Puebla)*, jurisprudencia, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIX, mayo de 2009, p. 861.

establece la protección a los derechos de los menores, lo que se ha convertido en una función social y de orden público, ya que tal precepto señala que dicha protección no sólo estará a cargo de los ascendientes, tutores y custodios, sino también de las instituciones públicas y del Estado, quienes deberán proveer lo necesario para que se respeten tales derechos, buscando siempre el mayor beneficio posible para ellos con el objetivo de cuidar su salud física y mental; por tanto, tratándose de los juicios del orden familiar, el Juez puede suplir la queja deficiente mirando por lo que más beneficie a los menores e incapaces que se vean involucrados en el procedimiento respectivo, disposición que no sólo obliga al Juez de primer grado, sino que incluye al tribunal de alzada. Bajo ese contexto, en las controversias en que se ejercite la acción de divorcio necesario, y existan menores dentro del matrimonio, el tribunal de apelación deberá aplicar los principios referidos, habida cuenta que, de decretarse la disolución del vínculo matrimonial, necesariamente va a afectar de una u otra forma a dichos menores, cuyos derechos a un adecuado desarrollo físico y mental están protegidos constitucionalmente, por lo cual, éstos constituyen también una cuestión de orden público e interés social. Opinar lo contrario, sería apartarse claramente del artículo 4o. constitucional que exige proteger los derechos de los menores y la satisfacción de sus necesidades físicas y mentales.⁶⁵

Como ya lo hemos venido señalando, el sano desarrollo físico y mental de los menores, son elementos que forman parte importantísima del concepto de interés superior. Para que su cumplimiento sea garantizado, debemos recurrir a la institución de la suplencia de la deficiencia de la queja, especialmente en aquellas controversias que inevitablemente repercuten en la esfera jurídica y emocional del menor, como lo es el caso del divorcio.

En los asuntos del ámbito familiar, tanto el Juez de primer grado como la ad quem, están facultados para pronunciarse de oficio y proveer en la sentencia de divorcio y declaración de custodia de menores, sobre los

⁶⁵ Cfr. *Divorcio necesario. Cuando se ejercite esa acción y existan menores procreados dentro del matrimonio, el tribunal de apelación debe analizar de oficio la controversia y, en su caso, suplir la queja deficiente (legislación del Estado de Tamaulipas)*, tesis aislada, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXI, febrero de 2005, p. 1683.

alimentos de éstos, así como de suplir en su favor la deficiencia de sus planteamientos, porque es imprescindible y de suma preferencia que en la sentencia que resuelva la situación que van a guardar dichos menores, se decida lo relativo a su derecho de recibir alimentos, no siendo óbice a lo anterior, la circunstancia de que no se hubiesen solicitado en vía de excepción al contestar la demanda o reconvenido su pago, toda vez que es de explorado derecho que la figura jurídica de los alimentos es una cuestión de orden público y de urgente necesidad, que quedaría sin satisfacerse plenamente si se obligara a los acreedores a ejercitar una nueva acción para obtenerlos.⁶⁶

Dentro del concepto de interés superior del menor, el tema de los alimentos es quizás uno de los más importantes, por lo que también goza del atributo de ser una cuestión de orden público. Aún cuando no se hayan incluido dentro de las prestaciones demandadas, debe resolverse lo concerniente a la obligación de otorgarlos, y esto opera precisamente gracias a la institución de la suplencia de la deficiencia de la queja.

En el conocimiento y decisión de los juicios del orden familiar, el Juez puede realizar la suplencia de la queja, lo que implica un análisis oficioso de la acción. Sin embargo, en lo relativo al recurso de apelación, no existe disposición específica relativa a la suplencia de la queja en los asuntos del orden familiar, por lo que deberá determinarse si el principio antes precisado, también le es extensivo a la autoridad de segunda instancia. Al respecto, se observa que la intención del legislador fue en el sentido de crear normas específicas que regularan el procedimiento sobre cuestiones familiares, con la mayor prontitud y equidad, ya que la familia constituye la base de la integración de la sociedad. Es por ello que se crea la institución de la suplencia de la queja en estas cuestiones que son de orden público e interés social, lo que es congruente con lo dispuesto por el artículo 4o. de la Constitución General de la República, en el sentido de la protección que debe darse a esa institución. Al implicar el divorcio necesario la disolución del vínculo matrimonial, que es un

⁶⁶ *Alimentos. Obligación del juzgador de proveer de oficio respecto de ellos, al dictar sentencia en cualquier instancia, aún cuando no se hubiesen solicitado en vía de excepción o reconvenición*, jurisprudencia, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXI, enero de 2005, p. 1483.

problema que afecta a la familia, la cual se considera de orden público e interés social por constituir la base de la integración de la sociedad, es dable que se supla la deficiencia de la queja en los asuntos en que se ventile esta cuestión, principio aplicable también al recurso de apelación, en donde el tribunal de alzada, al dictar la sentencia correspondiente, deberá suplir la deficiencia de los agravios. Opinar lo contrario sería apartarse no sólo de la intención del legislador, sino también de la disposición constitucional que exige a la ley proteger la organización y el desarrollo de la familia.⁶⁷

Ya hemos mencionado que los derechos e intereses de cada miembro de la familia y de ésta en su conjunto requieren de una protección efectiva en cualquier instancia en que surja un conflicto, así se trate incluso del juicio de garantías, protección que puede ser instrumentada a través de la intervención oficiosa del juzgador.

En asuntos donde se resuelve respecto de la guarda y custodia, es obligación de la autoridad responsable ordenar al Juez natural la reposición del procedimiento a fin de que éste, de manera oficiosa, recabe los medios probatorios encaminados a obtener mayores elementos para conocer y decidir jurídica y objetivamente lo más benéfico para el menor o menores hijos de las partes contendientes en relación con la guarda y custodia pues, evidentemente, ello repercutirá en su salud mental y física. Por consiguiente, si bien diversos tribunales federales han sostenido como criterio preponderante que cuando se trata de menores de corta edad, lo más benéfico para su desarrollo físico-emocional y su estabilidad psicológica es que queden bajo el cuidado de la madre, no obstante tal predisposición debe aplicarse en forma moderada y no indiscriminadamente en todos los casos, porque resulta patente el deber del juzgador de tomar en cuenta, ante todo, el interés del menor o menores sobre cualquier otro aspecto. Así, al tener importancia prioritaria lo que más beneficie a los infantes, sólo de manera secundaria prevalecería el interés de las

⁶⁷ Cfr. *Divorcio necesario. El juez debe suplir la deficiencia de la queja para determinar si procede la disolución del vínculo matrimonial, siendo aplicable también al recurso de apelación (interpretación extensiva del artículo 2.140 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México)*, tesis aislada, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXI, enero de 2005, p. 1760.

personas con derecho a reclamar su custodia, a pesar de existir, como se anotó, la presunción de ser la madre la más apta y capacitada para tener bajo su cuidado a dichos menores, precisamente, porque si bien ello tiene sustento en la realidad social y en las costumbres imperantes dentro del núcleo social nacional, en tanto, casi siempre, corresponde a la madre su atención y cuidado, lo relevante consiste en que reviste mayor trascendencia el interés supremo del o los menores involucrados, en mérito de que las actividades de ambos padres son complementarias de la atención y cuidado de aquéllos. Entonces deviene innegable la necesidad de recabar oficiosamente los medios probatorios encaminados a desentrañar lo que resulte más benéfico para el menor de edad, por lo que si éstos no se aportaron, debe ordenarse a la Sala Familiar que mande reponer el procedimiento a efecto de que el juez natural disponga lo necesario a fin de que se recabe la opinión de expertos en materia de psicología y de trabajo social, en relación con ambos padres y, por lo que hace al infante, en materia de psicología, así como cualquier otra probanza indispensable, como sería escuchar al menor y, a su vez, dar intervención representativa al Ministerio Público, para de esa forma contar con los elementos propicios a fin de estar en las condiciones básicas que permitan al juzgador primario y a la autoridad de alzada conocer de manera objetiva su entorno social, salud, sensibilidad motora y de pensar, costumbres y educación, incluso, en su caso, la conservación de su patrimonio, para resolver lo más benéfico sobre la guarda y custodia de todo menor, lo que el Estado debe realizar para que la sociedad no resulte afectada en casos como el indicado, máxime si lo anterior es de orden público.⁶⁸

Muy probablemente tanto los juicios de divorcio como las controversias en que se disputa la guarda y custodia de menores, son los conflictos que indudablemente repercuten en el desarrollo de estos, especialmente en el desarrollo psicológico, razón por la cual es sumamente acertado que la ley faculte al juzgador para intervenir en forma oficiosa, a fin de allegarse de todos

⁶⁸ Cfr. *Menores. Debe reponerse el procedimiento a fin de que el juez natural recabe los medios probatorios necesarios para determinar lo conducente de modo integral y completo sobre la guarda y custodia de aquéllos (legislación del Estado de México)*, jurisprudencia, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XIX, mayo de 2004, p. 1548.

los elementos que le permitan tomar la decisión más adecuada y favorable para los infantes, pues es su bienestar el que debe prevalecer, aún por encima de los intereses o derechos de los progenitores.

El análisis de la institución de la patria potestad a la luz de lo dispuesto en el artículo 76 bis, fracción V, de la Ley de Amparo, conduce a la convicción de que la suplencia de la deficiencia de la queja opera a favor de los menores aunque no sean parte material en el juicio de amparo respectivo, esto es, que no figuren como quejosos o terceros perjudicados, dado que también a ellos afecta la resolución que determine lo concerniente a la mencionada institución, porque tan puede perjudicarles que uno de los padres pierda injustamente la patria potestad que sobre ellos ejerce, como que ambos la conserven a pesar de la actualización de causas suficientes para declarar perdido ese derecho. La patria potestad es un estado jurídico que constituye el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas al padre y a la madre, y, parcialmente a los ascendientes, respecto a los hijos menores tanto en sus personas, como en sus patrimonios; estado jurídico que tiene la característica de ser de orden público, en cuya preservación y debida aplicación de las normas que la regulan, la sociedad está especialmente interesada. La patria potestad no sólo constituye un conjunto de prerrogativas a favor de los padres, como la de exigir obediencia y respeto del menor no emancipado y llevar su representación legal, administrar sus bienes y usufructuarlos, sino que es también una obligación a cargo de los padres y a favor de los hijos, respecto de la educación, conservación, asistencia, protección y alimentación, además de obligaciones de naturaleza ético-espiritual, como la dirección, los cuidados y la rectitud de la conducta, de importancia determinante para la subsistencia y desarrollo de los hijos. Los efectos de la pérdida de la patria potestad son privar al progenitor o progenitora del cúmulo de derechos cifrados en el poder de determinación sobre aspectos relativos a la disciplina, la convivencia, el trato, la educación de los hijos, la representación jurídica respecto de éstos, quedando subsistentes las obligaciones generadas por la paternidad, entre ellas, la de los alimentos y el derecho a heredar. Por tanto, la pérdida de este derecho natural reconocido por la ley entraña graves consecuencias de índole psicológica y sociológica, muchas veces irreparables, tanto para los hijos como para los que

la ejercen, por lo que las disposiciones del Código Civil que establecen las causas que la imponen, deben ser consideradas como de estricta aplicación, de manera que solamente cuando haya quedado probada una de ellas, de modo indiscutible, se surtirá su procedencia, sin que puedan aplicarse, por analogía ni por mayoría de razón, por su gravedad de sanción trascendental que repercute tanto en los hijos como en los padres. Consecuentemente, aunque los hijos menores no sean parte material en el juicio de amparo, debe suplirse a su favor la deficiencia de la queja cuando tal proceder pueda representar un beneficio para ellos.⁶⁹

Evidentemente que las resoluciones relativas a la patria potestad afectan en mayor o menor medida a los menores que se ven involucrados. Por este motivo es obvio que ellos deben ser considerados partes en el juicio de garantías (y quizás las más importantes), aún cuando materialmente no figuren como quejosos o terceros perjudicados, pues finalmente no habrá más perjudicados o beneficiados que los propios menores con la determinación que se haya tomado. Es cierto que también los progenitores (o alguno de ellos) se verán afectados con la sentencia que se dicte, pero recordemos que el interés superior del menor apuesta por preferir las condiciones que le ofrezcan a éste un entorno sano para su pleno desarrollo.

En los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de los derechos de alimentos, los tribunales del orden familiar deben decretar todas las medidas precautorias que salvaguarden su supervivencia, la integridad física y su desarrollo emocional y la aplicación de todos los derechos que sobre el particular se establecen en la Constitución General de la República y en las convenciones internacionales, leyes federales y locales, por ser ese derecho de orden público; además, dentro de esa atribución se encuentra la de suplir la deficiencia de los argumentos que se le planteen a favor del acreedor alimentario y, oficiosamente, recabar todas las pruebas que le beneficien, entre éstas, las relativas a la procedencia de la acción de alimentos y a la fijación de

⁶⁹ Cfr. *Patria potestad. La suplencia de la deficiencia de la queja opera a favor de los menores, aunque no sean parte material en el Juicio de Amparo*, tesis aislada, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XVI, julio de 2002, p. 1353.

la pensión correspondiente, independientemente de que en la demanda la parte actora no haya reclamado como prestación accesoria a la acción principal, el pago de una pensión alimenticia o, reclamándola, no se aporten pruebas o en caso de que las aportadas no fueren suficientes para colmar la finalidad perseguida (tener noticia de los ingresos del deudor o su capacidad económica y las necesidades del acreedor); por consiguiente, al establecer el legislador la facultad del juzgador para suplir la deficiencia de la queja, no fijó límites para su ejercicio, con la única salvedad de que sea el acreedor alimentario el beneficiado.⁷⁰

La parte más importante de esta tesis es la última, que determina que la facultad legal otorgada al juzgador para suplir la deficiencia de la queja en beneficio de los menores o de la familia, es ilimitada, como ilimitadas deben ser las medidas que deban tomarse para asegurarles una condición óptima en todos los niveles de su vida.

En virtud de que las controversias sobre alimentos son una cuestión de orden público y de interés social, cuando no se hayan acreditado los ingresos del deudor alimentario, los juzgadores (en primera o segunda instancia), en caso de no contar con los elementos necesarios para fijar objetivamente el monto de la pensión, están obligados a recabar oficiosamente los elementos que les permitan establecer la capacidad económica y el nivel de vida del deudor alimentario; además, quien cuente con la información relativa debe proporcionarla, y una vez hecho lo anterior, realizar un estimado del ingreso mensual del deudor alimentario, respecto del cual fijará un porcentaje como monto de la pensión alimenticia.⁷¹

⁷⁰ Cfr. *Alimentos. Cuando no se allegaron los elementos suficientes al juicio para determinar la procedencia de ese derecho o fijar el monto de la pensión por ese concepto, el juzgador debe suplir, incluso, la falta de reclamación de ese derecho y los argumentos que tiendan a constituirlo, así como recabar las pruebas necesarias al respecto (legislación del Distrito Federal)*, jurisprudencia, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVII, mayo de 2008, p. 827.

⁷¹ Cfr. *Alimentos. Para determinar el monto de la pensión cuando no se hayan acreditado los ingresos del deudor alimentario, debe atenderse a lo dispuesto en el artículo 311 Ter del Código Civil para el Distrito Federal*, jurisprudencia, novena época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVII, febrero de 2008, p. 58.

El tema de la intervención oficiosa del juez en materia familiar, adquiere un papel importantísimo en materia de alimentos. Tal y como lo muestra la tesis anterior, dicha institución es útil al juzgador para poder allegarse de los elementos que le permitan estar en aptitud de fijar el monto de las pensiones alimenticias, en todos aquellos casos en que las partes no le aporten los elementos necesarios para poder fijar objetivamente dicho monto, o con los que cuente no le sean suficientes.

Si bien es cierto que los procedimientos sobre cuestiones familiares son de orden público y, por ende, las autoridades judiciales del conocimiento tienen facultades discrecionales al resolver las controversias respectivas, debiendo atender preferentemente al interés de los menores, incapaces, discapacitados y, por último, a los demás miembros de la familia, y que de estimarlo necesario, el Juez suplirá, en lo conducente, la deficiencia de la actividad procesal de las partes, sin contrariar constancias, por lo cual para la investigación de la verdad podrá ordenar la recepción de cualquier prueba, aunque no la ofrezcan las partes; también lo es que dicha regla general, en tratándose de alimentos reclamados en favor de menores de edad y en relación con la recepción oficiosa de pruebas, opera en aquellos casos en que el juzgador carece de los elementos necesarios para fijar la pensión que corresponda, con respecto a las posibilidades del deudor y las necesidades particulares del acreedor, empero, ello no implica que la autoridad jurisdiccional asuma las cargas procesales que corresponden sólo a las partes y, si una vez fijada la pensión, el actor la considera insuficiente o el demandado excesiva, es al inconforme a quien corresponde acreditar los extremos de sus afirmaciones.⁷²

Las resoluciones que se hubieren emitido basadas en la suplencia de la deficiencia de la queja, sólo pueden ser desvirtuadas mediante pruebas objetivas aportadas por las partes.

⁷² Cfr. *Alimentos. En tratándose de los reclamados a favor de menores de edad el juez puede oficiosamente ordenar la recepción de cualquier prueba, pero si una vez fijada la pensión las partes la consideran insuficiente o excesiva, es a ellas a quienes corresponde acreditar los extremos de sus afirmaciones (legislación del Estado de Puebla)*, tesis aislada, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVI, agosto de 2007, p. 1540.

El artículo 4o. constitucional reconoce un régimen propio en tratándose de cuestiones familiares, al establecer que la ley ordinaria protegerá la organización y el desarrollo de la familia. En todos los asuntos del orden familiar, los jueces y tribunales están obligados a suplir la deficiencia de los planteamientos de derecho formulados por las partes, para lo cual atenderán preferentemente al interés de los menores o incapaces, si los hubiere en la familia de que se trate; si no los hay, cuidarán el interés de la familia misma, así como el de los mayores de edad capaces que formen parte de ella. Para determinar cuándo es aplicable el principio de la suplencia de la queja, es pertinente atender a qué se entiende por "familia" y la importancia que ocupa en la sociedad. La familia puede tener su fuente no sólo en la filiación e incluso la adopción, sino también en el vínculo jurídico del matrimonio, supuesto éste que no requiere la existencia de hijos, al constituir una forma de vida moral permanente entre los consortes, que permite cumplir con los deberes de vida en común (fidelidad, asistencia mutua y socorro) que imponen el derecho y la moral. El Derecho Familiar abarca tanto la temática del matrimonio como su disolución; de manera que, cuando en un juicio se cuestiona la acción de divorcio necesario, que implica la disolución de un vínculo matrimonial, opera el principio de suplencia de la queja, al afectar a la referida institución que es la base de la sociedad y, por ende, una cuestión de orden público; por consiguiente, el tribunal ad quem está obligado a suplir la deficiencia de los agravios expresados, así como a analizar de oficio las constancias allegadas al expediente de origen y abocarse a estudiar si se acreditó o no la acción planteada.⁷³

Ya habíamos mencionado que una de las situaciones que más afectaciones causan a la familia como grupo, y a cada uno de sus miembros como individuos, es el divorcio. Es por ellos que la tesis anterior deja en claro que en este tipo de juicios también tiene cabida la intervención oficiosa por parte del juzgador, con tal de aminorar los efectos negativos que producirá la

⁷³ Cfr. *Divorcio necesario. Opera la suplencia de la queja, incluso cuando en el matrimonio no existan hijos (legislación del Estado de Chiapas)*, tesis aislada, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXII, julio de 2005, p. 1420.

ruptura del vínculo matrimonial, y de asegurar las condiciones más sanas para todos los que se ven involucrados en dicho proceso.

Aún cuando el Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo no disponga de manera expresa la obligación de suplir la queja respecto de menores o incapaces, debe tomarse en cuenta el principio fundamental del superior interés de la infancia a que se refieren, acordemente, los artículos 3, inciso 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño y 3, incisos A y G, de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y el derecho de prioridad que este ordenamiento federal consagra en su numeral 14, así como la peculiar naturaleza del Derecho Familiar que trasciende el derecho privado, sobre todo en aspectos como la necesaria y especial tutela a los derechos de los menores e incapaces. Por tanto, se concluye, es obligación del tribunal de apelación suplir la deficiencia o insuficiencia de los agravios, cuando éstos se formulen a favor de los intereses de las personas con minoría de edad, máxime cuando se trate del derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, para su desarrollo integral, consagrado por el párrafo sexto del artículo 4o. de la Constitución General de la República.⁷⁴

Esta tesis pone de manifiesto nuevamente la importancia del principio de la suplencia de la deficiencia de la queja que hemos venido analizando, dejando en claro además que no es impedimento para que el juez lleve a cabo su intervención oficiosa el hecho de que la ley carezca de norma expresa que así lo ordene, pues este principio, como también ya lo comentábamos, lleva implícitos a su vez, el del interés superior del menor y la familia y el del orden público, mismos que se encuentran consagrados en los diversos instrumentos jurídicos tanto internos como internacionales que rigen la materia familiar.

Concluimos este capítulo inicial señalando que si bien es cierto, el debate en torno a la autonomía del Derecho Familiar sigue vigente y quizás lo siga siendo por mucho tiempo más, también lo es que, como lo hemos

⁷⁴ *Suplencia de la queja. Procede en apelación tratándose de intereses de menores o incapaces (legislación del Estado de Hidalgo)*, tesis aislada, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XX, diciembre de 2004, p. 1457.

advertido en los criterios judiciales, las controversias relativas a esta materia tienen un tratamiento y una naturaleza muy singular que no comparten con otras disciplinas jurídicas, ni siquiera aún con las de Derecho Civil. Debemos tener claro que por esta sencilla razón se justifica el hablar propiamente de Derecho Familiar. Lamentablemente hoy en día aún existen muchos tratadistas, abogados postulantes, juzgadores, profesores y estudiantes quienes siguen refiriéndose al Derecho Civil y al Familiar en forma indistinta y quienes consideran que es caprichoso e inclusive inútil hablar de la autonomía de este último, como si las situaciones jurídicas surgidas en el seno de la familia no mereciera la mayor de las importancias para lograr un efectivo y permanente desarrollo social.

CAPÍTULO 2: Los principios generales del Derecho Familiar a la luz de las actuales reformas legislativas.

Resulta idóneo que cada sociedad genere sus propias leyes, acordes con sus costumbres y su cultura; sin embargo, en la mayoría de las ocasiones la normatividad en materia familiar es impuesta a través de un Código, por lo que sus instituciones y conceptos suelen no coincidir con la realidad.

Aunado a lo anterior, la familia no ha sido percibida en tiempo y espacio con un significado uniforme. Así, por ejemplo, en la Roma antigua, bajo la autoridad del paterfamilias se aglutinaba todo el grupo de descendientes, incluidas las cónyuges de los hijos, que dejaban su familia natural para incorporarse a la del marido, agregándose además los sirvientes y esclavos, conformándose en torno al paterfamilias una familia amplísima.⁷⁵

La familia amplia ha sido medida por grados y estirpes, por lo que en este sentido la familia está relacionada con el parentesco. En contraste, en la familia nuclear, suele considerarse únicamente a la pareja monógama (hombre y mujer) que convive con sus hijos o, en otros lugares, a la polígama (un hombre y varias mujeres) o a la poliándrica (una mujer y varios hombres), y en algunos países, actualmente, a la pareja homosexual con capacidad para adoptar hijos. Por su parte, la familia multicultural de la actualidad, formada por nacionalidades y razas diversas, es el resultado de la movilidad de las personas, de la evolución de los derechos humanos y de su aceptación en todos los países.⁷⁶

Estos cambios en el concepto y la conformación de la familia se han hecho presentes en nuestro sistema jurídico, particularmente con las reformas al Código Civil para el Distrito Federal efectuadas en los dos últimos años, a saber: La reasignación para la concordancia sexo-genérica, los matrimonios entre personas del mismo sexo y la adopción homoparental. La temática de estos tres rubros, desde nuestro punto de vista, exige un análisis a la luz de los principios generales del Derecho Familiar que hemos presentado en el capítulo anterior, por las consecuencias e implicaciones que conllevan y que

⁷⁵ Cfr. Brundage, James A., *La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la época medieval*, Fondo de Cultura económica, México, 2000, p.p. 41-42.

⁷⁶ Cfr. Pereznieta Castro, Leonel y Jorge Alberto Silva Silva, *Derecho Internacional Privado*, parte especial, segunda edición, Oxford University Press, México, 2007, p.p. 91-92.

inevitablemente repercutirán en la organización familiar y social. Por tanto, a continuación procederemos al análisis de cada uno de estos rubros.

2.1. La reasignación para la concordancia sexo-genérica.

Con fecha 13 de enero de 2004, fue publicada una reforma al artículo 135 del Código Civil para el Distrito Federal, mediante la cual se estableció en la fracción segunda la posibilidad de solicitar la rectificación de actas del Registro Civil, por enmienda, cuando se solicite variar algún nombre u otro dato esencial que afecte el estado civil, la filiación, la nacionalidad, el sexo y la identidad de la persona. Lo novedoso era, entonces, la posibilidad legal de la variación del sexo y la identidad de las personas.

Después de múltiples debates en torno al tema, finalmente el 10 de octubre de 2008 fueron publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal las reformas al Código Civil y Código de Procedimientos Civiles, mediante las cuales se adicionaron los artículos 135 bis al primero y 498 bis a 498 bis 8 al segundo de los ordenamientos citados, que contemplan, respectivamente, la reasignación para la concordancia sexo-genérica y el juicio especial de levantamiento de acta respectivo. El artículo 135 bis del ordenamiento sustantivo referido, dice a la letra:

“Pueden pedir el levantamiento de una nueva acta de nacimiento por reasignación de concordancia sexo-genérica, previa la anotación correspondiente en su acta de nacimiento primigenia, las personas que requieran el reconocimiento de su identidad de género.

Se entenderá por identidad de género la convicción personal de pertenecer al género masculino o femenino, es inmodificable, involuntaria y puede ser distinta al sexo original.

La reasignación para la concordancia sexo-genérica es el proceso de intervención profesional mediante el cual la persona obtiene concordancia entre los aspectos corporales y su identidad de género, que puede incluir, parcial o totalmente: entrenamiento de expresión de rol de

género, administración de hormonas, psicoterapia de apoyo o las intervenciones quirúrgicas que haya requerido en su proceso; y que tendrá como consecuencia, mediante resolución judicial, una identidad jurídica de hombre o mujer, según corresponda.

Se entenderá por expresión de rol de género, el conjunto de manifestaciones relacionadas con la vestimenta, la expresión corporal o verbal y el comportamiento.

Los derechos y obligaciones contraídas con anterioridad a la reasignación para la concordancia sexo-genérica no se modifican ni extinguen con la nueva identidad jurídica de la persona”.⁷⁷

El antecedente legal de esta reforma se remonta a 2005, cuando una persona obtuvo mediante juicio tramitado en primera instancia, el cambio de nombre y de sexo, pero no logró que se le expidiera una nueva acta. Como se ordenó la anotación de su identidad anterior al margen de su acta de nacimiento primigenia, el promovente interpuso recurso de apelación, pero la sentencia de primera instancia fue confirmada. Por tal motivo, el interesado, argumentando que la anotación violaba sus garantías, puesto que cualquier persona podría conocer su pasada identidad, promovió un juicio de amparo. La Suprema Corte de Justicia, en ejercicio de su facultad de atracción, dio la razón al quejoso, al ordenar que se le expidiera una nueva acta de nacimiento con los cambios solicitados.

La normatividad vigente, específicamente el capítulo IV bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal exige anexar a la demanda mediante la cual se solicite el levantamiento de una nueva acta de nacimiento por reasignación de concordancia sexo-genérica, previa anotación correspondiente al acta de nacimiento primigenia, un dictamen que determine que el solicitante es una persona que se encuentra sujeta al proceso de reasignación para la concordancia sexo-genérica con un mínimo de cinco meses, expedido por dos profesionistas o peritos que cuenten con experiencia

⁷⁷ *Código Civil para el Distrito Federal*, ob. cit., p. 40.

clínica en la materia. El solicitante deberá ser de nacionalidad mexicana y mayor de edad, o en su defecto, deberá actuar por medio de quien ejerza la patria potestad o la tutela. En el auto admisorio de la demanda, el Juez de lo Familiar dará vista al Registro Civil y a la Procuraduría de Justicia, ambos del Distrito Federal, para que dentro del término de cinco días manifiesten lo que a su derecho convenga; asimismo, señalará fecha y hora (dentro de los quince días hábiles siguientes) para que tenga verificativo la audiencia de pruebas y alegatos. En dicha audiencia, el juez podrá cuestionar a los peritos sobre el contenido de los dictámenes emitidos y podrá ordenar la práctica y el desahogo de los dictámenes periciales que estime convenientes. Una vez desahogadas todas las pruebas y formulados los alegatos, el juez citará a las partes para oír sentencia dentro del término de diez días hábiles. Una vez que la sentencia favorable a los intereses del demandante haya causado ejecutoria, el juez ordenará de oficio, dentro del término de cinco días, que se realice la anotación correspondiente al acta de nacimiento primigenia y que se levante una nueva acta de nacimiento por reasignación de concordancia sexo-genérica. El acta de nacimiento primigenia quedará reservada (cancelada) y no se publicará ni expedirá constancia alguna, salvo que medie mandamiento judicial o petición ministerial.⁷⁸

Una vez que hemos revisado el marco jurídico de la reasignación para la concordancia sexo-genérica, procedamos ahora a revisar los principios generales del Derecho Familiar a que nos hemos referido en el capítulo anterior, a la luz de esta institución jurídica de reciente creación.

El término reasignación no existe como tal en el diccionario. Asignación es la acción y efecto de asignar; por su parte, asignar significa señalar o fijar lo que corresponde a una persona o cosa.⁷⁹ Ahora bien, la palabra género denota el conjunto de cosas semejantes entre sí por tener uno o varios caracteres comunes; clase u orden en que se consideran comprendidas diferentes cosas; conjunto de especies con caracteres comunes; accidente gramatical para indicar el sexo de las personas o de los animales y el que se atribuye a las cosas, o para dar a entender que no se les atribuye ninguno.⁸⁰

⁷⁸ Cfr. *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, ob. cit., p. 306.

⁷⁹ Cfr. *Diccionario de la Lengua Española*, Cuadragésima octava edición, Porrúa, México, 2009, p. 66.

⁸⁰ Idem, p. 352.

Sexo es la “condición orgánica, anatómica y fisiológica que distingue al macho de la hembra”.⁸¹ Existen dos sexos, y por tanto, dos géneros: Masculino y femenino. Con respecto al término masculino, el diccionario señala: “Dícese del ser que está dotado de órganos para fecundar. Pertenece o relativo a este ser...Dícese del género gramatical que se refiere al varón, al animal macho o a las cosas que tradicional y convencionalmente son de este género”.⁸² Contrariamente, lo femenino es lo “propio de las mujeres. Organismo dispuesto para poder ser fecundado. Pertenece a él...Dícese del género a que pertenecen la mujer o un animal hembra y de lo que convencionalmente se incluye en él”.⁸³ Por lo tanto, con base en todas estas definiciones, podemos aseverar válidamente que reasignar el sexo a una persona para que haya concordancia, desde el punto de vista genérico, es absurdo (como también lo es gramaticalmente hablando).

De conformidad con lo ordenado por el artículo 135 bis del Código Civil, mismo que ya citamos, una persona que se siente identificada con el sexo opuesto, verbigracia, un hombre que se siente identificado con el sexo femenino, es decir, que desea ser mujer, puede acudir a un juzgado Familiar, y previos los trámites correspondientes, el juez dictará una sentencia y ordenará al Director del Registro Civil que expida una nueva acta de nacimiento, para que esa persona que se siente del sexo opuesto, en nuestro ejemplo un hombre, ahora sea mujer. Pero ahora pensemos que el hombre de nuestro ejemplo tuviera hijos, tendríamos entonces que una vez que el juez de lo Familiar haya dictado sentencia reconociendo a su favor la reasignación para la concordancia sexo-genérica, esos hijos tendrán a partir de ese momento dos madres. Este es un tema sumamente complicado, y es preciso aquí hacer la aclaración de que con el ejemplo traído a colación, no nos estamos refiriendo a las hipótesis de personas transexuales que ya han sido sometidas a operaciones quirúrgicas y tratamientos hormonales para lograr su cambio de sexo, y quienes con todo derecho pueden solicitar una nueva acta de nacimiento acorde a su nueva expresión sexual, sino a las que sin haber alterado sus órganos genitales, la ley les ha otorgado el derecho de que, si se

⁸¹ Cfr. *Diccionario de la Lengua Española*, ob. cit., p. 699.

⁸² *Idem*, p. 467.

⁸³ *Idem*, p. 326.

sienten identificadas con el sexo contrario, en aras de la igualdad de género y de la no discriminación, se les expida un acta en relación a su nuevo estado civil, pues se va a asentar en el acta respectiva que un hombre es mujer, o una mujer es hombre, sin que ello sea cierto. Esta situación resulta grave, pues podría propiciar la comisión de actos fraudulentos contra la ley, los particulares, la familia, la sociedad y el Estado.

Debemos tener muy presente que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 35 del Código Civil, el Registro Civil es una institución de orden público, a cargo de los jueces de la materia, quienes deben autorizar los actos del estado civil y el levantamiento de una nueva acta con motivo de la reasignación para la concordancia sexo-genérica, previa la anotación correspondiente en el acta de nacimiento primigenia, una vez que se hubieren cumplido las formalidades exigidas por la ley.⁸⁴

Las formalidades referidas se traducen en la tramitación del juicio especial de levantamiento por reasignación para la concordancia sexo-genérica, previsto en el capítulo IV bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ante el Juez de lo Familiar; de resultar procedente, éste ordenará a la institución registral que expida una nueva acta de nacimiento porque, siguiendo con nuestro ejemplo de párrafos anteriores, aunque el sujeto está convencido de que biológicamente es hombre, sin embargo ahora quiere, por el hecho de argumentar sentirse identificado con el sexo femenino, que le expidan una nueva acta de nacimiento con todas las consecuencias jurídicas que esto implique. Como lo manifestábamos anteriormente, la posibilidad que ofrece la norma jurídica resulta riesgosa si pensamos que la razón de fondo que pudiera conducir al individuo a iniciar este juicio, podría ser la de desaparecer su identidad original, e iniciar una nueva vida jurídica, como si fuera otra persona (recordemos, además, que nuestro máximo tribunal ha determinado que la primera acta deberá quedar reservada y sólo previo mandato judicial o ministerial, podrá conocerse el acta original).

Como lo hemos venido analizando, y apoyados en nuestro sencillo ejemplo, mediante la reasignación para la concordancia sexo-genérica, la ley permite a una persona que sea hombre, convertirse en mujer, a condición de

⁸⁴ Cfr. *Código Civil para el Distrito Federal*, ob. cit., p. 32.

que así lo manifieste su voluntad y cumpla con los requisitos y formalidades exigidas por la ley. La redacción del texto legal establece la pauta para afirmar que es suficiente la convicción personal de pertenecer al género masculino o femenino, por parte del solicitante para obtener una nueva acta de nacimiento. Y es que en el segundo párrafo del artículo 135 bis encontramos este supuesto referente a la convicción personal, es decir, que el hombre, a pesar de tener órganos sexuales masculinos, y la mujer femeninos, están convencidos de tener un sexo distinto al propio, es decir, la convicción de que se pertenece no al sexo que se tiene, sino al contrario. Y la posibilidad de que la convicción sea suficiente, viene a ser confirmada por el tercer párrafo, que señala que se puede incluir (es potestativo, no obligatorio hacerlo o no) total o parcialmente lo siguiente: Entrenamiento para expresar el rol de género (el cual, según la propia ley puede consistir en que el sujeto se vista como hombre o mujer, según sea su convicción, la expresión corporal, es decir, moverse o aprender a hacerlo y actuar como hombre o mujer, la expresión verbal, es decir hablar como hombre o mujer, el comportamiento, sobre todo, manifestarse en la sociedad como hombre o mujer, según sea el caso).

Ahora bien, las actas del Registro Civil hacen prueba plena de lo que en ellas se consigna; esto es, del nombre y apellidos de la persona, de la fecha, hora y lugar de su nacimiento, siendo dicho documento para ella la prueba fehaciente de su estado civil y de los hechos que ahí se encuentran asentados. En efecto, el artículo 39 del Código Civil dispone que el estado civil sólo se comprueba con las constancias relativas del Registro Civil; ningún otro documento ni medio de prueba es admisible para comprobarlo, y dichas constancias hacen prueba plena respecto de la información que contienen. Y en la hipótesis que a manera de ejemplo hemos venido manejando, sucede que la nueva acta de nacimiento del que siendo hombre hoy es mujer, es un documento que en realidad acredita una falacia, a pesar de que conforme a la ley, haga prueba plena de la información que contiene.

También señala el texto legal analizado que la identidad de género es inmodificable, lo cual resulta contradictorio con lo dispuesto por el artículo 498 bis 8, que dice a la letra:

“Cuando la persona hubiese obtenido el levantamiento de una nueva acta de nacimiento con motivo de

reasignación para la concordancia sexo-genérica, y ésta no sea acorde con su identidad de género, procederá su restitución siguiendo el mismo procedimiento previsto en este capítulo”.⁸⁵

Esto nos hace pensar, continuando con nuestro ejemplo, que el hombre que obtuvo su sentencia de reasignación para la concordancia sexo-genérica, ya cuenta con una nueva acta de nacimiento que acredita que ahora es mujer, pero al paso del tiempo se da cuenta de que ahora no se siente identificado con el género femenino, sino que en realidad se sentía mejor en su rol de hombre. No hay ningún problema, puesto que la ley permite volver a llevar a cabo el procedimiento respectivo, ¿cuántas veces? Parece que no hay un límite, pero al final el acta podrá ser sustituida (no restituida como lo dice el legislador) por una nueva acorde al sentir o a la convicción de la persona, convicción que por cierto no consideramos que sea absolutamente involuntaria, puesto que interviene en gran medida un acto volitivo por parte del sujeto que decide no continuar más con la identidad de género que posee.

En conclusión, y sin la intención de ser reiterativos pero si la de ser muy claros, dada la importancia del tema analizado, la norma jurídica prevé la posibilidad de convertir a un hombre en mujer o a una mujer en hombre, aún cuando sigan conservando física y orgánicamente su sexo original y lo que realmente resulta trascendente para el mundo jurídico, es que ese sujeto tendrá un acta de nacimiento que acredite su nueva identidad.

Analicemos ahora qué sucede con nuestro sujeto del ejemplo, que ahora tiene una nueva acta de nacimiento que acredita que ahora tiene un sexo distinto a aquél con el que efectivamente nació (basado únicamente en su convicción). De inicio podemos decir que nos encontramos con cuestiones muy importantes vinculadas con el principio del orden público y del interés superior del menor y de la familia.

En relación con el tema del orden público, al cual nos referimos en el capítulo anterior, el artículo 6 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que:

⁸⁵ *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, ob. cit., p. 306.

“La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero”.⁸⁶

Por su parte, el artículo 8 del mismo ordenamiento legal dispone que:

“Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario”.⁸⁷

Ahora bien, entrando propiamente al análisis de las relaciones entre padres e hijos, cabe citar el artículo 411 del Código Civil, que a la letra dice:

“En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición.

Quienes detenten la patria potestad tienen la responsabilidad de relacionarse de manera armónica con sus hijos menores de edad, independientemente de que vivan o no bajo el mismo techo”.⁸⁸

El artículo 414 bis del mismo ordenamiento sustantivo prevé las obligaciones de crianza en beneficio de los menores:

“Quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia provisional o definitiva de un menor, independientemente de que vivan o no en el mismo domicilio, deben dar cumplimiento a las siguientes obligaciones de crianza:

- I. Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;
- II. Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares;
- III. Realizar demostraciones afectivas con respeto y aceptación de éstas por parte del menor, y

⁸⁶ *Código Civil para el Distrito Federal*, ob. cit., p. 29.

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ *Idem*, p. 64.

IV. Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor...”.⁸⁹

La definición legal del interés superior del menor, que como ya quedó debidamente establecido, es un principio general del Derecho Familiar (y quizás el más importante), está incluida en el artículo 416 ter:

“Para los efectos del presente Código se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:

I. El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal;

II. El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar;

III. El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos;

IV. Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y

V. Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables”.⁹⁰

Con el propósito de destacar la importancia de la protección jurídica a favor del menor, refirámonos a algunos antecedentes normativos tanto en el plano nacional como en el internacional, tendientes a la protección del niño: La primera declaración sistemática de los “Derechos del Niño”, fue promulgada por la entonces Asociación Internacional de Protección a la Infancia y aprobada por la Sociedad de las Naciones en 1924, denominada Declaración o Carta de Ginebra, misma que más tarde sería revisada en 1946. En agosto de 1973, se llevó a cabo en nuestro país el Primer Congreso Nacional sobre el Régimen Jurídico del Menor, considerándose necesario en ese entonces crear un orden

⁸⁹ Código Civil para el Distrito Federal, ob. cit., p. 65.

⁹⁰ Idem.

normativo aplicable en forma exclusiva al niño, dando como resultado diversos proyectos de códigos del menor. En 1976, la Asamblea General de las Naciones Unidas instituyó 1979 como el Año Internacional del Niño, con el ánimo de atender al niño en todas sus facetas a nivel mundial. Consecuentemente, en 1980 fue adicionado al artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, un sexto párrafo, mismo que consagra como deber de los padres velar por el derecho de los menores. Actualmente, la parte conducente de dicho texto constitucional, dice lo siguiente:

“...Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez...”.⁹¹

Con fecha 31 de enero de 2000, fue publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal. Veamos lo que establece en su artículo 1:

“La presente Ley es de orden público, interés social y de observancia general en el Distrito Federal. Los derechos y beneficios reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la Convención sobre los Derechos del Niño y otros tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano, así como la presente Ley, serán aplicables a todas las niñas y niños que habiten o transiten en el Distrito Federal...”.⁹²

El artículo 4 dispone lo siguiente:

⁹¹ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, SISTA, México, 2011, p. 4.

⁹² *Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal*, SISTA, México, 2011, p. 565.

“Son principios rectores en la observancia, interpretación y aplicación de esta Ley, los siguientes:

I. El Interés Superior de las niñas y niños. Este principio implica dar prioridad al bienestar de las niñas y niños ante cualquier otro interés que vaya en su perjuicio...

II. La Corresponsabilidad o Concurrencia, que asegura la participación y responsabilidad de la familia, órganos locales de gobierno y sociedad en la atención de las niñas y niños...

III. El de que la niña o niño tienen diversas etapas de desarrollo y diversas necesidades...”.⁹³

En lo concerniente al derecho internacional, cabe recordar que los tratados internacionales celebrados por el Presidente de la República, con la aprobación del Senado, en los términos del artículo 76, fracción I y 89, fracción X de nuestra Constitución, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Y de conformidad con la parte final del artículo 133 constitucional, los jueces de cada Estado deben ajustarse a la Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes locales. Aunado a ello, de conformidad con el artículo 2º, fracción I de la Ley Sobre la Celebración de Tratados, el tratado es un convenio regido por el derecho internacional público, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos.⁹⁴

Dentro del marco jurídico internacional, tenemos que nuestro país ha suscrito la Convención Sobre los Derechos del Niño, documento central de la tutela jurídica al menor, que, como ya lo señalamos, tuvo como antecedente la Declaración de Ginebra de 1924, la cual contiene siete principios fundamentales, referidos exclusivamente a los niños:

- I. El niño debe ser protegido excluyendo toda consideración de raza, nacionalidad o creencia.
- II. El niño debe ser ayudado, respetando la integridad de la familia.
- III. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material, moral y espiritual.

⁹³ *Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal*, ob. cit., p. 567.

⁹⁴ Cfr. *Ley Sobre la Celebración de Tratados*, SISTA, México, 2011, p. 2.

- IV. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser asistido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y el abandonado deben ser recogidos.
- V. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.
- VI. El niño debe disfrutar completamente de las medidas de previsión y seguridad sociales; el niño debe, cuando llegue el momento, ser puesto en condiciones de ganarse la vida, protegiéndole de cualquier explotación.
- VII. El niño debe ser educado, inculcándole la convicción de que sus mejores cualidades deben ser puestas al servicio del prójimo.⁹⁵

Con base en lo anterior, fue elaborada la Declaración de los Derechos del Niño, por parte del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, habiendo sido adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959. Establece principios fundamentales que tienden a la protección del menor, a fin de proporcionarle cuidados especiales para que pueda tener una infancia feliz.

Otro instrumento jurídico internacional de suma importancia, es el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, aprobado en 1966 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el cual establece en forma específica que todo niño tiene derecho a medidas de protección, tanto por parte de su familia, como de la sociedad y del Estado.

La Convención Sobre los Derechos del Niño, habiendo sido suscrita por nuestro país, fue publicada el 25 de enero de 1991 en el Diario Oficial de la Federación. Este instrumento jurídico señala dentro del preámbulo que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales; que la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad; que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia,

⁹⁵ Cfr. Jiménez García, Joel Francisco, *Derechos de los Niños*, segunda edición, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, p. p. 8-9.

en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; “que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos..., en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales... y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño, teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, ‘el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento’...”.⁹⁶

El artículo 3º de la citada Convención, es de suma importancia, pues señala lo siguiente:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar...”.⁹⁷

Paralelamente, el artículo 18 prevé lo siguiente:

“1. Los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres...la responsabilidad primordial de la crianza y el

⁹⁶ *Convención Sobre los Derechos del Niño*, Ob. cit.

⁹⁷ *Idem*.

desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño...”.⁹⁸

El artículo 24 establece que:

“1. Los Estados partes reconocerán el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios...”.⁹⁹

Otro instrumento jurídico de suma importancia para la protección de los derechos de los menores, es la Convención Sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, suscrita en La Haya el 29 de mayo de 1993, misma que también fue ratificada por nuestro país, habiendo sido publicada el 24 de octubre de 1994 en el Diario Oficial de la Federación. En el preámbulo se hace la siguiente consideración:

“...Reconociendo que para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión...”.¹⁰⁰

En efecto, debido a la gran importancia que reviste la tutela a los derechos de un menor, actualmente se ha adoptado en forma universal un principio de política legislativa y de política judicial de gran trascendencia. Se trata del favor filii, al amparo del cual se cobijan los derechos de todo niño, ya sea frente a sus padres, terceras personas y el Estado mismo. Este principio caracteriza a las relaciones entre padres e hijos, y con base en él deberá atenderse en todo momento al mejor interés del menor, esto es, en caso de existir duda (colisión entre el interés de los padres y el de los hijos) respecto de a quién deberá atenderse en el momento de resolver, el beneficio deberá recaer en favor del hijo. Cabe advertir que este principio priva no sólo cuando se trata de hijos biológicos, sino también de los adoptivos y en cualquier otra relación, aunque no sea la filial.¹⁰¹

⁹⁸ Convención Sobre los Derechos del Niño, ob. cit.

⁹⁹ Idem.

¹⁰⁰ *Convención Sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional*, en www.ordenjuridico.gob.mx.

¹⁰¹ Cfr. Pereznieto Castro, Leonel y Jorge Alberto Silva Silva, ob. cit., p. 231.

En la mayoría de los órdenes jurídicos, la tutela a la niñez ha sido elevada al rango de un derecho humano. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (también conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”), en su artículo 19 dispone que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Asimismo, deberá asegurarse la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos (artículo 17). Se hace énfasis en que todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres.¹⁰²

El interés superior del menor lleva implícito un deseo de protección de la persona desvalida. Respecto a lo que conlleva este término, tenemos que “es un concepto jurídico indeterminado cuyos contornos se definen de modo negativo (no es interés del menor el exponerlo a un riesgo o peligro físico o psíquico; a una previsible situación de abandono emocional, educativo, familiar, en suma, a una situación intolerable), atendiendo a las circunstancias en cada caso y diferenciando el interés del menor del interés de sus progenitores, y también cualquier otro interés de derecho público o privado”.¹⁰³

Los principales derechos, al amparo del favor filii o interés superior del menor, se han podido precisar a partir del siglo XX, principalmente con la finalidad de proteger a la parte débil de la relación, procurando su cuidado y asistencia debida.

Y es que no cabe duda que el niño, como fundamento de la sociedad, es además la parte más sensible de la familia.

El objetivo primordial de la protección integral del menor, es el de favorecer en la medida de lo posible el mejor desarrollo de la personalidad del mismo, a fin de integrarlo, cuando llegue a su plena capacidad, en las mejores y más favorables condiciones físicas, intelectuales y morales, a la vida normal.

¹⁰⁴

Los diversos ordenamientos jurídicos citados presentan una coincidencia importantísima: La de establecer prerrogativas en beneficio del interés superior del menor. Esto implica necesariamente que no se justifica el ejercicio de un

¹⁰² Cfr. *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, en www.ordenjuridico.gob.mx.

¹⁰³ Pereznieta Castro, Leonel y Jorge Alberto Silva Silva, ob. cit., p.p. 233-234.

¹⁰⁴ Cfr. Jiménez García, Joel Francisco, ob. cit., p. 5.

derecho si ello conlleva la vulneración de la esfera de derechos comprendida al amparo de este principio. En suma, los derechos del menor prevalecerán siempre frente a los de cualquier otro sujeto.

Con la afirmación anterior, queremos poner de manifiesto que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, al llevar a cabo la multicitada reforma al texto del Código Civil para el Distrito Federal, de la reasignación para la concordancia sexo-genérica, omitió incluir en la ley las medidas necesarias para garantizar el respeto al interés superior del menor (por supuesto que para aquellos casos relacionados con menores). Veamos por qué.

El hecho de que el legislador haya reconocido a los particulares el derecho de poder acudir ante el órgano jurisdiccional, a fin de manifestar su inconformidad con el sexo genético que poseen, y por ende, solicitar les sea reconocido el cambio, modificación o en los términos legales, la reasignación del mismo, no nos merece mayor objeción que las ya argumentadas con antelación, en relación a la desatinada formulación gramatical del término “reasignación para la concordancia sexo-genérica”. En efecto, el debate en torno a los aspectos positivos y negativos, lo adecuado e inadecuado y demás aspectos de fondo del tema, resultan ajenos al objetivo de la presente investigación. Por tanto, nos limitaremos a analizar los aspectos de esta reciente reforma que tienen relación con los principios generales del Derecho Familiar que hemos venido analizando, y los podemos incluir en tres rubros.

Primeramente, considerar que la reasignación para la concordancia sexo-genérica deja la puerta abierta para que el principio del orden público se vea amenazado. Como ya lo comentamos en párrafos anteriores, la motivación que conduzca a una persona a solicitar la modificación de su sexo genético, puede obedecer a causas lícitas o ilícitas. Puede darse el caso de una persona que realmente ha estado inconforme durante toda su vida con el sexo con que nació y por tanto, tenga la convicción y el deseo de pertenecer al otro género para alcanzar con ello un equilibrio psicoemocional, y para ello haya decidido someterse a procedimientos quirúrgicos, a tratamientos hormonales, a terapias psicológicas y demás procedimientos necesarios para lograr el cambio deseado; en este caso pensaríamos que las causas que motivaron a dicha persona a buscar el cambio de su sexo genético, son lícitas. Pero también puede ocurrir la hipótesis de que una persona que haya cometido un delito o un

hecho ilícito, con el propósito de evadir las consecuencias de sus actos y las repercusiones jurídicas respectivas, decida expresar su “convicción” de pertenecer al sexo opuesto y, previo el trámite del juicio especial de levantamiento de acta por reasignación para la concordancia sexo-genérica, previsto en el capítulo IV bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, obtenga una nueva acta de nacimiento que haga constar que, para fines prácticos, existe una nueva persona, y de no ser que medie orden judicial o ministerial, absolutamente nadie podrá tener acceso a la información del acta de nacimiento originaria (la real) y, por tanto, nadie podrá saber siquiera cómo se llamaba esa persona; es obvio que en este caso pensaremos que la decisión del cambio de género en realidad no obedeció propiamente a una convicción y al consiguiente apoyo médico y psicológico, sino más bien, a una situación de conveniencia y peor aún, en perjuicio de terceros. Cabe reforzar nuestra crítica con argumentos médicos y psicológicos: En casi todos los casos que se mencionan como pruebas de la reasignación de género, ésta ha ido acompañada por una adecuada terapia quirúrgica u hormonal. Es decir, las características biológicas del individuo se han modificado de manera que correspondan al género asignado. En consecuencia, no parece razonable decir que el género puede asignarse con independencia de las características biológicas de género. En realidad, el éxito de la reasignación depende de las adecuadas modificaciones anatómicas y hormonales.¹⁰⁵

El segundo rubro a considerar, es la posibilidad de la representación para la tramitación del juicio especial de levantamiento de acta por reasignación para la concordancia sexo-genérica, absolutamente atentatoria del principio de interés superior del menor. En efecto, el artículo 498 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su fracción II señala:

“Además de lo señalado en el artículo anterior, se deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- I. Ser de nacionalidad mexicana;
- II. Mayor de edad o actuar a través de quien ejerza sobre la persona la patria potestad o tutela...”¹⁰⁶

¹⁰⁵ Cfr. *La Biología y la Identidad de Género*, en www.proyectopv.org.

¹⁰⁶ *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, ob. cit., p. 306.

Consecuentemente, del texto legal citado se deduce que quienes ejercen la patria potestad o la tutela sobre personas incapaces, están legitimados para iniciar el juicio especial de levantamiento de acta por reasignación para la concordancia sexo-genérica; verbigracia, si los padres de un niño de cinco años de edad consideran que los aspectos corporales de este menor no concuerdan con su identidad de género (esto es, debe ser niña en lugar de niño), podrán válidamente acudir ante el juez de lo familiar para iniciar la tramitación del juicio especial de levantamiento de acta por reasignación para la concordancia sexo-genérica. Analicemos los excesos en que ha incurrido la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, pues a todas luces estamos frente a una disposición inconstitucional.

La Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento jurídico internacional al que ya hemos hecho referencia, señala en su artículo 12 lo siguiente:

“1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.¹⁰⁷

Aunado a lo anterior, el texto del artículo 16 de la misma convención, dice literalmente:

“1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

¹⁰⁷ *Convención Sobre los Derechos del Niño*, ob. cit.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.¹⁰⁸

Y es que precisamente una de las metas que procura alcanzar la Convención sobre los Derechos del Niño, es la de fomentar el respeto a la infancia. Concomitantemente, con base en este principio, los niños tienen el derecho a expresar sus puntos de vista y a que sus opiniones se tomen en cuenta y se les otorgue la importancia que merecen. Asimismo, este principio hace hincapié en la necesidad de respetar la evolución de las facultades de los niños, pero sin otorgarles el derecho a tomar decisiones por su cuenta cuando no tienen la edad suficiente.¹⁰⁹

A nivel local, la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal también regula este tema. La fracción decimosexta del artículo 3 cataloga como maltrato psicoemocional, los actos u omisiones cuyas formas de expresión pueden ser silencios, prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, amenazas, insultos, actitudes de descuido, devaluatorias o de abandono que provoquen en la niña o niño daño en cualquiera de sus esferas cognoscitiva, conductual, afectiva y social. Paralelamente, el artículo 5 contiene el listado de los derechos de los menores:

“De manera enunciativa, mas no limitativa, conforme a la presente Ley las niñas y niños en el Distrito Federal tienen los siguientes derechos:

A) A la vida, Integridad y Dignidad: ...

IV. A ser respetado en su persona, en su integridad física, psicoemocional y sexual; ...

A) A la identidad, Certeza Jurídica y Familia: ...

VI. A emitir su opinión en todos los asuntos que le afecten y a ser escuchado tomando en cuenta su edad y madurez en todo procedimiento judicial o administrativo, ya sea directamente o por medio de representante; ...

D) A la Educación, recreación, información y participación:

¹⁰⁸ *Convención Sobre los Derechos del Niño*, ob. cit.

¹⁰⁹ Cfr. Perezniato Castro, Leonel y Jorge Alberto Silva Silva, ob. cit., p. 235.

I. A expresar su opinión libremente, conocer sus derechos y a ser escuchados en el ámbito familiar y comunitario, así como en todo procedimiento administrativo o judicial, que afecte sus esferas personal, familiar y social;

II. A ser tomados en cuenta para cualquier acto relacionado con su vida personal y social; ...

III. A recibir información adecuada a sus etapas de crecimiento, que promueva su bienestar social, así como su salud bio-psicosocial y sexual, enalteciendo los valores de paz, equidad, democracia, solidaridad, libertad, justicia, respeto y tolerancia; ...".¹¹⁰

Por tanto, la legitimación concedida por la ley a los representantes legales de personas incapaces, para demandar a nombre de sus representados el levantamiento de acta por reasignación para la concordancia sexo-genérica, vulnera tres principios importantísimos reconocidos a favor de los menores por la Convención sobre los Derechos del Niño, a saber:

*Derecho a expresar libremente su opinión.

*Derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo.

*Derecho al respeto a la vida privada.

Desde el punto de vista médico y psicológico, también encontramos fuertes objeciones al respecto. Desde el momento de la asignación de género (de acuerdo con los genitales externos), la virilidad o feminidad se refuerza de manera continuada. Existe un periodo crítico para la asignación de género y para la formación de la identidad. Hasta los dieciocho meses, aproximadamente, el género del niño puede reasignarse casi de manera arbitraria, como en el caso de las hemafroditas (individuos en los que se presenta una contradicción entre su aspecto genital externo y cualquiera de las demás variables de género, como son, el género genético, gónadas, hormonas o estructuras reproductoras internas), y el niño aceptará el nuevo género, desarrollándose de forma normal de acuerdo con él. Pasada esa edad, la

¹¹⁰ *Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal*, ob. cit., p.p. 567-568.

reasignación de género puede producir graves conflictos y es improbable que se produzca un desarrollo normal correspondiente al nuevo género. Ello concuerda con la teoría cognitivo-evolutiva, la cual afirma que la formación de la identidad de género se produce en torno a los tres años, convirtiéndose en un concepto perdurable durante toda la vida.¹¹¹

La imagen del cuerpo y la autoestimación se desarrolla, en parte, por las experiencias del niño con su propio cuerpo y con lo que es capaz de hacer con éste. El niño tiene que aprender a considerar su cuerpo y a sí mismo como un único y continuo suceso, antes de que desarrolle un sólido concepto de sí mismo. Generalmente, el niño realiza este proceso en los primeros años de su vida, en tal forma que a los dos o tres años de edad parece tener una opinión firme, sólida de sí mismo. El desarrollo del papel sexual tiene un curso similar. A los tres años, el niño conoce los rótulos de niño y niña; a los cuatro años, aprende a emplearlos correctamente para clasificar a otras personas y a él mismo; además, puede clasificar grupos de muñecos o dibujos basándose generalmente en el vestido, el cabello, etcétera. Muestra preferencia por juguetes y actividades asociadas con su propio sexo. A los cinco o seis años, se ha dado cuenta de que el género es fijo (que si “ella es una niña”, no puede volverse “un niño”) y que existe cierta relación entre éste y las apariencias genitales. Un niño no se vuelve una niña, con sólo ponerse ropa de niña. El periodo de los cinco a los seis años es muy importante para el niño, no sólo por el desarrollo de su papel sexual, sino también por el desarrollo de las diferencias sexuales en el comportamiento.¹¹²

Consideramos que la decisión de optar por el cambio de sexo, motivada por la inconformidad con el sexo genético, es personalísima. Para fines prácticos, con la reasignación para la concordancia sexo-genérica, se está dotando a la persona que la solicita, de una nueva identidad o personalidad, absolutamente distinta a la que había tenido desde su nacimiento. Estamos hablando, entonces de una decisión de gran trascendencia, que de ninguna manera debe dejarse en manos de terceras personas y que tampoco debe ser tomada en una etapa en la que aún no se cuenta con la madurez necesaria

¹¹¹ Cfr. *La Biología y la Identidad de Género*, ob. cit.

¹¹² Cfr. Bee, Helen, *El Desarrollo del Niño*, sexta edición, Harla, México, 2002, p.p. 253-254.

para la toma de decisiones de esta magnitud, y peor aún cuando ni siquiera se toma en cuenta la opinión de la persona incapaz.

El tercer rubro a considerar de esta reciente reforma en relación con los principios generales del Derecho Familiar, es también otra rotunda crítica a la labor legislativa que le dio origen, y que resulta manifiestamente contraria a los postulados del orden público y del interés superior del menor. Veamos el motivo de nuestra aseveración.

Aunado a los errores, imprecisiones y excesos que hemos venido exponiendo, la figura de la reasignación para la concordancia sexo-genérica, incluida en el Libro primero del Código Civil para el Distrito Federal denominado “De las personas”, incurre en una grave omisión. Si bien es cierto que prevé lo que se entiende por reasignación para la concordancia sexo-genérica, señala los requisitos que deben reunirse para solicitarla, implementa en el Código de Procedimientos Civiles un procedimiento especial para su tramitación y establece los efectos jurídicos que produce, también resulta evidente que, en aras de ir a la vanguardia en la tutela de la libertad sexual y de las preferencias sexuales distintas, relega al último plano, y más aún, se olvida de los derechos de los menores y de la familia, quienes seguramente resultarán afectados debido al vínculo parental que los une con la persona que ha obtenido la reasignación para la concordancia sexo-genérica. Resulta entonces que el derecho reconocido por una ley local en beneficio de un particular, de una persona física (la reasignación para la concordancia sexo-genérica), estará por encima de los derechos reconocidos por leyes federales y tratados internacionales (comprendidos en el concepto de “interés superior”) a favor del menor y la familia. Y es que queda un tema pendiente: Retomando nuestro ejemplo inicial del presente capítulo, pensemos en aquel padre de familia que durante la mayor parte de su vida se sintió identificado con el género opuesto, se sometió a los procedimientos y tratamientos médicos y psicológicos respectivos y, previo el trámite del juicio especial de levantamiento de acta por reasignación para la concordancia sexo-genérica, ha obtenido finalmente el documento que hace constancia plena de que ahora es una mujer. Pensemos en la situación, en el sentir de los hijos, sobre todo si son menores, a partir de ese momento (e inclusive paulatinamente, a lo largo de los tratamientos tendientes a la transformación). Evidentemente que el cambio que están

presenciando no va a poder ser entendido por sí mismos, e inclusive no va a poder ser explicado por los mismos padres, sino que necesariamente se tendrá que recurrir a la ayuda profesional, por parte de un psiquiatra o psicólogo.

Por lo tanto, consideramos que el error más grave de esta reforma, es el haber ignorado las repercusiones negativas que se producirían en el entorno familiar y, consecuentemente, no haber implementado las medidas jurídicas necesarias para aminorarlas. Es indudable que se debió haber incluido en el Código Civil la obligación a cargo de la persona que obtuvo la reasignación para la concordancia sexo-genérica, de someter a sus hijos (obviamente, en caso de tenerlos), especialmente si son menores, a una terapia psicológica que les permita asimilar el cambio, a fin de que su desarrollo y entorno emocional y afectivo no resulten tan dañados.

Dijimos párrafos atrás de que este tema quedaba pendiente, y es que incorrectamente así lo dejó el legislador, como si el interés superior del menor, el menoscabo de sus derechos y el detrimento en su desarrollo psicológico y bienestar emocional, fueran detalles insignificantes que pueden esperar el tiempo que sea necesario para ser atendidos.

2.2. Los matrimonios entre personas del mismo sexo.

A finales del siglo XX algunos países comenzaron a reconocer la unión de personas del mismo sexo con varios puntos en común con el matrimonio tradicional, como fueron los casos de Holanda e Inglaterra, práctica que posteriormente se extendió a otros países, como lo fue el caso de España, Suecia, Noruega y Dinamarca.

Aunque no todos los Estados han calificado las uniones entre personas del mismo sexo como matrimonios, ya que algunos sólo admiten el registro de la unión de pareja, varios se han preocupado por sus consecuencias jurídicas. En algunos lugares a esas uniones se les acepta como matrimonios, mientras que en otros se les considera como una unión contractual de pareja, y en menor medida se les acepta como concubinato.

La institución familiar ha sufrido una cambiante realidad social y jurídica en los últimos tiempos. De una concepción tradicional de la familia, basada en una estabilidad social amparada en la amplitud de sus miembros (antes

organizados en torno al cabeza de familia y modernamente alrededor de los hijos), se ha pasado a una concepción por cuya virtud la creación de la familia, así como su disolución, se hacen depender de un derecho individual de todo ser humano, sea cual sea su sexo. Se trata de un proceso que comenzó en el continente europeo en el último tercio del siglo XX y que hoy alcanza de lleno a la sociedad en varios países. Ante este panorama sociopolítico, los legisladores han reaccionado en unos casos homologando ex post situaciones de facto ampliamente admitidas (como las llamadas parejas de hecho entre personas de distinto sexo) y en otros supuestos pretendiendo transformar el sustrato social al aprobar normativas que, en aras del principio de no discriminación, permitan el acceso a determinadas situaciones familiares a ciudadanos que quedaban fuera de las fórmulas convencionales. Así, la admisión de los matrimonios entre personas del mismo sexo, con la posibilidad incluso de constitución de adopciones por los dos padres o por las dos madres.¹¹³

Así, a manera de hacer una breve semblanza del derecho comparado, veamos cuál es el panorama a nivel internacional:

- En la ciudad de Buenos Aires, Argentina, rige la Ley 1004 de Uniones Civiles, la cual permite a las parejas del mismo sexo inscribirse en un registro público de uniones civiles, otorgándoles iguales derechos que a los matrimonios heterosexuales, sólo dentro del ámbito de la ciudad de Buenos Aires. En igual sentido y con los mismos alcances, la provincia de Río Negro ha dictado una Ley de Uniones Civiles.

- El 19 de diciembre de 2000, la Cámara Alta del Parlamento holandés, aprobó la Ley Bill 26672, que permite que las personas del mismo sexo contraigan matrimonio, obteniendo los mismos derechos que tienen los matrimonios heterosexuales.

- Existen varias legislaciones que han equiparado las uniones homosexuales registradas al matrimonio; en algunos casos en forma integral, en otros impidiendo el acceso de las uniones homosexuales a la adopción y a las técnicas de fecundación asistida. Estos sistemas reservan la denominación de matrimonio para las uniones heterosexuales y a los homosexuales se les

¹¹³ Cfr. Rodríguez Benot, Andrés, *La Unificación del Derecho de Familia en los Procesos de Integración Regional: La Experiencia Europea* en "El Derecho de Familia en un Mundo Globalizado", Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, p.p. 93-94.

permite contraer “uniones registradas” o “uniones civiles” con similares efectos al matrimonio. Siguen este sistema: Suecia (Ley de Registro de la Pareja de Hecho, de 23 de junio de 1994), Noruega (Ley sobre Registro de Parejas), Dinamarca (Ley danesa sobre el Registro de las Parejas, de 7 de junio de 1989), Vermont con su ley del año 2000, Nueva Zelanda (Ley 21/11/00), Nueva Escocia (Ley 30/11/00). Asimismo, cabe señalar la Ley Canaria de Uniones de Hecho, del 14 de abril de 2003; la Ley de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura, del 20 de marzo de 2003 y la Ley de Unión Civil de Quebec.

- En algunas legislaciones, como la federal de Estados Unidos de América, se niega el estatus matrimonial a las uniones homosexuales, privándoles de toda equiparación con éste. Al respecto, tiene gran importancia la Ley de Defensa del Matrimonio de 12 de julio de 1996. A pesar de ello, el matrimonio es una cuestión regulada por cada Estado en forma independiente, de ahí que existan Estados que reconozcan el matrimonio entre homosexuales. Pero a partir de la ley mencionada, ningún Estado está obligado a reconocer como matrimonio las uniones del mismo sexo, aún cuando otro Estado así lo hubiera hecho.

- Algunos Estados han optado por legislar especialmente sobre las uniones de hecho homosexuales en forma independiente del matrimonio, aclarando que no se aplica a ellas el estatuto matrimonial, ni generan relaciones de parentesco. Es el caso de la Ley de Parejas de Cataluña, de 11 de junio de 1998, la Ley de Aragón y la ley francesa de PAC, mismas que niegan a las uniones homosexuales el derecho de adoptar y el de ser beneficiarias de las técnicas de reproducción humana asistida.¹¹⁴

Por lo que respecta al caso en particular que nos ocupa, con fecha 29 de diciembre de 2009, fue publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el decreto mediante el cual se dieron a conocer diversas reformas efectuadas al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles, ambos del Distrito Federal, aprobadas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, con el objeto de reconocer a dos personas del mismo sexo el derecho a contraer matrimonio,

¹¹⁴ Cfr. Medina, Graciela, *Problemática de la Unión Homosexual. Derecho Comparado. Derecho Argentino* en “Panorama Internacional de Derecho de Familia”, Tomo I, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p.p. 421-425.

conformar la relación de concubinato e incluso adoptar hijos, al amparo del artículo 1º Constitucional, que según lo establecido en la iniciativa de ley, veda cualquier posibilidad de discriminación y establece la igualdad ante la ley de todos los mexicanos, sin que sea admisible la discriminación de clase alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, preferencia o cualquier otra condición o circunstancia personal o social; de igual manera, se hace alusión a tratados e instrumentos internacionales que México ha suscrito, y que a su decir, no se veían reflejados en el modelo existente de matrimonio vigente en la Ciudad de México. Así, entonces, fue reformado el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, para quedar de la siguiente forma:

“Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código”.¹¹⁵

El texto anterior a la reforma señalaba:

“Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige”.¹¹⁶

Como podemos advertir, la diferencia estriba en dos puntos:

° La regulación jurídica del matrimonio anterior a la reforma restringía la unión a un hombre y una mujer; con la redacción actual, se elimina dicha “restricción”, quedando abierta la posibilidad a que la unión sea entre dos personas de distinto o del mismo sexo.

° Como consecuencia de lo anterior, la reforma elimina la posibilidad de la procreación como uno de los fines del matrimonio.

La reforma en comento suscitó múltiples opiniones tanto a favor, como en contra. A consecuencia de ello, el 27 de enero de 2010 el Procurador General de la República promovió acción de inconstitucionalidad mediante la

¹¹⁵ *Código Civil para el Distrito Federal*, ob. cit., p. 42.

¹¹⁶ *Idem*, p. 20.

cual solicitó la invalidez de los artículos 146 y 391 del Código Civil para el Distrito Federal contenidos en el Decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 29 de diciembre de 2009. En el primero de dichos artículos, que es el que estamos comentando en este apartado, y como ya lo precisamos, se redefine el concepto de matrimonio para establecer que es la unión de dos personas, con lo que comprende no sólo a las parejas heterosexuales, sino también a las del mismo sexo; mientras que en el segundo, a raíz de esta redefinición del matrimonio, implícitamente se establece la posibilidad de que los matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo, puedan acceder a la adopción de menores.

En la resolución emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se reconoció la validez del artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, al estimar que sí satisface una razonabilidad objetiva y no vulnera el artículo 4 de la Constitución federal. Asimismo, se reconoció la constitucionalidad de la adopción por parte de matrimonios entre personas del mismo sexo, en razón de que la Norma Fundamental del país protege a la familia como tal, sin importar su estructura, y no sólo a un tipo ideal de ésta. Este tema de la adopción lo trataremos en el siguiente apartado.

Aunado a lo anterior, se consideró que no era factible reconocer la constitucionalidad de los matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo sin otorgarles el derecho a formar una familia a través de la adopción, basándose para ello en el hecho de que se trata de parejas de personas del mismo sexo.

“La Corte argumentó que abordó el tema desde la óptica del interés superior del niño, el cual se encuentra reconocido por la Constitución Federal como un principio rector de la función del Estado. Al respecto, se señaló que en el caso concreto, el legislador no puede, en aras de garantizar dicho principio, prohibir la adopción de menores por parejas del mismo sexo, sino que lo que debe priorizar es que en el mecanismo para autorizar una adopción se garantice que esa es la mejor opción de vida para el menor, sea que se trate de una pareja heterosexual, del mismo sexo o de un hombre o de una mujer individualmente considerados solteros”.¹¹⁷

¹¹⁷ www.scjn.gob.mx.

En su resolución, la Corte determinó reconocer la validez de la reforma hecha al artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, que define al matrimonio como la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. En ese sentido, se estimó que es competencia del legislador ordinario, consagrada en la propia Constitución Federal, regular lo relativo a la materia civil, dentro de la cual está comprendida la institución del matrimonio, sin que la Norma Fundamental limite la función legislativa en ese sentido. Se sostuvo que el concepto de matrimonio ha evolucionado y se ha superado su concepción tradicional, y que en la actualidad se reconoce que en él no únicamente cuenta como elemento importante el de la función reproductiva.

Asimismo, se señaló que el artículo 4 de la Constitución Federal no garantiza únicamente la protección constitucional para un solo tipo de familia, integrada por padre, madre e hijos, sino que la prevé para la familia como tal; por ello, constituye un deber del legislador atender a la realidad social para buscar la salvaguardia de todo tipo de familia, misma que en la actualidad puede estructurarse de variadas formas.

En razón de lo anterior, se estimó que no es dable sostener que la protección de la familia sea exclusiva de una determinada forma de ésta, menos aún que se origine exclusivamente del matrimonio entre un hombre y una mujer, pues con ello se excluye y resta valor a las demás.

También es importante señalar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó en esta resolución que el artículo 121 de la Constitución en su fracción IV, establece que los actos del estado civil que se encuentren ajustados a las leyes de una entidad federativa tendrán validez en las demás, lo que implica que todo acto, sea el nacimiento, el reconocimiento de hijos, la adopción, el matrimonio, el divorcio o la defunción, que se registre con observancia de las formalidades que establece la legislación local, tendrá validez en las demás entidades federativas, aún cuando tales actos no se regulen, no lo hagan en forma similar o incluso, lo hagan de manera contraria a los de dichas entidades; ello es así dado que, en atención al régimen federal del país, las entidades federativas tienen facultades residuales en determinadas materias y el Distrito Federal cuenta con prerrogativas expresas

contenidas en el artículo 122 constitucional, al tener la potestad de legislar en materia civil.

En ese sentido se precisó que el artículo 121 constitucional proporciona seguridad jurídica para el reconocimiento y publicidad de los actos del estado civil y permite la armonización de los diversos sistemas normativos que en un régimen federal se presentan.

De esta forma, se determinó que la Constitución Federal no establece un marco específico para el concepto del matrimonio, razón por la cual, en términos del artículo 121 de la propia Constitución, los Estados tienen la libertad conceptual para poder legislar al respecto. Así, la solución de los posibles conflictos que pudiesen presentarse entre la ley impugnada y la normatividad que sobre el matrimonio existe en las entidades federativas, deberá atender a las reglas de competencia y aplicación que contiene el artículo constitucional enunciado.

Independientemente del criterio que condujo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a pronunciarse respecto a la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, previsto en la legislación civil del Distrito Federal, no debemos perder de vista la certeza de lo siguiente:

*Etimológicamente, matrimonio (matrimonium) deriva de las palabras latinas matris (madre) y munium (cargas), que significan cargo, cuidado u oficio de madre. Y es que, en efecto, la madre lleva la parte principal en la gestación, crianza y primera educación de los hijos.¹¹⁸

*En el matrimonio, hombre y mujer se unen no solamente para procrear hijos, sino también para satisfacer sus demás necesidades de vida. Por eso, se dividen los trabajos, se ayudan mutuamente y ponen sus cosas en común. Cada sexo tiene su virtud peculiar, y de este contraste reciben ambos beneficios. La diferencia entre varón y mujer, no es sólo física o corpórea y emotiva, sino además, espiritual; esto supone que hay una riqueza mayor por la diversidad, en la amistad perfecta entre personas de diferente sexo (y diferente virtud) que en la de personas del mismo sexo.¹¹⁹

¹¹⁸ Cfr. Zavala Pérez, Diego H., ob. cit., p. 81.

¹¹⁹ Cfr. Adame Goddard, Jorge, *La Naturaleza y la Justicia del Matrimonio* en “El Derecho de Familia en un Mundo Globalizado”, ob. cit., p. 5.

*Desde la perspectiva de la unión, el matrimonio se distingue de otras uniones por los bienes que quieren los esposos y hacia los cuales dirigen su actuar. Cada uno de los esposos quiere el bien del otro como si fuera su propio bien; cada uno quiere al otro como a sí mismo. La persona de cada uno de los esposos, con sus debilidades y capacidades, se convierte en bien para el otro. Este querer plenamente al otro, incluye lógica y naturalmente el querer su capacidad procreadora, el querer por lo mismo la unión corporal con él, para así llegar a ser, uno y otra, padre y madre. Los hijos comunes constituyen para los esposos nuevos bienes que refuerzan el amor conyugal, enriqueciéndolo con el amor a los hijos comunes. Los hijos potencian el desarrollo personal de cada uno de los esposos al convertirlos en padre o madre; por eso, el amor conyugal no es pleno si falta la apertura a la procreación y por ello también se entiende que la procreación sea un fin o bien del matrimonio.¹²⁰

*Si bien todas las uniones tienen algo en común, ya que se trata en todos los casos de uniones voluntarias entre dos personas, el fin que pretenden los contrayentes en cada una de ellas hace que las obligaciones que contraen sean distintas. Es algo semejante a lo que ocurre con los contratos, en los que si bien todos son acuerdos voluntarios entre dos o más personas, se distinguen según sea el objeto que los contratantes pretenden, y por eso cada contrato tiene un nombre propio (compraventa, arrendamiento, etc.) y un régimen jurídico propio. Así, las uniones entre dos personas, no obstante lo que tengan en común, cabe diferenciarlas dándoles una denominación propia y un régimen jurídico propio. Es tan errado llamar compraventa a todos los contratos, como llamar matrimonio a todas las uniones.¹²¹

*La historia del matrimonio es la historia de la humanidad. Sea que a ésta se le atribuya un origen teológico, o que se le explique en forma materialista, mediante la selección natural y la evolución de las especies, en ambas concepciones el vértice fundamental de la vida humana, es la unión de los dos sexos. Esto significa que el matrimonio es un hecho social común a todos los pueblos, siendo, por tanto, anterior a las formas jurídicas que han tratado de regularlo y de ajustarse a su naturaleza misma.¹²²

¹²⁰ Cfr. Adame Goddard, Jorge, ob. Cit., p. 8.

¹²¹ Idem., p. 18.

¹²² Cfr. Magallón Ibarra, Jorge Mario, ob. cit., p. 109.

Veamos ahora lo que establecen diversos instrumentos jurídicos internacionales con respecto a este tema:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 16 establece:

“1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio...”.¹²³

El artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala:

“...2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello...”.¹²⁴

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José”), en su artículo 17 prevé:

“...2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención...”.

¹²⁵

En el mismo sentido, el artículo 16 de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer:

“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

a) El mismo derecho para contraer matrimonio; ...

¹²³ *Declaración Universal de los Derechos Humanos* en www.ordenjuridico.gob.mx.

¹²⁴ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* en www.ordenjuridico.gob.mx.

¹²⁵ *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, ob. cit.

g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación; ...”.¹²⁶

Y aún cuando no es un tratado suscrito por nuestro país, a manera de referencia citamos también el artículo 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales:

“A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.¹²⁷

Es verdad que el Estado no puede ingresar en el fuero privado de las conciencias de las personas. Tampoco puede ingresar en sus prácticas y elecciones sexuales. Pero esa privacidad ya es respetada y protegida por la ley en la actualidad y desde hace varios años. Distinto es pretender que el Estado redefina la institución del matrimonio, misma que desde su origen ha sido (y fácticamente no puede ser de otra manera) heterosexual.

Los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano y que, por ende, forman parte de su derecho positivo, siempre refieren los derechos humanos a las “personas”. En cambio, al referirse al matrimonio, los tratados internacionales, tal y como lo advertimos en párrafos anteriores, se refieren todos al “hombre y la mujer”. En efecto, los diversos instrumentos jurídicos internacionales que regulan la institución del matrimonio, reconocen el derecho a casarse como un derecho que se ejerce entre un hombre y una mujer. Aunado a ello, es evidente (aún cuando la Suprema Corte haya argumentado lo contrario) que existe una manifiesta oposición entre el matrimonio de personas del mismo sexo en el Distrito Federal y el interés superior de los niños definido en la Convención Sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales de la materia, definición a la que ya nos hemos referido y que en esencia ordena la salvaguarda de su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

Es innegable que la homosexualidad ha existido en toda sociedad. A pesar de haber sido una práctica aceptada en ciertas culturas anteriores al

¹²⁶ *Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer* en www.ordenjuridico.gob.mx.

¹²⁷ *Convenio Europeo Para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* en www.acnur.org.

cristianismo, ni a los griegos ni a los romanos se les ocurrió asimilar la homosexualidad al matrimonio.

También ha quedado constatado a lo largo de la historia que el matrimonio, la familia y la filiación han estructurado la sociedad humana, con la evidencia de una realidad pre-política, puesto que el matrimonio no ha sido una construcción legal, sino que el Estado y la ley sólo han otorgado su protección.

El matrimonio es, ante todo, un factor central de estructuración de la sociedad en torno a un hombre y una mujer que se unen perdurablemente con vistas a acoger a un tercero, el hijo, hacia quien también se comprometen anticipada y públicamente.

El matrimonio es la unión fiel, exclusiva y duradera de hombre y mujer, para la mutua realización personal y para la transmisión de la vida humana. Esta unión responde a la condición sexuada del ser humano, varón y mujer. En tal distinción de los sexos encontramos una riqueza que nos habla del carácter relacional de toda persona, de que no somos seres cerrados en nosotros mismos, sino abiertos al encuentro con el otro, que nos plenifica.

En la dimensión sexual de la naturaleza humana (por la que una persona es hombre o mujer), existe una complementariedad que no es producto de la invención del hombre, sino que está dispuesta por la naturaleza para hacer posible la unión conyugal y la procreación. Así, siendo el hombre y la mujer dos personas individuales y completas, en el orden de la caracterización sexual (virilidad y femineidad) pueden llegar a ser una unidad y un único principio generativo.¹²⁸

Por tanto, al redefinir el matrimonio, se está borrando la riqueza de la diversidad sexual y su complementariedad. Consecuentemente, la mujer o el varón serán prescindibles para la familia.

Por ello, detrás de la afirmación de que el matrimonio puede ser necesariamente entre hombre y mujer, subyace un principio antropológico fundamental: La complementariedad entre lo masculino y lo femenino, que expresa la mutua donación para toda la vida y que, por la garantía que ofrece, es el ámbito propio para la unión sexual, misma que está abierta a la vida.

¹²⁸ Cfr. Alonso Novo, Olimpia, *Matrimonio y Uniones Homosexuales: ¿Asimilar o Distinguir?* en “Panorama Internacional de Derecho de Familia”, ob. cit., p. 462.

El fin del matrimonio es la realización mutua de los cónyuges, la cual está dada por el talento propio que aporta la mujer al hombre y el hombre a la mujer. Tampoco se puede negar que hombre y mujer tienen talentos connaturales a su condición sexual y que sirven para enriquecer la unión.

Todas estas razones son suficientes para demostrar el gran error en que incurrió tanto la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, como la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Y es que, lo reiteramos, es muy válida la exigencia de respeto a las preferencias sexuales que cada persona tenga, como también es válido y necesario que el Derecho se adapte a las nuevas exigencias sociales y otorgue una regulación específica a situaciones que están ocurriendo en el día a día y que generan consecuencias jurídicas, concretamente, ya era tiempo que en la ley se incluyera alguna regulación jurídica con respecto a las personas que, siendo del mismo sexo, deciden hacer una vida en común. Por tanto, identificada esta necesidad social, el legislador debió haber creado alguna institución jurídica ad hoc mediante la cual se le dotara de un marco jurídico apropiado y no tratar de adaptar (eliminando precisamente una de sus peculiaridades más importantes) una institución jurídica ya existente a la situación de hecho en comentario. Y es que en el Distrito Federal, en el año de 2006 ya se había legislado en torno a las relaciones entre personas del mismo sexo, a través de la Ley de Sociedad de Convivencia (y también en Coahuila, con el Pacto Civil de Solidaridad). Por tanto, probablemente hubiera sido mejor, en lugar de implementar el matrimonio entre homosexuales, perfeccionar la llamada Sociedad de Convivencia.

Reiteramos: ¿Por qué la decisión del legislador de consolidar la preferencia sexual entre personas del mismo sexo mediante la figura llamada matrimonio, que gramaticalmente significa calidad o carga de la madre, y no conformarse con perfeccionar la Sociedad de Convivencia, con igualdad o similitud de derechos y obligaciones que aquél, pero respetando también las diferencias que lleva implícita su preferencia sexual?

En el caso concreto, podría haberse seguido la fórmula aristotélica de dar trato igual a los iguales y desigual a los desiguales, sin que ello implicara discriminación alguna, sino por el contrario, reconocer que se trata de relaciones entre dos personas del mismo sexo con diferencias sustanciales en

sus funciones biológicas y reproductivas y su ubicación en el contexto social, siendo la principal el origen y fundamento de la familia nuclear estimada como el modelo tradicional e ideal que se debe perseguir en la educación y subsistencia de las familias mexicanas, sin perjuicio de respetar los derechos de otros individuos con una preferencia sexual diferente, incluso, brindarles todas las garantías necesarias para su protección social y algunas propias del matrimonio, pero dejando incólume la institución social que ha servido como ejemplo de procreación, formación y socialización de los hijos, aún con las carencias propias de una sociedad con insuficientes políticas públicas y condiciones socioeconómicas que la han venido deteriorando, y que desde luego podrían empeorar con el nuevo modelo de familia aprobado, el cual debería haber sido materia de singular regulación.¹²⁹

En realidad no debería cuestionarse tanto el nombre dado a la unión, sino el cúmulo de derechos que se le reconozca en su constitución, que bien podrían haber quedado comprendidos en la ya aprobada Sociedad de Convivencia, incorporándola al Código Civil, como sucede en Coahuila, incluso que en dicho ordenamiento se le considerara como un estado civil, es decir, serían “casados por sociedad en convivencia”, sin que ello implicara inferir la existencia de instituciones de primera o de segunda clase, como en su momento pretendieron hacerlo ver los simpatizantes de la reforma, sino simple y llanamente lo que son, es decir, “igualmente diferentes”, situación que acontece con el hombre y la mujer, en cuanto a que constitucionalmente son iguales, pero la naturaleza biológica femenina impone ciertas leyes “diferentes” para lograr la igualdad social, verbigracia, la licencia de maternidad, o sea, se da trato desigual a desiguales para colocarlos en una posición de igualdad social, lo que da pauta a la llamada perspectiva de género.¹³⁰

Cabe advertir que sería un error considerar que el hecho de no aceptar el matrimonio entre personas del mismo sexo es una actitud homofóbica, ya que se puede combatir la homofobia (entendida como aversión por los homosexuales conducente a ataques contra sus personas) y estar al mismo tiempo en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo, por la sencilla

¹²⁹ Cfr. Tenorio Godínez, Lázaro, *Matrimonio entre Homosexuales y Adopción de Hijos. Paradigmas por Resolver* en “Lex”, 4ª. Época, año XIV, Editora Laguna, México, marzo 2010, p. 46.

¹³⁰ Idem.

razón de que la institución matrimonial no atiende a las preferencias sexuales de los contrayentes, sino a la dualidad de sexos, condición sine qua non para la procreación y, por tanto, para la continuidad social.¹³¹

Retomando el ejemplo que citábamos párrafos atrás con relación a la diferenciación jurídica entre los diversos contratos, reflexionemos en lo siguiente: Para que una persona pueda vender un inmueble, debe ser propietario de aquél. Si no lo es, no puede venderlo. En principio, esta situación podría ser considerada discriminatoria, ya que sólo pueden vender aquellos que son poseedores de un título de propiedad y sólo ellos, podrían beneficiarse del pago del precio que acuerden con el comprador. A pesar de la evidente discriminación, nunca un grupo de desposeídos ha invocado el principio de igualdad de las personas ante la ley para que se les conceda el derecho a vender inmuebles como hace la ley con los propietarios, en quienes reconoce una aptitud para realizar el acto jurídico respectivo. Se trata pues, de una discriminación justa. El derecho distingue diferentes tipos de contratos que no se confunden entre sí aunque tengan algunos elementos en común, por ejemplo, la compraventa, el arrendamiento y el comodato. Tampoco es conocido el caso de alguien que invoque el principio de no discriminación e igualdad de las personas ante la ley para exigir que su contrato de arrendamiento sea considerado compraventa o viceversa, por el hecho de tener en común la existencia de un inmueble. Así, nunca se ha pretendido eliminar la distinción existente entre esos contratos y tal distinción lejos de considerarse discriminación injusta, es aceptada socialmente porque aporta seguridad jurídica en las relaciones contractuales. De igual manera, la exigencia de la aptitud nupcial para poder contraer matrimonio, tampoco tiene por qué ser considerada una discriminación injusta, ni su distinción con relación a otras posibles figuras jurídicas o situaciones de hecho, aunque estas últimas puedan contener algún elemento que sea común al matrimonio como podría ser la cohabitación.¹³²

No debemos perder de vista que el fundamento de la regulación y protección jurídica del matrimonio, es el beneficio objetivo que de él recibe la sociedad, no simplemente el ejercicio de libertad que supone. No todo tipo de

¹³¹ Cfr. Alonso Novo, Olimpia, ob. cit., p. 465.

¹³² Idem, p.p. 465-466.

relación entre personas libres tiene la misma trascendencia social. Por ello, a nadie se discrimina cuando a su relación el derecho no la considera matrimonio, si no lo es.

Todas las grandes culturas del mundo han dado al matrimonio y a la familia un reconocimiento institucional específico. La relevancia pública del matrimonio no se funda en que sea una cierta forma institucionalizada de amistad o de comunicación humana, sino en su condición de estado de vida estable que, por su propia estructura, propiedades y finalidades, aceptadas libremente por los cónyuges, desempeña una función esencial a favor del bien común: Orden de las generaciones, supervivencia de la sociedad, educación y socialización de los hijos. Esta función social de relevancia jurídica pública no la pueden desempeñar en forma íntegra las uniones entre personas del mismo sexo, que de ninguna manera pueden ser consideradas células fundamentales de la sociedad. Con todo, como decía Aristóteles, además de las cosas justas por naturaleza, hay cosas justas por conveniencia legal. Admitiendo que los matrimonios entre personas del mismo sexo no sean aptos para desempeñar la función social que, por la misma naturaleza de las cosas desempeña la unión matrimonial entre un hombre y una mujer, cabe subrayar que el Estado posee la legítima facultad de crear nuevas figuras legales o de modificar las existentes, aunque como lo dijimos en otro momento, esta facultad tiene sus límites.¹³³

Las consecuencias de todo esto que hemos venido comentando y, en particular, de los matrimonios entre personas del mismo sexo recientemente incluidos en la normatividad civil del Distrito Federal, indudablemente que encuentran un punto de contacto con los principios generales del Derecho Familiar que hemos venido analizando en la presente investigación, concretamente con el del orden público y el del interés superior del menor. Aún cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya determinado que dicha reforma es constitucional, es precisamente a la luz del artículo 121 de nuestra Ley Suprema donde tendrán cabida múltiples conflictos, pues si bien es cierto que, como lo enfatizó la Corte, en virtud del régimen federal los actos del estado civil de las personas ajustados a las leyes de un Estado, tendrán validez

¹³³ Cfr. Alonso Novo, Olimpia, ob. cit., p. 467.

en todos los demás, en este caso, el matrimonio entre dos personas del mismo sexo que se hubiere celebrado en el Distrito Federal, será válido en las demás entidades federativas de nuestro país, también es cierto que dicho matrimonio será atentatorio del orden público de dichas entidades, pensando en la hipótesis de un cambio de residencia de la pareja. Y algo similar sucedería incluso si la pareja decidiera o tuviera la necesidad de cambiar su residencia a algún país cuyo orden público conserve la regulación jurídica de los matrimonios heterosexuales (que son casi la mayoría).

2.3. La adopción homoparental.

En virtud de la adopción, se acoge como hijo a quien naturalmente no lo es; se establece, generalmente, el vínculo denominado “filiación civil”.¹³⁴

Tal y como lo mencionamos en el apartado anterior, Holanda, Bélgica, Canadá, España e Inglaterra fueron los primeros países que autorizaron los matrimonios entre personas del mismo sexo. Concretamente, Holanda fue el primer país del mundo en autorizar dichas uniones, así como la adopción homoparental de niños nacidos en ese país. Ha sido la Ley 10, del 21 de diciembre de 2000, de adopción por personas del mismo sexo, la que ha reformado el libro I de su Código Civil, al admitir la posibilidad de que las parejas homosexuales puedan adoptar conjuntamente, si cumplen con los tres requisitos que se exigen: Llevar, al menos, tres años de convivencia; un periodo de prueba de un año antes de la adopción definitiva, durante el cual se realizará un seguimiento psicosocial; el adoptado ha de ser nacido en Holanda. Cabe señalar que ya desde abril de 1999 se había incorporado al derecho holandés, dentro de la Ley de convivencia registrada, la posibilidad de que el conviviente homosexual pudiera adoptar al hijo del otro conviviente, con la aceptación expresa del otro progenitor biológico. En España y en Canadá también se permite la adopción de niños nacionales por parte de parejas del mismo sexo, pero donde la cuestión en materia de adopción va más allá es en Bélgica, segundo país en el mundo en permitir los matrimonios entre personas del mismo sexo, y en donde fue aprobada una ley que establece que las

¹³⁴ Cfr. Zavala Pérez, Diego H., ob. cit., p. 289.

personas del mismo sexo que estén casadas o que convivan podrán adoptar niños belgas o extranjeros al igual que lo hacen las parejas heterosexuales. Suecia, otro país que se une a la reglamentación de matrimonios entre personas del mismo sexo, admite en la actualidad la posibilidad de la adopción internacional. En Inglaterra, a partir de marzo de 2005 se pueden casar las personas del mismo sexo, pero la adopción a dichas parejas fue autorizada desde noviembre de 2002; en efecto, en Inglaterra y Gales la Ley de Menores y de Adopción permite la adopción incluso a parejas que no estén casadas, aún si sus miembros son del mismo sexo.¹³⁵

En lo concerniente a nuestro sistema jurídico, como ya lo hemos anunciado, la innovación legislativa de diciembre de 2009 a que nos referimos en el apartado anterior, no sólo comprendió el matrimonio entre personas del mismo sexo, que era la idea original, sino que fue mucho más allá, al autorizar tácitamente la adopción de hijos en igualdad de circunstancias que las parejas heterosexuales, pues si bien, sólo se modificó el numeral 146 del Código Civil para el Distrito Federal, suprimiendo la calidad de hombre-mujer para contraer matrimonio, también lo es que al referirse sólo a dos personas en sentido amplio, automáticamente todos los derechos que anteriormente habían sido reservados al matrimonio heterosexual, se aplican a las parejas homosexuales, entre ellos, evidentemente, la adopción. De ahí que incluso, seguramente para evitar interpretaciones incorrectas, el numeral 391 del Código Civil, relativo a la adopción, se volviera a publicar íntegramente, corroborando la nueva vigencia, numeral que establece:

“Los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de ellos cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años de edad cuando menos. Se deberán acreditar, además, los

¹³⁵ Cfr. González Martín, Nuria, *Un Acercamiento a las Nuevas Estructuras Familiares: La Adopción Homoparental* en “El Derecho de Familia en un Mundo Globalizado”, ob. cit., p.p. 79-80.

requisitos previstos en las fracciones del artículo anterior”.

136

Ahora bien, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante su resolución a la acción de inconstitucionalidad que comentábamos en el apartado anterior, determinó que la reforma efectuada al artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal otorgó un nuevo alcance al artículo 391 del mismo ordenamiento, con lo cual se permitió la adopción para matrimonios contraídos entre personas del mismo sexo, cuando antes se constreñía a uniones de distinto sexo.

De esta forma se estableció que, si bien el artículo 391 fue publicado en el decreto de reforma en los mismos términos que guardaba antes de dicha publicación, sí se produjo un acto legislativo nuevo en la medida en que sus alcances fueron modificados como resultado del nuevo texto del artículo 146 reformado.

Por lo que respecta a la constitucionalidad del artículo 391 del Código Civil para el Distrito Federal, el que en relación con el 146 del mismo ordenamiento, faculta la adopción por parte de matrimonios conformados por personas del mismo sexo, se determinó que no existen argumentos sólidos que desde el punto de vista constitucional pudiesen acreditar que la reforma impugnada fuese inconstitucional y apartada de los principios, valores, derechos y texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Asimismo, se hizo hincapié en que la resolución de este tema debía hacerse destacando el principio del interés superior del niño, y en tal sentido, se puntualizó que es compromiso del legislador, por un lado, y del juez correspondiente, garantizar que el procedimiento para autorizar la adopción atienda al pleno respeto de los derechos de la niñez y asegure su mejor opción de vida, sin distinguir respecto de la orientación sexual de la mujer o del hombre solteros solicitantes, o de los matrimonios conformados por personas heterosexuales o del mismo sexo.

Según el criterio de la Corte, la orientación sexual constituye sólo una forma de expresión de la naturaleza humana, mas no un elemento que afecte la calidad de una persona y de ahí su calidad de padres. En dicho sentido, se

¹³⁶ *Código Civil para el Distrito Federal*, ob. cit., p. 63.

determinó que la Constitución Federal consagra el principio de igualdad y prohíbe toda discriminación.

De esta manera, el Pleno de la Corte determinó la validez del artículo 391 del Código Civil, incluido en las reformas efectuadas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal a dicho ordenamiento legal.

Veamos qué establecen los tratados internacionales en materia de adopción: Primeramente, la Convención Sobre los Derechos del Niño prevé la figura de la adopción en su artículo 20:

“1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, a cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

2. Los Estados partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.

3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”.¹³⁷

Ya propiamente referido a la adopción, el artículo 21 dispone lo siguiente:

“Los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

a) Velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la

¹³⁷ *Convención Sobre los Derechos del Niño*, ob. cit.

información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario; ...

c) Velarán porque el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardas y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;...”.¹³⁸

Ahora bien, la Convención Sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, de 29 de mayo de 1993, establece en su artículo 1 su objeto:

“La presente Convención tiene por objeto:

a) Establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho Internacional...”.¹³⁹

Otro artículo de gran importancia, es el 24, el cual establece lo siguiente:

“Sólo podrá denegarse el reconocimiento de una adopción en un Estado contratante si dicha adopción es manifiestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño”.¹⁴⁰

Adicionalmente, cabe señalar que en 1986 fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Declaración Sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional, la cual contiene un apartado relativo a la

¹³⁸ *Convención Sobre los Derechos del Niño*, ob. cit.

¹³⁹ *Convención Sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional*, ob. cit.

¹⁴⁰ *Idem.*

adopción de menores. Dentro del preámbulo de esta Declaración, se señala expresamente que en todos los procedimientos de adopción y colocación en hogares de guarda, los intereses del niño deben ser la consideración fundamental. El artículo 1º establece que:

“Todos los Estados deben dar alta prioridad al bienestar de la familia y del niño”.¹⁴¹

Complementariamente, el artículo 2 dispone:

“El bienestar del niño depende del bienestar de la familia”.¹⁴²

Otro artículo de importancia, es el 5, mismo que dice a la letra:

“En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental”.¹⁴³

Además, el artículo 16 establece que:

“Antes de la adopción, los servicios u organismos de bienestar del niño deberán observar la relación entre el niño que vaya a ser adoptado y los futuros padres adoptivos...”.¹⁴⁴

Habiendo revisado la normatividad internacional, retomemos el análisis de la situación que impera en el Distrito Federal. Pensemos, por ejemplo, en una pareja homosexual que ha contraído matrimonio válidamente en el Distrito Federal y ha conseguido adoptar un menor, pero que por situaciones de trabajo se ha tenido que trasladar a otra entidad de la República (verbigracia, Jalisco). Evidentemente, que tanto el matrimonio y la adopción, como actos del estado civil válidamente celebrados de conformidad con la legislación vigente del Distrito Federal, serán reconocidos. Pero, ¿a caso el menor no será objeto de trato discriminatorio por parte de la gente con la que necesariamente tenga que convivir o interactuar? La consecuencia lógica será que su desarrollo distará

¹⁴¹ *Declaración Sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional* en www.ordenjuridico.gob.mx.

¹⁴² *Idem.*

¹⁴³ *Idem.*

¹⁴⁴ *Idem.*

mucho del sano desarrollo consagrado a manera de garantía en nuestra Constitución.

Así pues, nos encontramos ante un paradigma difícil de resolver: El reconocimiento del derecho de preferencia sexual para evitar la “discriminación” de esas uniones del mismo sexo, a través del matrimonio, concubinato y la adopción, o bien, la postura contraria que alega el interés superior de los menores que podrían resultar igualmente “discriminados”, por el hecho de pertenecer a una familia diferente a la nuclear o tradicional, generando confusión y perjuicio en el desarrollo de su personalidad con consecuencias lamentables a corto, mediano o largo plazo.¹⁴⁵

Debemos considerar que, muy probablemente, los hijos no estarán salvos de verse estigmatizados ante un acta de nacimiento donde aparezcan los nombres de sus dos “padres” o sus dos “madres”.

Sin duda alguna, el aspecto más cuestionado de la multicitada reforma, es esta posibilidad que existe para matrimonios o concubinos del mismo sexo, de conformar una familia a través de la adopción, que según lo han afirmado los expertos, podría resultar poco edificante en la formación de los infantes, ante el riesgo que implica crecer en un ambiente ajeno a la realidad cultural de nuestro país, alterando las características de su personalidad, al observar que las personas cercanas a ellos y que más aman, respetan y admiran, tienen costumbres o hábitos que deben ser reproducidos, lo cual no sería muy loable para la sociedad, pues se trata de una relación que desalienta la conformación del modelo ideal de familia, que como ya lo mencionábamos, lleva implícita la posibilidad de la procreación.

En efecto, expertos en el tema afirman que el ser humano aprende de sus cuidadores desde muy pequeño gracias a la imitación y a través del intercambio afectivo. Por ejemplo, muchos de los juegos de la infancia se nutren de una serie de informaciones y vivencias que surgen de los roles familiares. Si se observa a los niños a partir de los dos años, se puede ver que juegan a las mamás y a los papás: Es un indicio de sus propias experiencias. Reproducen con el muñeco-hijo el modo en que se relacionan con sus padres. Repiten palabras y actos importantes con los que se dirigen a él (cómo se

¹⁴⁵ Cfr. Tenorio Godínez, Lázaro, *Matrimonio entre Homosexuales y Adopción de Hijos. Paradigmas por Resolver*, ob. cit., p. 44.

acarician, el tono de voz con que le hablan, si le cantan, si lo abrazan, cómo lo atienden. Los niños necesitan identificarse a lo largo de su vida con sus propios padres, asimilar algunos de sus rasgos o atributos e incorporarlos como modelos. La identificación es un proceso normal y necesario para la construcción de la personalidad. Para asumir la maternidad y la paternidad, los modelos que se interiorizaron desde la infancia vuelven a cobrar vital importancia.¹⁴⁶

En efecto, a menudo olvidamos que los hijos aprenden los valores de lo que los padres son, no de lo que dicen, de manera que eso que quieren que su hijo sea, deben serlo ellos primero.¹⁴⁷

En la explicación freudiana del desarrollo de la identidad sexual, destaca la importancia de la identificación: El niño se identifica con el progenitor del mismo sexo, como resultado del conflicto edípico y adopta el comportamiento típico sexual y actitudes de ese progenitor; empieza a preferir los juguetes y las actividades asociadas con su propio sexo, antes de haberse enterado de las diferencias genitales. Los teóricos del aprendizaje social, insisten en que a través del reforzamiento diferencial del uso apropiado de rótulos y de la imitación del comportamiento de los adultos de un determinado sexo, se enseñan al niño su papel sexual y su comportamiento. La teoría del desarrollo cognoscitivo realza la importancia del primer descubrimiento por parte del niño, de que el género es una característica permanente. El niño no posee una clara noción del papel sexual antes de haber llegado a cierto nivel cognoscitivo, después del cual imita a los adultos del mismo sexo y adopta comportamientos y aptitudes apropiadas a su sexo.¹⁴⁸

Además, una consideración importantísima e indudable, es que la madre prepara desde el embarazo la formación moral de su hijo. Las cargas físicas, el embarazo, el alumbramiento y la lactancia son roles exclusivos de la ella.¹⁴⁹

Por todo lo anterior, la adopción homoparental es un tema que exige un serio análisis, puesto que lleva implícita la cuestión del interés superior del menor, cuestión que en este caso en particular exige prevenir los daños

¹⁴⁶ Cfr. Vargas, Ricardo y Verónica Bronstein, *Niños Felices*, editorial Pérez Galdos, Barcelona, España, 2001, p. 21.

¹⁴⁷ Cfr. Chávez Martínez, Martha Alicia, *Tu hijo, tu espejo*, Grijalva, México, 2009, p. 63.

¹⁴⁸ Cfr. Bee, Helen, ob. cit., p.p. 315-316.

¹⁴⁹ Cfr. De Ibarrola, Antonio, *Derecho de Familia*, quinta edición, Porrúa, México, 2006, p. 66.

emocionales irreversibles a los hijos de matrimonios o concubinatos entre personas del mismo sexo, más aún cuando muchas de las conductas desplegadas por el ser humano se realizan inconscientemente, es decir, aún cuando se pretenda simular el comportamiento original, siempre existirá la posibilidad de que el lenguaje corporal y otras evidencias reflejen la verdadera identidad de las madres y padres educadores, pudiendo ser discordantes con el rol sexual aceptado socialmente para los hijos, lo cual de alguna manera los expondría a la discriminación, situación que (como lo advertimos en el apartado de la reasignación para la concordancia sexo-genérica) se podría agravar con el levantamiento del acta de nacimiento donde aparezcan los nombres de los dos padres o de las dos madres, fomentando estigmas que pudieran dañar su desarrollo mental, físico, espiritual, moral y social.

Al respecto, es conveniente interpretar el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no sólo a conveniencia de los adultos, sino tal vez con mayor énfasis a favor de los menores¹⁵⁰. Veamos lo que establece dicho numeral:

“Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, **las preferencias**, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.¹⁵¹

Como ya lo señalamos anteriormente, en lo concerniente a la salud, respeto y ejercicio pleno de los derechos de los menores, el artículo 4º de nuestra Ley Suprema ordena que:

“Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral...”.¹⁵²

¹⁵⁰ Cfr. Tenorio Godínez, Lázaro, *Matrimonio entre Homosexuales y Adopción de Hijos. Paradigmas por Resolver*, ob. cit., p. 48.

¹⁵¹ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, ob. cit., p. 1.

¹⁵² *Idem*, p. 4.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar esos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

Paralelamente, el artículo 2.2 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, prevé:

“Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido **contra toda forma de discriminación** o castigo **por causa de la condición**, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias **de sus padres**, o sus tutores o de sus familiares”.¹⁵³

Y como también ya lo precisamos, el artículo 20.3 de la misma Convención, en su parte conducente precisa:

“...Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, **cultural** y lingüístico...”.¹⁵⁴

En lo referente al respeto a la realidad social y cultural que debe preservarse en la niñez, el artículo 29 del mismo instrumento jurídico internacional ordena:

“...c) Inculcar al niño el respeto a sus padres, **de su propia identidad cultural**, de su idioma y sus valores, **de los valores racionales del país en que vive**, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya...”.¹⁵⁵

Tomando en cuenta lo dispuesto por los ordenamientos jurídicos referidos, surge inevitablemente la necesidad de plantearnos infinidad de preguntas, entre las que destacan las siguientes:

¿Acaso no se corre el riesgo de discriminar a los hijos a consecuencia de la preferencia sexual de los padres adoptivos homosexuales? ¿El modelo de familia en el que crecerán los menores estará exento de generarles

¹⁵³ *Convención Sobre los Derechos del Niño*, ob. cit.

¹⁵⁴ *Idem.*

¹⁵⁵ *Idem.*

vergüenza, exclusión, marginación y confusión de su personalidad? ¿Los hijos resistirán la tentación de seguir la tendencia sexual de los padres o madres adoptivos homosexuales? ¿Existen en el Distrito Federal los modelos educativos necesarios para generar respeto a esa diversidad sexual? ¿En qué medida puede resultar afectada la dignidad, la salud y el pleno ejercicio de los derechos de los menores, ante la posibilidad de que sufran un trastorno de personalidad y de que no puedan desarrollarse de acuerdo a su sexualidad original? ¿Existen insuficientes parejas heterosexuales adoptantes, de manera que se justifique la necesidad de permitir a los menores proveerles de padres homosexuales? ¿La adopción es un derecho de los padres, de los hijos o de ambos? ¿Ante la inconformidad personal o familiar, los hijos podrían solicitar la revocación de la adopción para evitar posibles daños en su identidad, cultura y valores? Para estar en aptitud de responder estas interrogantes, primero habría que definir si estamos convirtiendo el derecho en factor de cambio social, sin contar con políticas públicas adecuadas para prevenir la discriminación a la que muy probablemente se verán sometidos los hijos que pagarán el costo de vivir bajo esa nueva modalidad de familia, al menos en las primeras generaciones, en tanto se genera la cultura del respeto a esa diversidad sexual.¹⁵⁶

Sin lugar a dudas, lo reiteramos, deben respetarse los derechos de las personas con tendencia homosexual, brindarles todas las garantías necesarias para su protección social, algunas de ellas propias del matrimonio, pero con sus respectivas diferencias derivadas de la naturaleza biológica reproductiva, sin que precisamente quedaran comprendidas bajo esa institución. De cualquier manera, insistimos, los hijos no deben ser discriminados en razón de la preferencia sexual de los adultos adoptantes homosexuales, ni verse expuestos a experimentar conflictos en su desarrollo y personalidad.

Mucho se ha dicho que es preferible haber aprobado la adopción de menores por parte de homosexuales, a que éstos permanezcan institucionalizados en internados o casas de asistencia. Consideramos que este argumento no es del todo válido, pues si bien es cierto que los menores se verán beneficiados con el derecho a recibir una pensión alimenticia, nombre y hasta herencia, es decir, ciertos privilegios esencialmente materiales, también

¹⁵⁶ Cfr. Tenorio Godínez, Lázaro, *Matrimonio entre Homosexuales y Adopción de Hijos. Paradigmas por Resolver*, ob. cit., p. 49.

lo es que los daños emocionales a que probablemente se verán expuestos, podrán resultar irreparables.

Es muy importante subrayar la necesidad de que el juzgador ante quien se tramite la adopción, sea altamente cuidadoso en cerciorarse por todos los medios posibles, especialmente con estudios psicológicos, médicos, socioeconómicos, e inclusive, el diálogo con los propios menores, sobre el mayor beneficio para éstos.

Reiteramos que, si bien es cierto que nadie debe ser discriminado con motivo de su preferencia sexual, también lo es que la ley debe buscar el mayor beneficio social sin causar perjuicio a terceras personas, en el caso que nos ocupa, a los menores susceptibles de ser adoptados por matrimonios o concubinatos del mismo sexo, pues de acuerdo con la mayoría de los especialistas, el hogar se convierte en el principal centro de enseñanza para los hijos, desde la llamada educación generacional, lo que se logra en gran parte a través de un proceso educativo de imitación y reproducción de los modelos de conducta y valores que se perciben en la familia.

Con base en lo anterior, podemos afirmar válidamente que ante el conflicto de intereses entre la no discriminación de los adultos con motivo de su preferencia sexual y la discriminación de los hijos con motivo de la adopción homoparental, debería atenderse al interés superior de los menores consagrado en nuestra Constitución federal, en la Convención Sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos jurídicos tanto nacionales como internacionales. Aunado a ello, cabría atender también a lo ordenado por el artículo 20 del Código Civil del Distrito Federal:

“Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios...”.¹⁵⁷

Si legislar supone, en cierto modo, trasladar al Derecho la conciencia y los valores de la sociedad, en un determinado momento, parece claro que los sujetos, las pautas y las condiciones idóneas generales para la adopción deben ser establecidas por lo que la sociedad entiende y percibe como más conveniente para la protección de los intereses del menor, en este caso el

¹⁵⁷ *Código Civil para el Distrito Federal*, ob. cit., p. 3.

derecho del menor a tener una familia. Paralelamente, la administración competente debe examinar, con el mayor rigor posible, toda adopción antes de concederla, y debe velar en todo momento por el interés superior del menor, por los derechos del menor adoptado, considerando todos aquellos elementos que indiquen la idoneidad de los adoptantes para educar debidamente a dichos menores carentes de familia. La idoneidad de quienes pretenden adoptar un menor y sus capacidades para atender adecuadamente las necesidades de niños y niñas, tiene que ver con la aptitud de estas personas para ser adecuadas figuras de apego, que es uno de los roles esenciales en la relación cuidador-niño y una de las claves en el desarrollo psicológico, por lo que este es un aspecto que merece una especial atención.¹⁵⁸

Al regular una institución, en muchas ocasiones, el legislador no puede hacerlo con total libertad. Se limita a recoger las figuras que existen y procura ordenar las relaciones de justicia que de ahí emanan. Ciertamente, al regularlas puede innovar, pero si al hacerlo altera aspectos que son esenciales a la institución, entonces, dejaríamos de estar ante la institución que originó la legislación, para encontrarnos con otra distinta (tal vez necesaria y legítima), pero lo que no se puede olvidar, es que la institución que originó la legislación, seguiría existiendo y estando necesitada de que el derecho reconozca las relaciones de justicia que de ella surgen. Con la ampliación de la definición legal de matrimonio en algunos ordenamientos jurídicos para acoger en ella las uniones homosexuales, el matrimonio civil aparece en la actualidad como una institución “reinventada” por el legislador. Mediante la acción legislativa, el matrimonio ha sido vaciado de elementos esenciales de su concepción original, y se le ha hecho receptor de otros que le eran completamente ajenos.¹⁵⁹

Por todo ello, es sumamente importante la intervención de especialistas en la valoración de la idoneidad de quienes pretender adoptar un menor, puesto que la institución de la adopción tiene por objeto ofrecer a menores que no están insertos en un núcleo familiar, por diversas razones, la oportunidad de que puedan vivir y educarse en el seno de una familia que les dé amor, protección y los cuidados necesarios para su sano desarrollo. En suma, desde nuestro punto de vista, la adopción debe ser considerada como una institución

¹⁵⁸ Cfr. González Martín Nuria, ob. cit., p. 86.

¹⁵⁹ Cfr. Alonso Novo, Olimpia, ob. cit., p. 460.

creada preeminentemente en beneficio del menor y no de los padres adoptantes, o quienes pretender serlo.

Con base en todas las consideraciones vertidas en este apartado, la adopción homoparental, al igual que la reasignación para la concordancia sexo-genérica y el matrimonio entre personas del mismo sexo, a pesar de representar grandes logros legislativos, y a pesar de que nuestro máximo tribunal se haya pronunciado a favor de su constitucionalidad, poseen muchos puntos que entran en colisión con los principios generales del Derecho Familiar, principalmente el de orden público y el del interés superior del menor y la familia, situación que ineludiblemente nos remite al complejo tema de la justicia, complejidad que adquiere incluso una importancia mayor en esta materia y que abordaremos en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO 3: Hacia una verdadera justicia en materia Familiar.

La misión esencial del Estado consiste en proteger las instituciones que favorecen el desarrollo de los hombres y crear las que exige el bien común. La familia está en la primera línea de las instituciones que el Estado debe proteger. Y éste es un camino que inevitablemente nos conduce al tema de la justicia.

El término Justicia es una de las palabras más difíciles de definir, y así lo ha sido desde tiempos inmemoriales. Filósofos, juristas, teólogos y escritores en general, han tratado de construir un concepto en torno a ella, pero ninguno ha adquirido el carácter de universal; sin embargo, se han establecido los lineamientos que han sido generalmente aceptados como sus notas distintivas.

Los romanos representaron a la justicia mediante la diosa Themis, misma que se presenta con el aspecto de una mujer empuñando en lo alto la espada de la ley, sosteniendo con la otra mano la balanza de la equidad y permaneciendo con los ojos vendados en señal de imparcialidad, dispuesta a dejar caer la fuerza de la espada sobre quien trate de desequilibrar la balanza, no viendo las particularidades del individuo.

Respecto a la interrogante ¿Qué es la Justicia?, Kelsen afirmó que no ha habido pregunta alguna que haya sido planteada con más pasión, no hubo otra por la que se haya derramado tanta sangre y lágrimas, como por ésta; y no ha habido pregunta alguna acerca de la cual hayan meditado con mayor profundidad los espíritus ilustres, desde Platón a Kant. No obstante, ahora como entonces, carece de respuesta.¹⁶⁰

La mayoría de los autores consideran a Aristóteles el máximo exponente de la teoría filosófica de la justicia, cuya esencia consiste en dar trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales, respecto de las cargas y bienes distribuibles del bien común, de acuerdo al mérito de cada persona. La primera hipótesis corresponde a la llamada justicia conmutativa o retributiva, que regula las relaciones entre personas colocadas en un plano de igualdad, tratándose de transacciones privadas. La segunda corresponde a la justicia distributiva, misma que se refiere al otorgamiento de las riquezas comunes, atendiendo a la

¹⁶⁰ Cfr. Kelsen, Hans, *¿Qué es la Justicia?*, sexta edición, Fontamara, México, 2008, p. 8.

razón que guarden entre sí las aportaciones particulares, esto es, tratando de manera desigual a los desiguales para situarlos en un plano de igualdad social de acuerdo a sus atributos y desventajas.

Del término *ius* deriva el de *iustitia*, a la que Ulpiano definió como “la voluntad firme y constante de dar a cada quien lo suyo” (*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*). Ambos términos, que etimológicamente tienen la misma raíz, están íntimamente ligados ya que el *ius* tiende siempre a la realización de la justicia (*iustitia*) y el objeto de la *iustitia* es el propio Derecho (*ius*).¹⁶¹

La justicia es un referente de rectitud que gobierna la conducta y nos constriñe a respetar los derechos de los demás.

La justicia es, también, un valor y el fin primordial del Derecho. En este sentido, Norberto Bobbio la definió como un conjunto de valores, bienes o intereses para cuya protección o incremento los hombres recurren a esa técnica de convivencia a la que llamamos Derecho.

Por su parte, el jurista y filósofo alemán Radbruch considera que la justicia conmutativa representa la igualdad absoluta entre una prestación y una contraprestación, verbigracia, entre el daño y la reparación; en tanto que la justicia distributiva preconiza la igualdad proporcional en el trato dado a diferentes personas, por ejemplo, el reparto entre ellas de los tributos fiscales con arreglo a su capacidad tributaria. Por tanto, la justicia conmutativa presupone la existencia de dos personas jurídicamente equiparadas entre sí; la justicia distributiva presupone tres partes: Una colocada en un plano superior y que impone cargas o confiere beneficios a dos o más subordinados a ella.¹⁶²

Por lo tanto, la realización de la justicia exige que dos situaciones en las cuales las circunstancias relevantes son las mismas, sean tratadas en forma idéntica, de manera que tratar a hombres iguales, en circunstancias iguales, de modo igual, es el primero y más importante de los mandamientos de la justicia. Pero este mandamiento implica también que **hombres y situaciones**

¹⁶¹ Cfr. Morineau Iduarte, Marta y Román Iglesias González, *Derecho Romano*, tercera edición, Harla, México, 1993, p.p. 30-31.

¹⁶² Cfr. Radbruch, Gustav, ob. cit., p. 31-32.

desiguales sean tratados desigualmente¹⁶³. Esta última parte la resaltamos, porque la retomaremos en el último apartado del presente capítulo.

Con base en todo lo anterior, podemos aseverar que en la justicia distributiva si bien todos los seres humanos somos por esencia iguales, existen diversos aspectos que nos hacen diferentes (capacidad física, intelectual, emocional, económica, cultural), que ameritarán que en una relación de dos personas desiguales, una tercera persona (el Estado), a través de sus diversos órganos e instituciones les brinde un trato acorde a sus circunstancias particulares, que subsane las causas y consecuencias que provocan la desigualdad en los procesos judiciales, procurando el mayor equilibrio posible entre los peticionarios, a fin de llegar al conocimiento real de las diferencias planteadas.

Tomando en cuenta las diversas teorías en torno a la justicia que hemos comentado de manera breve, nos queda claro que el Derecho Familiar, dada la especial naturaleza de las relaciones personales que convergen, por lo general, se encuentra orientado hacia un sistema de justicia de orden distributivo, pues cada miembro del núcleo familiar desempeña un papel muy distinto, y en esa medida merece un trato desigual para colocar a todos en un mismo plano, tomando como punto de referencia sus características individuales (sexo, edad, capacidades, necesidades, posibilidades, entre otras).

En conclusión, si bien es cierto que, de entrada, podríamos afirmar que por razón de dignidad, todos los seres humanos somos iguales y por tal razón, merecemos un trato similar; también lo es que, para estar en aptitud de saber si en determinada circunstancia o relación se debe dar a las personas involucradas un trato de iguales o desiguales, es necesario emitir un juicio de valor, a fin de definir si las desigualdades existentes entre ellos son jurídicamente relevantes; si así lo fuere, lo oportuno y justo sería optar por el trato desigual, con tal de “equilibrar” la relación. Por tanto, corresponde al juzgador, en cada caso concreto, velar por una verdadera igualdad entre las partes (igualar las desigualdades).

“No hay que confundir el respeto a las personas y a su libertad individual, con la equiparación jurídica de todos los posibles ejercicios de esa

¹⁶³ Cfr. Bodenheimer, Edgar, *Teoría del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, p.p. 54-55.

libertad. Lo prescrito por el Derecho no es la discriminación (es decir, la distinción), sino la discriminación injusta. A nadie se ofende si se trata de modo jurídicamente desigual lo que es distinto. Por el contrario, se ofendería a la justicia tratando de igual forma lo que es desigual".¹⁶⁴

Ahora bien, para que los operadores jurídicos puedan tener la aptitud de dar ese trato justo a cada individuo dentro del núcleo familiar, deben contar con una serie de elementos que les faciliten la delicada tarea de apreciar las igualdades y diferencias que indudablemente se hacen presentes en el Derecho Familiar (y quizás aún más que en cualquier otra rama del Derecho). Esos elementos se hacen presentes en distintos ámbitos, a saber: El académico, el legislativo y el jurisdiccional, siendo el común denominador de todos la interdisciplinariedad. A continuación nos referiremos a cada uno de ellos en forma pormenorizada.

3.1. El ámbito académico.

En términos generales, podemos afirmar que la enseñanza del Derecho en nuestro país presenta graves deficiencias que deben ser subsanadas para alcanzar un nivel óptimo, que verdaderamente se traduzca en un beneficio social. Veamos a qué nos referimos.

Las licenciaturas en Derecho, impartidas en diversas facultades y escuelas, deben formar abogados, atendiendo no sólo a las demandas del sector privado, sino también interesados en los asuntos colectivos, de trascendencia social, de tal suerte que el contenido de la enseñanza del Derecho debe buscar en el mundo fáctico crear un equilibrio entre lo que demanda el mercado laboral y lo que requiere la sociedad. El reto se traduce en lograr que todo egresado cuente con los conocimientos necesarios para ejercer, con las competencias y capacidades adecuadas, pero también que tenga una consciencia social, que se preocupe y además se ocupe de los acontecimientos de relevancia social. Resulta evidente que la mayoría de las universidades privadas forman abogados con un perfil eminentemente

¹⁶⁴ Alonso Novo, Olimpia, ob. cit., p. 466.

corporativista, con una casi nula apreciación e interés hacia las diversas ramas o materias que conforman el Derecho Social.

Ahora bien, es muy cierto que en la práctica, un derecho que no se puede defender cuando es impugnado, ya sea porque se desconoce su existencia o porque se carece de la asesoría competente, es como si no existiera. La posibilidad de que los derechos de una persona sean reconocidos depende en gran parte del acceso que ella tenga a los abogados.¹⁶⁵

Aunado a la deficiente formación profesional, poco ocupa a los colegios de abogados, temas como la certificación de profesionistas, colegiación obligatoria, educación y actualización continua. Sumado a ello, en la mayoría de los casos el ejercicio profesional se desarrolla a través de redes sociales personales (campos sociales constituidos por relaciones entre las personas) que el abogado construye desde los inicios de su carrera en la universidad o desde el seno familiar. Redes que determinan no sólo su presente, sino su futuro y éxito profesional, pues a través de las relaciones entabladas con sus compañeros de escuela, de trabajo, con sus jefes, con sus profesores, con sus familiares, éste obtiene beneficios traducidos en cargos bien remunerados, clientes, trabajo, posición política, mejores fuentes de empleo; construcción de redes que se oponen al desarrollo del abogado, técnico, concededor del Derecho, que busca un ejercicio, en ocasiones ético, del Derecho. La construcción de estas redes sociales, en la práctica jurídica, ha contribuido al desprestigio del abogado y a la falta de compromiso social de quienes bajo cargos de trascendencia velan por otros intereses, menos por los sociales, situación lamentable que en ocasiones reduce al Derecho, en el ejercicio profesional más a relaciones públicas y políticas, que al ejercicio efectivo de los derechos.

¹⁶⁶

Otro tema importantísimo en relación con el aspecto académico, es el de la desmedida comercialización actual de los servicios educativos. Y es que en la actualidad, la idea del homo economicus, ha eliminado en el hombre el sentido de compromiso y responsabilidad social, haciéndole creer que todo puede ser comercializado, que absolutamente todas las mercancías y servicios tienen la misma importancia para el desarrollo económico, social y cultural de

¹⁶⁵ Cfr. Witker V., Jorge, *Metodología de la Enseñanza del Derecho*, Porrúa, México, 2008, p. 106.

¹⁶⁶ Idem, p.p. 109-110.

una nación. De esta manera, lo mismo da comercializar servicios financieros que servicios educativos; craso error, puesto que no todo debe ser dejado al libre juego del mercado.

Así entonces, la comercialización de los servicios educativos, dentro del actual contexto globalizador, asemeja la educación a una simple y llana mercancía, como cualquier otra, sin considerar su naturaleza y su impacto en la conformación de la sociedad. Analogía de gran riesgo, que el Estado no debe permitir; sin embargo, esto no debe entenderse como una negación o prohibición a la comercialización de este tipo de servicios, sino que ésta debe hacerse bajo una estricta supervisión por parte del Estado, el cual debe procurar ante todo, que la actividad educativa fomente el desarrollo autónomo y crítico del individuo, en aras de un cambio social que produzca progreso, y no simplemente “fabricar” mano de obra calificada, sin compromiso social, que responda a las demandas del mercado laboral. Por tanto, la función esencial de la educación, es la de transformar al individuo en hombre social y no simplemente en insumo o capital humano.¹⁶⁷

Otra grave deficiencia en la formación jurídica, es la falta de un enfoque interdisciplinario incluido desde un inicio en los planes de estudio. Exceptuando materias como Teoría Económica, Sociología y Teoría Política, el futuro abogado es formado con materias exclusivamente jurídicas. Afortunadamente, en los últimos años ya se han incluido otras materias novedosas como Matemáticas aplicadas al Derecho y Ética Jurídica, pero esto no ha ocurrido en todas las universidades o escuelas que imparten la carrera. Y aquí nos enfrentamos con otro problema: En los años recientes, ha incrementado el número de instituciones educativas que ofrecen la carrera en Derecho, la mayoría de ellas de manera insipiente e improvisada.

En las aulas universitarias se dispensa a los estudiantes de Derecho una escasa o nula información respecto a los nuevos avances de la ciencia y de la técnica, y su aplicación probatoria. Concretamente, la enseñanza de la Psicología brilla por su ausencia.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Cfr. Witker V., ob. cit., p.p. 4-5.

¹⁶⁸ Cfr. Muñoz Sabaté, Lluís, et. al., *Introducción a la Psicología Jurídica*, segunda edición, Trillas, México, 2008, p. 231.

En atención a lo anterior, las escuelas de Derecho deben incluir en sus planes de estudios, un número mayor de materias no jurídicas, con cursos de metodología específica para abordarlas. En efecto, los nuevos contenidos deben mostrar un nuevo paradigma en la construcción de su conocimiento, una nueva forma de percibir, de analizar, de comprender, de actuar el Derecho, un modelo interdisciplinario, interactivo con otras áreas del conocimiento como la Antropología, la Sociología, la Economía, la Psicología, la Ciencia Política, las relaciones internacionales, entre otras. Contenidos que informen, pero que a la vez formen a un abogado con un criterio abierto y reflexivo ante los problemas que le plantea la complejidad social. En suma, debe fijarse como objetivo genérico en las escuelas de Derecho, formar un abogado apto para el cambio social y el desarrollo, vinculado o sensibilizado en los grandes asuntos colectivos (por supuesto, aquí incluido el Derecho Familiar), con una visión abierta, complementaria, no reduccionista, comunicativa con su entorno, dinámica, que contemple distintos niveles de realidad (normativa, valorativa y fáctica).¹⁶⁹

Bajo el panorama anterior, las instituciones educativas que imparten los estudios en Derecho deben tener presente que las tareas básicas del profesional del Derecho a formar, deben ser:

*Prepararse para afrontar la complejidad de la sociedad con los retos y situaciones que no pueden ser ya resueltas desde los conocimientos exclusivamente jurídicos, sino que requieren de la intervención de conocimientos de diversa índole, como son, médicos, biológicos, informáticos, históricos, sociológicos, antropológicos, por mencionar algunos.

*Partir de una nueva concepción del Derecho que identifique e integre diversas realidades: Normativa, presente en la Constitución, en los códigos, en las leyes; fáctica, resumida al encuadre de los hechos con la norma; y valorativa, presente en los fines del Derecho.

*Tener un mayor interés por la defensa de grupos vulnerables.

*Tener una ética profesional bien arraigada.

En el caso particular del tema que nos ocupa, es indudable que el estudio de una o dos materias de Derecho Familiar en la Licenciatura, son por

¹⁶⁹ Cfr. Witker V., ob. cit., p.p. 112-113.

demás insuficientes para preparar a un futuro profesional del Derecho en esta materia (tomemos en consideración que en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, no fue sino a partir de septiembre de 1993, cuando fueron implantados los dos cursos de Derecho Familiar, y en la mayoría de las universidades, en caso de existir como una materia independiente del Derecho Civil, se imparte en un solo curso). Desafortunadamente, la visión interdisciplinaria completa y compleja a la vez, nos la viene a dar la preparación a nivel de Posgrado y decimos desafortunadamente, porque, por un lado, es muy bajo el índice de Licenciados en Derecho que cursan estudios de Posgrado y, por otro, la Especialización en Derecho Familiar es de muy reciente creación en nuestra Universidad, si tomamos en cuenta que fue implantada en el año 2000, lo que nos hace pensar que el número de especialistas en esta materia es mínimo comparado con el elevado número de personas que patrocinan juicios (y que en su mayoría ni siquiera cuentan con el título profesional), que resuelven conflictos en esta materia (específicamente nos referimos a los jueces federales, quienes así como resuelven un Amparo derivado de un juicio reivindicatorio o mercantil, resuelven una controversia de orden familiar relacionada con los alimentos, por citar un ejemplo) y, más aún, que discuten en Cámaras sobre la creación o reforma (derogación o abrogación) de normas jurídicas en materia familiar.

Como recursos mínimos para alcanzar los objetivos planteados, consistentes en impartir una formación básica en materia familiar, a nivel Licenciatura, deberían ser incluidas en los planes de estudio de todas las instituciones educativas que impartan la carrera, a la par de los cursos de Derecho Familiar, asignaturas de Derecho Procesal Familiar y Derecho Constitucional Familiar. Consideramos que la perspectiva que adquiriría el alumno después de haber cursado estas asignaturas, muy probablemente lo alentaría a incursionar en estudios de Posgrado en esta rama del Derecho y, lo más importante, lo harían sabedor (y, con suerte, consciente) de la responsabilidad social que adquirirán al intervenir profesionalmente en un conflicto de esta índole.

Y es que nos debe quedar muy claro que la sensibilidad que por su propia naturaleza exige un conflicto en materia familiar, debe estar presente en la conciencia de todos los operadores jurídicos (abogados postulantes,

profesores, investigadores, legisladores, miembros del Poder Judicial) y no exclusivamente en la del juzgador.

Qué grave resulta saber, entonces que la protección jurídica de esa célula social y estatal, la familia, esté en manos de gente carente de la preparación jurídica interdisciplinaria necesaria y qué importante es concientizar el papel que debemos tomar en esta realidad quienes estudiamos y ejercemos el Derecho, a fin de aportar soluciones reales y efectivas.

3.2. El ámbito legislativo.

Pasamos ahora a un tema no menos importante que el anterior: El de la creación de las leyes en materia de Derecho Familiar.

A lo largo del desarrollo de esta investigación, hemos afirmado categóricamente que la ley debe proteger la organización y el desarrollo de la familia.

Y, como también ya lo señalamos, la protección constitucional a la familia existe como tal en el artículo 4o de nuestra Ley Suprema, precepto a partir del cual podemos afirmar que el estudio jurídico de la familia entra en la órbita del Derecho Constitucional y, concretamente, en el campo de estudio de los derechos fundamentales; sin embargo, mucho se ha discutido sobre la idoneidad de llevar a cabo una reforma sistematizadora a nivel constitucional, por medio de la cual se incluya un Título en dicha ley en el que queden contenidos todos los derechos y deberes familiares, ya que, además de lo previsto por el artículo 4o, es importante mencionar otras disposiciones constitucionales en relación con la familia, a saber:

La tutela “multicultural” de la familia, por lo que respecta a los grupos indígenas, tiene una expresión directa en varias disposiciones del artículo 2º.

También se contempla como un objetivo de la educación, el contribuir al aprecio de la integridad de la familia (artículo 3o, fracción II, inciso c).

Asimismo, el artículo 16, en su primer párrafo, también protege a la familia, al señalar:

“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de

mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...”.¹⁷⁰

Por otro lado, el artículo 123 de la Constitución contiene otra disposición protectora de la familia. En la fracción XXVIII del apartado A establece que:

“...Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de la familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades en los juicios sucesorios...”.¹⁷¹

Adicionalmente, en materia laboral y de seguridad social, dicho artículo 123 contiene varias referencias al ámbito familiar, a saber: Los salarios mínimos generales son fijados tomando en cuenta que deben ser suficientes para satisfacer las necesidades básicas de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos (apartado A, fracción VI); la prohibición de exigir a los miembros de la familia del trabajador, el cumplimiento de deudas contraídas por los trabajadores a favor de sus patronos, asociados, familiares o dependientes (apartado A, fracción XXIV); la prioridad en el servicio para la colocación de los trabajadores, a aquellos que representen la única fuente de ingresos en su familia (apartado A, fracción XXV); la seguridad social para los familiares de los asegurados (apartado A, fracción XXIX y apartado B, fracción XI); la prioridad para el ascenso por escalafón, en igualdad de condiciones a quien represente la única fuente de ingreso en su familia (apartado B, fracción VIII).

Otra disposición constitucional a favor de la familia, es la no exigibilidad de los requisitos de definitividad en el amparo contra sentencias dictadas en controversias que afecten al orden y a la estabilidad de la familia (artículo 107, fracción II, inciso a).

Este listado de garantías y derechos protectores de la familia, han dado origen a hablar a nivel doctrinal de los denominados “derechos familiares de la persona” y “derechos sociales de la familia”. Los primeros se refieren a aquellos derechos innatos y fundamentales de todo ser humano, mientras que

¹⁷⁰ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, ob. cit., p. 6.

¹⁷¹ *Idem*, p. 67.

los segundos, a las prerrogativas de la familia como grupo social. Dichos derechos (ambos tipos), al ser reconocidos por la autoridad y contenerse en la legislación, son también derechos públicos subjetivos; son oponibles erga omnes; son derechos originarios e innatos, ya que su nacimiento no depende de la voluntad del miembro de la familia o de ésta; son vitalicios, imprescriptibles e inembargables, no están dentro del comercio y no pueden transmitirse.¹⁷²

Entre los derechos familiares de las personas, tenemos:

*Derecho a contraer matrimonio, a partir de la edad núbil.

*Derecho a formar y ser parte de una familia, debido a que toda persona necesita de la protección y ambiente familiar.

*Derecho de la madre a la protección legal y a la seguridad social.

*Derecho a decidir sobre el número de hijos, de manera libre, responsable e informada.

*Derecho al ejercicio de la patria potestad, el cual debe realizarse en beneficio de los hijos menores, por lo que también implica el derecho prioritario de los menores a recibir atención, educación, cuidado y desarrollo integral.

*Derecho del nasciturus a la seguridad social, desde que es concebido.

*Igualdad de dignidad y de derechos de los cónyuges.

*Protección legal de los derechos de los cónyuges e hijos, en caso de cesación de los efectos del matrimonio, o en caso de abandono.

*Igualdad de dignidad y de derechos de los hijos, independientemente de su origen.

*Derecho de los hijos a la educación, alimentos y buen trato por parte de los padres.

*Derechos de los menores que hayan sido dados en adopción, para que se confieran a matrimonios estables, que garanticen su pleno desarrollo.

*Derecho de los menores a la asistencia individual por parte del Estado. Este derecho implica la alimentación, vestido, vivienda, educación, salud, recreación, independientemente de las prestaciones de carácter social que

¹⁷² Cfr. Chávez Asencio, Manuel, *Alternativas Constitucionales para la Familia del Siglo XXI*, en "Revista Mexicana de Procuración de Justicia", volumen 1, número 4, México, febrero de 1997, p.p. 113-116.

podieran implementarse para grupos sociales específicos. Estos derechos son extensivos también para los adultos mayores.¹⁷³

Por lo que respecta a los derechos sociales de la familia, tenemos los siguientes:

*Derecho al ser y al hacer, es decir, el derecho de la familia a existir, otorgándole las facilidades y los beneficios necesarios para su pleno desarrollo, absteniéndose el Estado de toda acción que pueda dañar o poner en peligro la institución familiar, emprendiendo toda acción que redunde en beneficio de las familias, buscando su integración humana y social.

*Derecho al trabajo, derecho de toda persona, con especial significación en la familia. Se debe velar por las condiciones de trabajo que tomen en cuenta a la familia del trabajador, así como promover la preferencia de empleo, en igualdad de condiciones, respecto a aquellas personas que soportan cargas familiares.

*Derecho a un salario familiar suficiente, es decir, que sea bastante para atender a las necesidades de los miembros de la familia.

*Derecho a la salud y a la seguridad social integral: Asistencia médica, quirúrgica, atención hospitalaria, pago de pensiones, promoción de la sanidad familiar y prevención de enfermedades.

*Derecho a la vivienda digna.

*Derecho a la educación, referido tanto a los padres como a los hijos. También abarca el derecho a la cultura.

*Derecho a la libertad religiosa.

*Derecho a la intimidad, libertad y honor familiares.

*Derecho a participar en el desarrollo integral de la comunidad y del Estado.

*Derecho al descanso. Debe procurarse un tiempo libre que favorezca la vivencia de los valores de la familia.

*Derecho de asociación.

*Derechos especiales, que pueden comprender apoyos de carácter social para los miembros de familias en situaciones especiales (cónyuges

¹⁷³ Cfr. Chávez Hernández, Efrén, *La Protección Constitucional de la Familia; una aproximación a las Constituciones Latinoamericanas*, en "Panorama Internacional de Derecho de Familia", Tomo I, ob. cit., p.p. 130-131.

viudos, familias cuyos miembros se encuentren en prisión, familias de emigrados, entre otros).¹⁷⁴

Con base en lo anterior, creemos que la reforma sugerida, consistente en la sistematización de las garantías constitucionales protectoras de la familia, sería muy benéfica, para tener un punto de partida y referencia para el resto de la legislación y, sobre todo, para no tener que recurrir siempre a la interpretación por parte de los tribunales, criterio que no siempre favorece al grupo familiar.

También aprovechemos este espacio para reconocer un gran avance que ha dado el legislador en materia de derechos humanos, a nivel constitucional y, particularmente por lo que respecta a los derechos de la familia. El 8 de abril de 2010, el Senado de la República aprobó el proyecto de decreto de reforma (mismo que ya fue aprobado y publicado en el Diario Oficial de la Federación el pasado 10 de junio del año en curso) a los artículos 1, 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos. De inicio, el pleno del Senado aprobó modificar la denominación del Título Primero para quedar “De los Derechos Humanos y sus Garantías”. Aunado a ello, con base en dicha reforma se ha empezado a hablar de los Derechos Humanos Constitucionales de la Familia, consagrados básicamente en tres artículos: El 1, el 29 y el 105. Veamos las novedades que presenta dicha reforma:

Artículo 1:

“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, los cuales no podrán restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con

¹⁷⁴ Cfr. Chávez Asencio, Manuel, *La Familia en el Derecho; Derecho de Familia y relaciones jurídicas familiares*, cuarta edición, Porrúa, México, 2004, p.p. 381-383.

los tratados internacionales sobre derechos humanos antes señalados.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley...”.

Artículo 29 (segundo párrafo):

“En ningún caso podrán restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, **a la protección a la familia**, al nombre, a la nacionalidad; **los derechos del niño**; ... ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos...”.

Artículo 105:

“La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

...

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

...g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos

humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal...”.¹⁷⁵

El logro más importante de esta reforma, es sin duda, el de la incorporación al texto constitucional de los derechos humanos consagrados en los Tratados Internacionales de los que México es Estado Parte, así como la prohibición de celebrar Tratados o convenios internacionales que vulneren o lesionen los derechos humanos y garantías reconocidas en la Constitución. Asimismo, la facultad otorgada a la Comisión Nacional de Derechos Humanos para ejercitar las acciones de inconstitucionalidad contra leyes federales, estatales y del Distrito Federal, que vulneren derechos humanos reconocidos en tratados internacionales de los que México sea parte. Para nosotros, lo más importante es que los niños merecen ser protegidos en la medida en que pertenecen a la pequeña comunidad llamada familia; así, por ejemplo, es posible promover juicio de Amparo contra el acto de autoridad que viole alguna de las garantías o prerrogativas reconocidas en la Convención sobre los Derechos del Niño en beneficio de los menores.

Así que esperamos que este gran avance que se ha consolidado en el texto constitucional, sea un paso hacia la sistematización de las garantías constitucionales protectoras de la familia que tan necesaria nos resulta como sociedad.

Al igual que el tema de la sistematización de las garantías familiares a nivel constitucional, también ha sido puesto a discusión el tema tan importante de la necesidad de crear leyes sustantivas y adjetivas en materia familiar, a nivel federal. Esto, en virtud de que las normas de Derecho Familiar insertas en los Códigos Civiles de las diversas entidades federativas, ya no se adecuan a la realidad social de las familias que habitan las mismas, siendo necesaria la

¹⁷⁵ www.portal.sre.gob.mx.

promulgación de una legislación familiar moderna para el Estado mexicano, que establezca los fundamentos de la familia que se quiere proteger en la actualidad; que, además, atendiendo a las características del Derecho Familiar, en dichas leyes se definan sus instituciones y se determine su naturaleza jurídica, para que los destinatarios de estas normas las conozcan y asimilen con facilidad, teniendo la aptitud de poder exigir su cumplimiento, sabiendo cuáles son los derechos, deberes y obligaciones de la familia y de cada uno de los miembros que la integran. Esto mejorará, indudablemente, la administración de la justicia familiar.

Ahora bien, también debemos hacer énfasis en la problemática derivada de la existencia de lagunas normativas respecto a situaciones tan importantes como la alienación parental u otras de índole psicológico que inciden de manera importante en el desarrollo de las relaciones familiares. Por la importancia de este tema, que cada día golpea terriblemente a las familias, ahondemos un poco en él.

El término “alienación” proviene del latín *alienus*, *alienare*, que significa ajeno. Antiguamente se empleaba para designar la acción de enajenar o vender. Recientemente, se ha trasladado el término a la Psiquiatría y a la Psicología y se refiere a una actitud (acción u omisión) contraria a los deberes de crianza; es una especie de la violencia familiar, es un trastorno mental temporal o permanente.

A manera de breve antecedente, cabe señalar que en la década de los ochenta (específicamente en 1985), Richard Gardner, psiquiatra y psicoanalista estadounidense, quien además era dictaminador judicial (perito) y profesor de Psiquiatría infantil en la Universidad de Columbia, fue el creador de la teoría sobre el síndrome de alienación parental (Parental Alienation Syndrome, PAS, en sus siglas en inglés, SAP en castellano) que, según afirmaba, podía llevar a los niños con problemas de custodia conflictiva a acusar falsamente de abusos a un padre. Gardner dictaminó en más de cuatrocientos casos de custodia infantil, y concluyó que los niños que padecían el síndrome de alienación parental, habían sido aleccionados de forma vengativa por uno de los progenitores y denigraban obsesivamente al otro sin motivo. En los casos más graves, recomendaba al tribunal trasladar al niño del hogar del progenitor alienador y dejarle bajo la custodia del otro. Y así, en 1987 publica “el síndrome

de alienación parental y la diferencia entre abuso sexual infantil fabricado y genuino (“The Parental Alienation Syndrome and the differentiation between fabricated and genuine child sex abuse”), asociándolo directamente a las denuncias de incesto en contra de uno de los progenitores, diciendo que casi siempre la denunciante es la madre y quien es acusado es el padre. Según Gardner, lo que él denomina así (PAS), es un “lavado de cerebro” al cual uno de los padres (generalmente la madre) somete al hijo en contra del otro progenitor, logrando de este modo alienar, quitar a ese padre de la vida del hijo, hasta hacerlo “desaparecer”, propiciando, en algunos casos, que el niño invente que su padre abusó sexualmente de él.¹⁷⁶

En 1989, en un ejemplar de la revista “Paternidad Americana”, de la Organización Nacional de Padres, en Delaware, publica un artículo intitulado “Parental Alienation Syndrome”, en cuyo subtítulo interroga ¿Por qué algunas madres ejercen todo su poder para expropiar al niño del padre? ¿Qué puede hacerse? Algunas de las recomendaciones terapéuticas que hace Gardner para curar dicho síndrome, son: En cuanto se diagnostique PAS, el juez deberá cambiar inmediatamente la custodia del niño y entregársela al padre falsamente acusado, sin que tenga contacto con la madre en ninguna forma; al comienzo, el niño se resistirá, pero pasado un tiempo, comprenderá que había sido sometido a un lavado de cerebro y aceptará a su progenitor; además, el tribunal deberá ordenar una psicoterapia con un profesional designado por el juez, y sólo se restablecerá el vínculo con la madre cuando al cabo de por lo menos tres meses, el niño sea reevaluado por un profesional especialista en PAS que pueda decir si es óptimo restablecerse el contacto con ella.¹⁷⁷

Por supuesto, antes de que el doctor Gardner identificara el Síndrome de Alienación Parental, el problema ya existía, pues la referencia más antigua data alrededor del año 400 a. C. Eurípides escribió una tragedia con la historia de Medea, un relato de amor intenso que, al transformarse en odio de igual intensidad, originó que Medea matara a sus propios hijos, como una forma de venganza por la traición de su amado Jasón, a quien además amenaza que si

¹⁷⁶ Cfr. www.observatorioviolencia.org.

¹⁷⁷ Cfr. www.rgardner.com.

abraza o entierra a sus hijos él también morirá y ni siquiera deja que los toque.

178

El término “alienación” encuentra relación también con el término “alinearse”, “alineado”, estar del lado de alguien. Así, el padre alienador tiene al hijo de su lado y en contra del otro padre. Un padre (o madre) alienador, es un padre manipulador.

El padre alienador impide, obstaculiza o destruye el vínculo del menor con el otro progenitor, transformando la conciencia del menor.

Podríamos entender entonces el Síndrome de Alienación Parental, como el conjunto de síntomas que resultan del proceso que el padre alienador realiza, transformando la conciencia de su hijo mediante diversos engaños para destruir el vínculo de su hijo con el otro padre.

Debemos tomar en cuenta que un síndrome es un conjunto de signos y síntomas que caracterizan una enfermedad. En Psicología se define como un estado mental caracterizado por una pérdida del sentimiento de la propia identidad. Por tanto, estamos en presencia de una enfermedad psiquiátrica.

Este síndrome surge a consecuencia de diversas estrategias, tales como el aislamiento del hijo, la desvalorización de uno de los padres por parte del otro, así como el hecho de impedir la comunicación con el otro padre.

Este trastorno presenta diversos signos (lo que se puede apreciar en el paciente) y síntomas (lo que siente el paciente). En términos generales, el niño alienado muestra un rotundo rechazo y odio hacia el otro padre. El menor se convierte en instrumento de venganza a cargo de uno de los progenitores. El signo característico es, entonces, el rechazo por parte del menor hacia el uno de los progenitores y el síntoma consecuente será el odio a dicho padre, en ocasiones de por vida.

Un recurso inmediato para impedir que esta situación se siga agravando con el transcurso del tiempo, es alejar al menor de quien o quienes lo están manipulando.

¹⁷⁸ Cfr. Martín Colea, Juan Carlos, *Con el Alma Rota, el Síndrome de Alienación Parental*, grupo editorial Norma, México, 2010, p. 117.

En el seno de una familia controladora y manipuladora los hijos son quienes pierden, incluso de una generación a otra, pues crecerán sin el amor ni atención de alguien que también es parte fundamental en su vida.

Un hijo que ha sido alienado contra uno de sus padres, normalmente expresa que ha sido su propia decisión rechazarlo y denigrarlo.

La alienación parental, además de la familia, perjudica a la sociedad. Por lo que respecta al menor, las consecuencias de la alienación parental, son la depresión, la hostilidad y un elevado sentimiento de culpabilidad en la edad adulta. Una característica importante de la alienación parental, es que no siempre se puede apreciar a simple vista la manipulación que está ejerciendo uno de los progenitores sobre el menor, pues el control, la manipulación y el chantaje, pueden ser tan sutiles, tan delicadamente utilizados, que pocas veces uno se puede percatar de la forma en que está sucediendo.

En realidad, el Síndrome de Alienación Parental es un concepto muy simple: Uno de los padres busca dañar la relación sana y amorosa de su hijo con el otro progenitor, utilizando a su hijo como el instrumento de su venganza. En los casos más severos, la madre o el padre alienador logra eliminar por completo la relación de amor con el otro padre.

Un padre alienador, en la mayoría de los casos, no se da cuenta del daño tan terrible que causa a sus hijos, pues su deseo de venganza, sus sentimientos heridos, su frustración, enojo y rencor son descargados sobre su hijo y en contra de su pareja. No entiende que alejar a un hijo de su otro progenitor lo daña profundamente por el hecho de tener que elegir entre uno u otro.¹⁷⁹

Mentirle a un hijo para alejarlo de su padre es gravísimo.

Los efectos devastadores de la alienación se manifiestan en todos los aspectos de la vida de quien lo padece, no solamente en el afectivo. Las consecuencias van mucho más allá del propio entendimiento de lo que está sucediendo y de la inmadurez respecto a las relaciones. Los hijos alienados son traicionados por uno de sus padres, por quien ejerce su custodia y debería protegerlos, por quien les proporciona bienestar, ya que dependen física y emocionalmente de él. Cuando los hijos son alienados, llegan a creer que sus

¹⁷⁹ Cfr. Martín Colea, Juan Carlos, ob. cit., p. 15.

necesidades no son importantes, que no valen más que los deseos del padre alienador. Este mensaje se graba en su mente, pues quien los cuida les roba su ser, su autonomía y el amor hacia el otro progenitor. También consideran que el sentimiento de amor y la obediencia hacia uno de los padres sólo pueden demostrarlos con odio y hostilidad hacia el otro. Un hijo que ha sufrido alienación severa, no volverá a ser el mismo, ya que pierde su esencia.

En los años ochenta, la Barra Americana de Abogados, en su sección de Derecho Familiar, preocupada por esta situación, ordenó un estudio a gran escala al respecto. En 1991 el estudio fue publicado en un libro llamado “Niños secuestrados. El manejo de niños programados y lavados de cerebro”. Dicho estudio reveló que fueron estudiadas setecientas familias de padres divorciados, encontrándose que en 80% de los casos uno de los padres utilizaba programación, con diferentes grados de severidad, en contra del otro progenitor. En 20% de los casos, al menos una vez al día, utilizaba lenguaje, acciones, conductas y actitudes tendientes a alienar a los hijos.¹⁸⁰

Mediante acciones directas, indirectas, verbales o no verbales, pensamientos y ademanes o conductas, un hijo es objeto de abuso emocional, pues se le programa para pensar que el otro progenitor es su enemigo.

Dependiendo de la severidad del síndrome, un hijo afectado puede presentar todos o sólo algunos de estos comportamientos:

- El hijo se une con el padre alienador en una campaña de denigración contra el padre alienado. La contribución del hijo es activa.
- Las razones y justificaciones para despreciar y atacar al padre alienado, son pobres, absurdas y frívolas.
- El hijo asegura que la decisión de rechazar y denigrar al padre es propia, sin influencias de ningún tipo.
- El hijo apoya al padre alienador en sus acciones y diálogos.
- No existe expresión o sentimiento de culpa por parte del hijo acerca de las acciones de denigración y alejamiento. Tampoco le importan los sentimientos del padre odiado.

¹⁸⁰ Cfr. Martín Colea, Juan Carlos, ob. cit., p. 24.

- En los diálogos y sentimientos de los hijos existen escenarios prestados. Las expresiones de los hijos reflejan los sentimientos y vocabulario del padre alienador.

- La animosidad negativa dirigida hacia el padre alienado se extiende hacia su familia y cualquier persona cercana a éste.

- Los buenos recuerdos del hijo son reemplazados con una nueva realidad: El escenario totalmente negativo que comparte con el padre alienador y que justifica el desprecio y rechazo.¹⁸¹

Los psiquiatras y psicólogos hablan de alienación en tres niveles distintos: Leve, moderada y grave. Es muy importante tener presente que el desarrollo de esta enfermedad, **es directamente proporcional con el desarrollo del tiempo**, y, además, es **irreversible**.

*Síndrome de Alienación Parental leve: En su etapa inicial, el síndrome puede ser leve, aunque también muy peligroso, porque es más difícil de detectar. Es muy sutil y a veces inconsciente por parte del padre alienador. Sus indicadores más comunes son:

- No se le da importancia a que el hijo visite y conviva sanamente con el otro padre.

- Falta de animosidad hacia el padre ausente en relación con su hijo y hacia la importancia de mantener el contacto.

- Poca atención e importancia al estrés y alteración que le ocasiona al hijo no ver al padre alienado, incluso en acontecimientos que son importantes para el hijo.

- Falta de capacidad para tolerar al padre alienado, también en acontecimientos importantes para el hijo.

*Síndrome de Alienación Parental moderado: En este nivel, el alienador tiende a crear conflictos y problemas con el padre alienado, de tal forma que, a la larga, desaparezca el contacto con él, para de este modo ejercer mayor control sobre el hijo. En esta etapa, los hijos están llenos de conflictos; muestran ansiedad, inseguridad, miedo y distorsión de la realidad. Los indicadores son:

¹⁸¹ Cfr. www.rgardner.com.

- El padre alienador se rehúsa a cooperar o comunicarse con el padre alienado para asuntos de los hijos.

- El hijo recibe por parte del padre alienador, el control total sobre cuándo y cómo relacionarse con el padre alienado.

- El padre alienador actúa en forma despectiva en relación con el padre alienado, refiriéndose a él como “éste”, “ese” o “aquél”, con lo que busca manifestar su desprecio.

- El padre alienador realiza con frecuencia comentarios negativos acerca del padre ausente y excluye cualquier comentario relacionado con los momentos felices del pasado.

- Los hijos empiezan a vivir en dos mundos separados, uno con la madre y otro con el padre. También cambian sus identidades de acuerdo con quien se encuentren. Esto forma parte de las afectaciones severas a largo plazo.

- Los hijos empiezan a experimentar problemas de lealtad hacia sus padres, lo que les provoca dolor, angustia y enojo.

- El padre alienador piensa que el padre rechazado no es importante para el hijo.

*Síndrome de Alienación Parental severo: En este nivel existe ya un nivel de odio y desprecio total, patológico y obsesivo hacia el padre ausente, pues todo lo que hace o dice “está mal”. Las visitas y la convivencia prácticamente ya no existen; los hijos rehúsan ver al padre sin poder explicar racionalmente por qué. El padre alienador tiene una relación patológica con sus hijos y en la mayoría de las ocasiones comparten fantasías paranoicas respecto del padre. El hijo llega a padecer serios trastornos psicológicos y de personalidad, incluso paranoia. En este nivel el padre alienador ya no requiere estar “activo” pues el hijo ha tomado por su cuenta el odio y el desprecio. El alienador tiende a negar el pasado, exagera defectos y saca de contexto acciones u omisiones del padre alienado, promoviendo historias de horror respecto a éste último. El padre alienado, al sentir el cambio en su hijo, acusa al alienador, lo que fortalece la posición de éste para controlar al hijo. Es común que aparezcan acusaciones falsas de maltrato o abuso hacia los hijos. La condición mental y la autoestima se deterioran. En los casos de alienación severa, los efectos causados en los hijos y en general en las familias, suelen ser irreversibles. Los hijos y los padres alienados pierden para siempre. Los

hijos participan directamente en el conflicto de los padres. Al no poder mantener una relación sana y afectiva con ambos padres, toman partido con alguno de ellos y actúan en la batalla como aliados del padre alienador. Los recuerdos felices les son borrados. Un hijo alienado en este nivel, presentará situaciones psicológicas como las siguientes:

- Desprecio inconmensurable y permanente contra el padre alienado, que deriva en odio irracional hacia éste.

- Repetición de los comportamientos y sentimientos del padre alienador.

- Evasión de las visitas y acercamientos por parte del padre alienado.

- Apropiación de las creencias del padre alienador, aunque sean ilusorias o irracionales.

- Desestimación de la relación con el padre alienado.

- Dificultad para diferenciar las experiencias propias con el padre alienado, de las del padre alienador con éste. Las razones para despreciarlo provienen de lo que dice el alienador.

- Odio excesivo por parte de los hijos hacia el padre alienado-

- Dificultad para distinguir entre lo que oye acerca del padre alienado y sus propios sentimientos, recuerdos y percepción.

- Ausencia de sentimientos de culpa por las acciones en contra del padre alienado. Descartan la posibilidad de que éste sufra.

- Sensación de que comparten la “causa justa” del alienador para denigrar al padre alienado.

- Comportamiento denigrante que se extiende a la familia y amigos cercanos del padre alienado.

- Apariencia de niño sano y normal, pero cuando se le pregunta acerca del padre alienado, sale a flote el odio y desprecio.

- Los hijos empiezan a temerle al padre alienado.¹⁸²

Es de suma importancia tener presente que un padre alienador no logra la alienación severa por sí solo, siempre estarán presentes terceras personas. Los familiares o amigos cercanos del padre alienador se unen a la lucha en contra del otro padre. Además, un padre alienador, por lo regular, cree sus propias mentiras y exageraciones.

¹⁸² Cfr. Tejedor Huerta, Asunción, *El Síndrome de Alienación Parental. Una forma de maltrato*, segunda edición, EOS, Madrid, 2007, p.p. 33-35.

Cuando la posición económica del padre alienador es más elevada que la del padre alienado, aquél actúa, como parte de su estrategia, con la intención de eliminar al padre alienado del papel de proveedor, perdiendo con ese pretexto el “derecho” de ver a su hijo. Así, el alienador perpetúa su papel de víctima.

En medio de una relación feliz y armoniosa entre los padres, los intentos de alienación no existen, pues cada uno de ellos considera que la otra persona está tomando decisiones encaminadas al bienestar del hijo, además de darle importancia a la convivencia con ambos para un buen desarrollo. Aunado a ello, ambos padres tomarán una misma línea en las estrategias de educación y medidas de disciplina. Los padres alienadores, por el contrario, sienten y expresan de forma abierta su odio, enojo, hostilidad y antagonismo en contra del otro progenitor; la conducta del alienador se vuelve patológica y todas las acciones y conductas de la vida diaria se alimentan y giran en torno al odio y la hostilidad hacia el otro padre. Desafortunadamente, la víctima principal es el hijo.

La mayoría de los psiquiatras y psicólogos consideran que un progenitor que hace que su hijo odie al otro progenitor, que lo maltrata psicológica, abusiva y sistemáticamente, no ama a su hijo, motivo por el cual debería ser sancionado social y penalmente.

No es verdad que los hijos pierdan el interés “de forma natural” y se alejen de su padre o madre cuando no vive con ellos. Tampoco una relación sana, con experiencias agradables y convivencia constante puede deteriorarse y erosionarse por sí sola. El ataque es el medio para destruirla.

Ahora bien, un progenitor que encuentra razones para inducir la Alienación Parental en su hijo, debe estar padeciendo algún trastorno psicológico, tal como trastorno psicótico compartido, trastorno delirante, trastorno paranoico de la personalidad, trastorno límite de la personalidad y trastorno narcisista de la personalidad. Aunado a ello, el padre alienador tiende a mostrarse como víctima, así logra convencer a sus hijos de que ha sido tratado de forma injusta por el padre alienado; también, muestra gran capacidad para crear en los hijos un concepto erróneo del padre ausente, cambiando su percepción, mintiendo, falseando, exagerando sus defectos o actitudes propias de su personalidad. De esta manera, los hijos terminan

creyendo que, en realidad el padre alienado es “un peligro” para ellos, aún cuando en el pasado hayan disfrutado de una relación sana y armónica.¹⁸³

El padre alienado, a quien ya no se le permite ver al hijo o quien de un momento a otro pierde su afecto, también tiene consecuencias en su autoestima, en su capacidad de relacionarse con los demás, en la forma como se siente y la angustia que manifiesta todo el tiempo. Perder a los hijos, ya sea física o emocionalmente, es uno de los problemas más severos para un padre y es factor de riesgo de enfermedades mentales.¹⁸⁴

“Los padres y madres que pierden a sus hijos debido a los casos más severos de alienación, sienten como si éstos hubieran muerto: Lloran, se resienten por la pérdida y siguen amando y recordando al menor a la distancia. Su esperanza es que algún día alguien pueda explicarles a sus hijos las razones del distanciamiento y que éstos, por voluntad propia, intenten reconstruir la relación con su padre o su madre perdidos. Son pocas las oportunidades para un padre y un hijo víctimas de alienación, si los tribunales y especialistas en salud mental y Pediatría no intervienen y se involucran en los casos”.¹⁸⁵

Los efectos del Síndrome de Alienación Parental sobre los niños y el progenitor alienado deben ser considerados como una forma de maltrato o abuso psicológico y emocional, que puede producir un daño permanente en el vínculo padre-hijo. Si no hay una intervención adecuada, el niño quedará abandonado y crecerá con pensamientos disfuncionales. Y es que no se trata sólo de la carencia de una relación positiva con el progenitor alejado, sino también de procesos de pensamiento interrumpidos y coaccionados hacia patrones patológicos. El modelo principal de los hijos será el del progenitor patológico, mal adaptado y con una disfunción.

Los principales trastornos de los hijos víctimas del Síndrome de Alienación Parental, son:

- ~ Depresión crónica.
- ~ Incapacidad de funcionar en un ambiente psicosocial normal.

¹⁸³ Cfr. Tejedor Huerta, Asunción, ob. cit., p. 45.

¹⁸⁴ Cfr. Sosa Mora, Liz, *Síndrome de Alienación Parental*, Instituto Nacional de Pediatría, México, 2008, p.p. 5-6.

¹⁸⁵ Cfr. Loredo Abdalá, Arturo, *el Síndrome de Alienación Parental*, Clínica de Atención Integral al Niño Maltratado, México, 2010, p.p. 12-13.

- ~ Trastornos de identidad e imagen.
- ~ Desesperación.
- ~ Sentimiento incontrolable de culpabilidad. Este surge cuando se percatan, en la edad adulta, de que han sido cómplices, a pesar suyo, de una gran injusticia contra el progenitor alienado.
- ~ Sentimiento de aislamiento.
- ~ Hostilidad.
- ~ Falta de organización.
- ~ Personalidad esquizofrénica.
- ~ Suicidio, en casos extremos.¹⁸⁶

Si los hijos no “cumplen” con las expectativas del padre alienador, los castigos psicológicos son muy fuertes, como el “retiro del amor”, el desprecio o las amenazas. También puede haber castigos físicos desproporcionados e incluso golpes.

Otro riesgo gravísimo, es que los padres objeto de la alienación pueden volverse alienadores cuando tienen la oportunidad de desquitarse.

Como se puede advertir, este proceso es sumamente destructivo tanto para el niño, como para el padre alienado. Ninguno de ellos será capaz de llevar una vida normal y saludable, a menos que la alienación y coerción sean interrumpidas con la intervención médica y legal apropiadas.

Y es que, desde el ángulo que sea visto este problema, cuando un padre denigra y maldice al otro progenitor con el propósito de que el hijo lo desprecie, estamos ante un acto de violencia hacia ambos. Un padre es parte del alma del hijo. Cuando se vierten comentarios destructivos acerca del progenitor, se daña el alma del hijo, pues el mensaje real es de desprecio hacia éste. Esta manipulación es un acto de abuso y violencia emocional. Además, cuando a los hijos se les lleva al campo de batalla entre ambos padres, disminuye su capacidad y habilidad para mantener límites y distancias sanas, así como buenas relaciones interpersonales.

Además de los síntomas patológicos referidos anteriormente, los hijos alienados pueden presentar:

¹⁸⁶ Cfr. Aguilar, José Manuel, S.A.P. *Síndrome de Alienación Parental*, books4pocket, México, 2009, p. 65.

→ Enojo. La angustia y estrés en el hijo que tiene que escoger entre alguno de los padres es tan grande, que su enojo se dirige en contra del padre ausente.

→ Pérdida o disminución de la capacidad para controlar impulsos. El hijo que sufre Síndrome de Alienación Parental puede manifestar episodios de violencia e ira.

→ Pérdida de autoestima y de confianza en sí mismo. El hijo sabe que es parte de ambas partes. Programarlo para rechazar a uno de ellos, es enseñarle a rechazar parte de lo que es.

→ Ansiedad por la separación. El hijo tiende a asirse con fuerza al padre alienador.

→ Desarrollo de miedos y fobias. El hijo víctima de alienación tiene miedo de ser abandonado o rechazado por el padre alienador. Asimismo, desarrolla ansiedad por lograr el bienestar del padre alienador, pues lo considera su única posibilidad de sobrevivir.

→ Depresión e ideas suicidas.

→ Desórdenes del sueño. El hijo padece pesadillas y angustias por los sentimientos de culpa que le genera el proceso de alienación.

→ Desórdenes alimenticios. El hijo puede manifestar bulimia, anorexia nerviosa u obesidad.

→ Problemas escolares.

→ Enuresis. El estrés al que se somete al hijo menor puede traer, como consecuencia, un trastorno en el control de esfínteres.

→ Drogadicción y comportamientos autodestructivos, debido a la gran necesidad del hijo de escapar del sentimiento de abuso generado durante el proceso de alienación.

→ Comportamiento obsesivo-compulsivo, debido a que el hijo busca encontrar seguridad en su entorno; si no lo logra, adopta conductas obsesivas y compulsivas.

→ Ansiedad y ataques de pánico, síntomas que pueden reflejarse en desórdenes psicossomáticos, pesadillas y comportamientos de retracción y soledad.

→ Identidad sexual alterada, especialmente si no le fue posible identificarse a tiempo con un miembro de la relación parental.

→ Relaciones poco íntimas o profundas con sus amigos, por miedo a ser lastimado.

→ Sentimientos de culpa, debido a que, muy en lo profundo del alma y la mente del hijo, existe la conciencia de que el padre alienado ha sido tratado de forma injusta y tanto su conducta como la del padre alienador es injustificada.

→ A medida que aumenta el nivel de conflicto entre los padres, crecen en los hijos la ansiedad, el temor y la inseguridad.¹⁸⁷

En realidad, cuando los hijos deciden estar del lado de alguno de los padres, el mensaje que transmiten es que desean quedar aparte del conflicto. En algunos casos no les importa con quién vivirán, dado que, simplemente, no quieren estar en medio del conflicto.

Todos los hijos alienados tendrán cicatrices profundas. El abuso emocional y psicológico, las oportunidades perdidas y la falta de un desarrollo normal, dejarán una marca indeleble. El riesgo de que, a su vez, se conviertan en padres alienadores, es muy alto, toda vez que han crecido con la alienación como patrón de conducta, como estilo de vida.

En Estados Unidos de América, la Corte Suprema de Ohio sentenció en el caso Davis vs Flickinger (1997), que “es deber y obligación de cada padre fomentar y alentar el amor y respeto del niño hacia el otro progenitor, y la falta en esta obligación es tan dañina para el niño como la omisión en proporcionarle alimentación, vestido o cobijo. Quizás es más dañino porque no importa cómo de bien alimentado o vestido pueda estar, un niño no puede ser feliz si no se siente amado por uno de sus dos padres”. De esta manera, cuando se está analizando un caso de custodia de un menor, la Corte debe analizar y evaluar cualquier indicio de alienación parental. Para determinar el interés superior del menor, es necesario tomar en cuenta acciones como los intentos de un padre por destruir la relación de su hijo con el otro padre. Esto es con la finalidad de determinar lo mejor para el menor. Así, es política pública del estado de Ohio, que ambos padres tengan convivencia total con sus hijos a lo largo de su vida.

¹⁸⁸

En efecto, los tribunales de Estados Unidos de América han eliminado la preferencia históricamente otorgada a la mujer para que tenga la custodia de

¹⁸⁷ Cfr. Aguilar, José Manuel, ob. cit., p.p. 75-76.

¹⁸⁸ Idem.

los hijos menores, con lo cual se obliga al juzgador a que ordene la práctica de dictámenes psicológicos a ambos padres, a fin de determinar cuál de los dos es más apto para tener dicha custodia y, por ende, para procurar un desarrollo sano del menor. Y es que “los bebés humanos son los más indefensos de todas las especies animales. Cuando nace una criatura, los padres deben comprometerse a cuidarlo y a enseñarlo desde que viene al mundo hasta que es lo suficientemente maduro como para sobrevivir sin su ayuda. En términos biológicos, esto último sucede alrededor de los doce años, pero socialmente tiene lugar a los dieciocho años de edad”.¹⁸⁹

Es importante advertir que, por lo que respecta a nuestra legislación vigente, ésta no prevé la alienación parental en forma expresa, motivo por el cual se ha tenido que hacer uso de los únicos elementos que proporcionan las normas incluidas en el Código Civil, en este caso, el único recurso legal con que contamos para dar tratamiento a esta figura de la alienación parental, es el artículo 414 bis, fracción I, que establece:

“Quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia provisional o definitiva de un menor, independientemente de que vivan o no en el mismo domicilio, deben dar cumplimiento a las siguientes obligaciones de crianza:

I. Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;...

Se considerará incumplimiento de las obligaciones de crianza, el que sin justificación y de manera permanente y sistemática no se realicen las actividades señaladas; lo que el Juez valorará en los casos de suspensión de la patria potestad, de la determinación de la guarda y custodia provisional y definitiva, y el régimen de convivencias...”.¹⁹⁰

Por su parte, el artículo 417 prevé que en caso de desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia, deberá oírse a los menores, y a fin de que sea adecuadamente escuchado, deberá ser asistido por el asistente

¹⁸⁹ Cfr. O'Connor, Nancy, *Déjalos ir con amor, la aceptación del duelo*, segunda edición, Trillas, México, 2007, p. 174.

¹⁹⁰ *Código Civil para el Distrito Federal*, ob. cit., p. 65.

de menores designado por el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.

De conformidad con el artículo 417 bis, se entiende por asistente de menores el profesional en Psicología, Trabajo Social o Pedagogía, adscrito al DIF-DF u otra institución, que asiste al menor a fin de facilitar su comunicación libre y espontánea, dándole protección psicoemocional en las sesiones donde sea oído por el juez en privado, sin la presencia de los progenitores. Dicho asistente puede solicitar hasta dos entrevistas previas a la escucha del menor.

Y finalmente, el artículo 346 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en su último párrafo, al regular la prueba pericial, determina que en los asuntos en materia familiar en los que se requiera el desahogo de esta prueba, el juez señalará perito único de las listas de Auxiliares de la Administración de Justicia o de institución pública o privada.

Como es de observarse, nuestra legislación civil local no contiene ninguna mención relativa a la alienación parental, por lo que la única alternativa que nos proporciona, es invocarla en la vía de incumplimiento de la obligación de crianza consistente en procurar la seguridad psicológica del menor. En caso de que el juez lo considere acreditado, lo único que podría proceder es el cambio de guarda y custodia o la modificación en el régimen de visitas y convivencias. Pero ahora bien, para que el juez considere acreditada esta situación, deberá escuchar al menor en privado, separado de sus padres y con la intervención del asistente de menores. Primera crítica: Si bien es cierto que es sano que el juzgador interroge al menor en privado, también lo es que resulta de gran utilidad interrogarlo también en presencia de los progenitores, porque sólo de esta manera podría advertir la existencia de alienación. Segunda crítica: Los únicos profesionales capacitados para dictaminar un Síndrome de Alienación Parental, son los psiquiatras y los psicólogos, no así los trabajadores sociales ni los pedagogos. ¿Qué pasará entonces si quien asistió al menor no logró percatarse de la presencia de alienación en el menor? Tercera crítica: La ley sólo da la posibilidad de una prueba pericial única. ¿Qué pasaría en caso de error en el dictamen pericial? Cuarta crítica: El juez logró allegarse de las pruebas que evidencian la alienación parental, decreta el cambio de guarda y custodia del menor y las medidas adecuadas para las visitas y convivencias. ¿Y qué sucederá con el daño sufrido tanto por parte del

menor, como del padre alienado?; ¿cuál será el castigo para el padre alienador?

Desafortunadamente, son preguntas sin respuesta, problemas reales, como real es que en nuestro país no existe protección especial para los padres alienados y sus hijos, motivo por el cual éstos pueden crecer sin el amor de uno de los padres, antes querido, amoroso, presente, respetuoso y leal, ahora denigrado y alienado.

Actualmente, la sociedad no está suficientemente preparada para reconocer el Síndrome de Alienación Parental, por eso es necesario estudiarlo, divulgarlo y, sobre todo, pugnar por su reglamentación jurídica, porque la gravedad de este problema justifica el haber destinado varias páginas de la presente investigación para mostrar su panorámica general, pero sobre todo, justifica la existencia de normas jurídicas especiales que atiendan este fenómeno que cada vez se hace más frecuente en nuestra sociedad mexicana.

Por último, no perdamos de vista que el Síndrome de Alienación Parental atenta contra los principios generales del Derecho Familiar, especialmente el del interés superior del menor.

Otra laguna que encontramos en la legislación familiar, es en relación a la problemática de cómo reparar el daño causado por una sentencia mal dictada; evidentemente que en esta materia no es tan sencillo como ocurre en otras, es más bien, imposible.

Es indudable que la naturaleza de los conflictos en materia familiar lleva como consecuencia implícita un daño psicológico y emocional para todos los sujetos involucrados, tanto a nivel personal, como familiar. Obviamente, la gravedad del daño puede ser mayor o menor, pero es un hecho que el estado emocional de las personas se ve vulnerado. Y peor aún, en casos tan graves como el de la violencia familiar, la alienación parental y el divorcio, quienes generalmente resultan más dañados son los hijos, sobre todo si son menores de edad.

Cabe señalar que el daño psicológico, por lo general, trae como consecuencia trastornos de estrés postraumático. Aquí entra el tema de la victimización, de la cual haremos brevemente una referencia.

Existen cuatro formas principales en las que se puede victimizar a las personas: Las lesiones físicas, el daño económico, el daño emocional y el daño

social. Las lesiones físicas dañan el cuerpo de la víctima; su gravedad es variable; la víctima no es la única que se ve afectada, ya que muchas otras personas también pagan las consecuencias (los familiares de la víctima, el agresor y la familia de éste). En la víctima, el daño puede prolongarse mucho tiempo después de que las heridas físicas hayan sanado, manifestándose en la forma de estrés relacionado con síntomas físicos, como trastornos del sueño y alimentarios, la depresión, el temor de que se repita el suceso, pesadillas y otros síntomas del trastorno del estrés postraumático. El daño económico, en el caso que nos ocupa, se ve relacionado con el incumplimiento de las obligaciones alimentarias; aunado a ello, con frecuencia, las personas que han sido victimizadas de otra manera, también acaban por sufrir daños económicos. Entre los costos de éstos, pueden figurar honorarios de abogados, la atención médica, los gastos de transporte y, por supuesto, la asesoría psicológica. Por su parte, los daños emocionales incluyen el daño psicológico y causan problemas tales como el trastorno de adaptación, el trastorno del estrés postraumático, situaciones de control de la ira, abuso de drogas, sufrimiento y otros problemas de salud mental que requieren asistencia profesional. Los daños sociales se refieren a una víctima que ha recibido un trato insensible por parte de otras personas, en nuestro caso, miembros de la familia y tiene lugar cuando no se trata a la víctima con compasión, respeto y sensibilidad.¹⁹¹

Ante esta panorámica, nuevamente contamos con una única herramienta: Recurrir a las únicas disposiciones legales contenidas en el Código Civil para el Distrito Federal, relativas a la reparación del daño:

El artículo 1915 establece que:

“La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el establecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios...”.¹⁹²

Y por lo que respecta al daño moral, el artículo 1916 dispone lo siguiente:

“Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias,

¹⁹¹ Cfr. O'Connor, Nancy, ob. cit., p.p. 166, 171.

¹⁹² *Código Civil para el Distrito Federal*, ob. cit., p. 154.

decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual...

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso”.¹⁹³

Conforme al artículo 1917, las personas que causan en común un daño, son responsables solidariamente de la reparación hacia la víctima.

Y, por último, el artículo 1934 determina que la acción para exigir la reparación del daño, prescribe en dos años contados a partir del día en que se haya causado el daño.

De conformidad con estas normas, el daño psicológico y emocional que sufren quienes se ven involucrados en una controversia del orden familiar en los términos que hemos precisado párrafos arriba, encuadraría en la hipótesis contemplada por el artículo 1916, que señala: “Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas”. Estamos entonces ante una presunción de daño moral, razón por la cual el responsable tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, cuyo monto lo determinará el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso, entre las que destaca la situación o capacidad económica del responsable. Agregaríamos a esto que el afectado únicamente cuenta con dos años para ejercer la acción de reparación

¹⁹³ *Código Civil para el Distrito Federal*, ob. cit., p. 154.

del daño, contados a partir del día en que le fue causado. De todo esto se colige en relación a esta grave afectación que ha sufrido la persona que: Solamente estamos frente a una presunción de daño (porque la ley así lo señala); el monto de la indemnización ¿será suficiente para pagar el tratamiento psicológico o psiquiátrico necesario al afectado?; si el responsable carece de una capacidad económica óptima, ¿quién tendrá la obligación de cubrir los pagos del tratamiento?; ¿quién vigilará que la persona afectada realmente sea sometida a tratamiento?

La salud mental y el equilibrio emocional son dos componentes indispensables del sano desarrollo y estabilidad en toda persona, más aún tratándose de menores que experimentan el desarrollo de su personalidad.

Es inconcebible que una persona que ha sido víctima de un daño psicológico, tenga todavía que preocuparse por cubrir los gastos del tratamiento a que deba someterse, como también lo es que, quien infirió el daño, haya actuado sin prever las consecuencias, sin respetar los derechos y la integridad de los demás, en este caso, de los miembros de su familia.

La dimensión de esta problemática exige la existencia de normas jurídicas que regulen en forma expresa y, sobre todo, que garanticen la reparación del daño psicológico, herida que si no es sanada, se agravará en forma gradual y directamente proporcional al paso del tiempo.

Otro tema de importancia que se encuentra al margen de la ley, es el del reconocimiento de personalidad jurídica a la familia como persona jurídica colectiva. Y es que, como lo hemos venido analizando, dada la complejidad del grupo familiar, se hace necesario dicho reconocimiento, a fin de que pueda ser titular de derechos, deberes y obligaciones como grupo que es, independientemente de las personas físicas que la integran.

En relación con esto, el tema de las acciones colectivas es poco explorado en nuestro país. El Código Civil del Estado de Morelos fue el primero en la historia del país en incluirlas; en la exposición de motivos de la iniciativa se menciona la ratio legis: Son dos las preocupaciones centrales: Una, la protección de los derechos fundamentales del hombre y su proyección constitucional y legal, y la otra, la tutela de los sectores más necesitados de la población, en un esfuerzo para dotarles de una defensa jurídica de sus intereses, ya que la legislación civil moderna, no se constriñe o se debe limitar

a garantizar los intereses particulares, sino que su esfera se debe extender y repercutir en la tutela social legal de los marginados. De esta manera, se preceptúa la obligación de realizar actividades particulares en beneficio colectivo, otorgando la pretensión para tutelar los intereses colectivos de grupos indeterminados (la class action) del Derecho anglosajón, la acción de protección de intereses difusos, de algunos países europeos, estando legitimados para promover el proceso correspondiente, el Ministerio Público, cualquier interesado, así como las instituciones o asociaciones de interés social que a juicio del tribunal garantice una adecuada defensa del interés comprometido.¹⁹⁴

Los derechos conocidos como class actions, pertenecen a un cierto grupo de personas que se encuentran en una situación similar, a fin de que puedan ejercitar acción como parte actora. La acción que se ejercita por el actor no busca como efecto único garantizar su propio interés personal, sino también el de los otros miembros del grupo que se encuentran en la misma situación. El origen de la acción colectiva se remonta a las Cortes de Equidad del Reino Unido, y esta acción era propia de todas aquellas personas que fueran afectadas por un decreto cuando su número hacía imposible citarlas simultáneamente. Podemos encontrar referentes en las legislaciones estadounidense, brasileña, colombiana, española, venezolana, uruguaya, argentina, peruana y las del Parlamento europeo. La legislación de Ecuador va más allá aún, y prevé el “daño moral de carácter colectivo”, donde el afectado ya no lo es una persona física o jurídica en su carácter individual, sino un grupo o categoría que colectivamente y por una misma causa global, se ve atacada en derechos o intereses de significancia vitales, tales como la paz, la tranquilidad anímica, la libertad individual, la integridad física, el honor y el afecto. Así, por daño moral colectivo puede entenderse aquella disminución en la tranquilidad anímica y espiritual que sufre la comunidad en su totalidad, equivalente a la lesión a intereses colectivos no patrimoniales, causada por el daño acontecido en contra de un bien catalogado como de naturaleza común o colectiva. El primer damnificado lo es la sociedad en su conjunto, sin perjuicio

¹⁹⁴ Cfr. Ojeda Mestre, Ramón, *Las Acciones Colectivas en el Sistema Judicial Mexicano*, en “Lex, difusión y análisis”, cuarta época, año XIV, México, abril de 2010, p. V.

de que simultáneamente puedan resultar afectados, en forma particular, uno o varios de los individuos componentes del grupo.¹⁹⁵

En lo concerniente a los requisitos de las acciones colectivas, tenemos que uno o más miembros de un grupo pueden demandar o ser demandados como representantes de todos, si hay cuestiones de derecho o de hecho comunes al grupo, debiendo los representantes proteger equitativa y adecuadamente los intereses del grupo. Además, una acción colectiva puede ejercitarse si el ejercicio de acciones individuales separadas por o contra los miembros del grupo podría crear un riesgo de sentencias que podrían perjudicar los intereses de otros miembros del grupo que no han participado en el proceso individual, o que dañen o impidan la aptitud de estos para proteger sus propios intereses; o la parte que se oponga al grupo ha actuado o se ha rehusado a actuar de una manera uniforme con respecto al grupo, resultando apropiada una sentencia respecto al grupo entendido como unidad; asimismo, si el juez considera que las cuestiones de derecho o de hecho comunes a los miembros del grupo, predominan sobre cualquier cuestión individual, por lo que la acción colectiva es superior a otros métodos disponibles para la justa y eficaz resolución de la controversia. Por tanto, en las acciones colectivas se considera que el grupo está presente en juicio y así, la sentencia vincula a todos sus miembros.¹⁹⁶

Aún cuando este tipo de acciones tienen escasa aplicación en nuestra legislación y es exclusiva de ciertas materias como la ambiental y la de protección de los derechos del consumidor, consideramos válida la opción de quienes opinan que podrían tener aplicación en el Derecho Familiar, pues como lo hemos venido apreciando, cuando uno de los miembros de la familia resulta afectado, en realidad toda la estructura familiar se ve dañada, ello aunado a que la resolución de un conflicto de esta naturaleza debe perseguir tanto el bien común del grupo, como el de cada uno de sus miembros.

Es de suma importancia que las normas se concreten, se actualicen, se entiendan, sobre todo que la familia y sus miembros, a quienes van dirigidas

¹⁹⁵ Cfr. Ojeda Mestre, Ramón, ob. cit., p.p. VI-VII.

¹⁹⁶ Cfr. Gidi, Antonio, et. al., *Procesos Colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, segunda edición, Porrúa, México, 2004, p.p. 23-24.

las garantías, las conozcan, exijan su cumplimiento y, en su caso, los derechos y deberes que las mismas establecen, sean una realidad a favor de la familia.

Buscar la permanencia y estabilidad en las relaciones familiares, debe ser también una preocupación fundamental del legislador.

3.3. El ámbito jurisdiccional.

En relación con el tema de la justicia en materia familiar, nos encontramos también con varios planteamientos de suma importancia, que merecen ser atendidos, a saber:

*La posibilidad de reducir los requisitos formales tanto para la presentación de la demanda de garantías, como para la tramitación misma del Juicio de Amparo, o establecer excepciones a los mismos, tratándose de la materia familiar. Un avance de ello está contenido en el artículo 161 de la Ley de Amparo, el cual exime del cumplimiento del requisito de definitividad, tratándose de amparos contra actos que afecten derechos de menores e incapaces, en los promovidos contra sentencias dictadas en controversias sobre acciones del estado civil o que afecten el orden y la estabilidad de la familia:

“Las violaciones a las leyes del procedimiento a que se refieren los dos artículos anteriores sólo podrán reclamarse en la vía de amparo al promoverse la demanda contra la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio.

En los juicios civiles, el agraviado se sujetará a las siguientes reglas:

I.- Deberá impugnar la violación en el curso mismo del procedimiento mediante el recurso ordinario y dentro del término que la ley respectiva señale.

II.- Si la ley no concede el recurso ordinario a que se refiere la fracción anterior o si, concediéndolo, el recurso fuere desechado o declarado improcedente, deberá invocar la violación como agravio en la segunda instancia, si se cometió en la primera.

Estos requisitos no serán exigibles en amparos contra actos que afecten derechos de menores o incapaces, ni en los promovidos contra sentencias dictadas en controversias sobre acciones del estado civil o que afecten el orden y a la estabilidad de la familia”.¹⁹⁷

Y es que, al igual que la materia penal, la materia Familiar presenta algunas excepciones a las reglas generales para la tramitación del Juicio de Amparo, basta con estar en presencia de situaciones (actos de autoridad) que afecten el orden y la estabilidad de la familia. Por supuesto, desde nuestro punto de vista el juzgador debe ser una persona muy capacitada a fin de poder discernir en cada caso en particular de la materia familiar, es decir, casuísticamente, si en realidad se está causando una afectación al orden y la estabilidad familiar, para estar en aptitud de aplicar las excepciones a que se refiere la ley, porque es indudable que, por ejemplo, hablando del denominado Derecho Familiar aplicado (sucesiones) seguramente se esté en presencia de situaciones más de índole patrimonial que puramente familiar. Indudablemente que la materia familiar versa sobre la protección de valores fundamentales, principalmente la vida, la dignidad, el orden y la estabilidad familiar, así como la integridad psicológica, valores que resultan tan importantes como los tutelados por la ley en materia penal.

Como lo analizamos en el primer capítulo, el artículo 76 bis de la Ley de Amparo regula la suplencia de la queja de manera específica, en materia penal, en materia agraria, en materia laboral, y únicamente a favor de los menores e incapaces. ¿Y por qué no hacerla extensiva a toda la materia familiar? No debemos olvidar que el principio de orden público que distingue a los juicios de esta naturaleza, comprende a todos los miembros del núcleo familiar y no solamente a los menores. Por lo tanto, por simple razón de congruencia, es necesario extender dicho beneficio **a favor de todos los miembros de la familia.**

*Las resoluciones en materia Familiar deben tener un tratamiento especial, el necesario para proteger de una manera efectiva ese orden y

¹⁹⁷ *Ley de Amparo*, ob. cit., p. 45.

estabilidad familiar consagrado en nuestra Ley Suprema, independientemente de que ello implique la no aplicación estricta del derecho.

*Como ya lo analizamos en el primer capítulo, en el Distrito Federal, por lo que hace a la tramitación de controversias del orden familiar, específicamente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, por la misma naturaleza de los intereses en juego, prevalece el sistema de litis abierta, misma que conlleva la intervención de oficio por parte del juez. ¿Por qué no hacerlo extensivo a la materia federal, si es en beneficio de la familia?

*Cuando se encuentre en juego la tutela al bienestar integral de un menor, existe la obligación a cargo del juzgador de analizar todas las circunstancias que forman parte del entorno en que se desarrolla, incluyendo la apreciación y el sentir de éste, a fin de estar en aptitud de definir si dicho ambiente proporciona estabilidad a su desarrollo físico, psicológico, emocional, educativo.

*Resulta evidente, entonces, que las autoridades deben dar el tratamiento especial que merecen las controversias del orden familiar, por lo que su actuación debe desapegarse del principio de estricto derecho, adoptando la posibilidad absoluta de la litis abierta prevista por la propia ley.

*Aspectos relacionados con la patria potestad y la guarda y custodia exigen de manera especial medios de prueba que acrediten el bienestar de los menores, a fin de evitar las consecuencias negativas que repercutirán en el desarrollo de un infante que va a ver alterado su entorno cultural, escolar, económico, afectivo y psicológico al ser arrancado de un seno familiar al cual se encuentra perfectamente adaptado, y ser llevado a otro completamente extraño y, probablemente, adverso para su desarrollo.

*Resulta criticable que la ley no otorgue al Juez de Amparo tanta libertad en el ejercicio de sus atribuciones, como lo hace con el Juez de lo Familiar, quien está facultado para buscar soluciones “meta jurídicas”, es decir, más allá de lo regulado por la propia ley, si así lo exige la controversia familiar concreta, en aras del bienestar del grupo familiar, o en su caso, del menor.

*También es reprobable que en muchas ocasiones el Juez de Amparo no supla la deficiencia de la queja en beneficio del menor, siendo que el Amparo debe ser un juicio especialmente protector de sus intereses. Estas

consideraciones nos conducen a la conclusión de que el tribunal de Amparo es un tribunal de estricto derecho, en donde el juzgador no tiene tantas facultades para ejercer una libertad officiosa al momento de conocer sobre un juicio de garantías en materia familiar, especialmente estando en juego intereses de menores. Por lo tanto, hacemos patente la necesidad de crear en nuestro país, Tribunales Colegiados, Juzgados de Distrito e, inclusive, una Sala en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, especializados en materia familiar.

*Con base en lo anterior, el Juicio de Amparo en materia familiar tiene reglas especiales que lo distinguen de otras materias. Resalta aquí la importancia de la litis abierta que rige en materia familiar y que permite la posibilidad de que el juzgador lleve a la litis cuestiones no planteadas por las partes (que perjudiquen los derechos de los menores o de la familia), lo cual se contrapone a la aplicación manifiesta del estricto derecho que rige la actuación del Juez de Amparo.

*Atendiendo a todas las consideraciones anteriores, en materia familiar debería existir una revisión forzosa de legalidad de las resoluciones judiciales.

*Si en materia penal y agraria se disminuyen los requisitos formales para interponer la demanda de amparo, en aras de eliminar las desigualdades entre las partes que intervienen en dichos juicios y tomando en cuenta los altos valores que protegen las mismas, la materia familiar merece similar tratamiento. Esto, debido a que el artículo 168 de la Ley de Amparo dispone lo siguiente:

“Cuando no se presentaren las copias a que se refiere el artículo anterior, o no se presentaren todas las necesarias en asuntos del orden civil, administrativo o del trabajo, la autoridad responsable se abstendrá de remitir la demanda al tribunal colegiado de circuito, y de proveer sobre la suspensión, y mandará prevenir al promovente que presente las copias omitidas dentro del término de cinco días. Transcurrido dicho término sin presentarlas, la autoridad responsable remitirá la demanda, con el informe relativo sobre la omisión de las copias, a dicho tribunal, quien tendrá por no interpuesta la demanda.

En asuntos del orden penal, la falta de exhibición de las copias de la demanda de amparo no será motivo para tenerla por no interpuesta. En este supuesto, el tribunal que conozca del amparo mandará sacar las copias oficiosamente”.¹⁹⁸

A su vez, el artículo 217 de la misma ley establece lo siguiente:

“La demanda de amparo podrá interponerse en cualquier tiempo, cuando el amparo se promueva contra actos que tengan o puedan tener por efecto, privar total o parcialmente, en forma temporal o definitiva, de la propiedad, posesión o disfrute de sus derechos agrarios a un núcleo de población sujeto al régimen ejidal o comunal”.¹⁹⁹

Y por último, el artículo 221 del mismo ordenamiento legal determina:

“Con la demanda de amparo, el promovente acompañará copias para las partes que intervengan en el juicio. No será obstáculo para la admisión de la demanda la falta de cumplimiento de este requisito, en cuyo caso el juez oficiosamente mandará sacarlas”.²⁰⁰

Como ya lo hemos dicho, para la justicia federal, los juicios en materia familiar quedan comprendidos dentro del catálogo de los juicios civiles, por lo que los coloca en la hipótesis del artículo 168 citado, y en virtud del cual, ante la falta de exhibición de las copias de la demanda por parte del quejoso, procederá tenerla por no interpuesta, lo que se puede traducir en una consecuencia lamentable e irreparable para el particular y la familia perjudicada.

*Se ha propuesto también la creación en esta materia de un juicio breve, con la opción de un solo recurso en segunda instancia, a fin de dar una solución pronta a los conflictos familiares, que por su propia naturaleza llevan implícito el carácter de urgentes.

¹⁹⁸ *Ley de Amparo*, ob. cit., p. 46.

¹⁹⁹ *Idem*, p. 51.

²⁰⁰ *Idem*.

*Retomando lo comentado con anterioridad, plantearíamos también la existencia de intereses difusos o colectivos en nuestra materia, mismos que carecen de un titular único o particular, siendo su titular la familia en su conjunto, lo cual exigiría la inclusión de acciones colectivas para efectos de legitimación procesal en el Juicio de Amparo.

*Creemos viable la posibilidad de federalizar la materia familiar. Un Código Federal de Procedimientos Familiares, indudablemente mejoraría la administración de la justicia familiar. Esta materia exige procedimientos más ágiles y, sobre todo, que se deje de juzgar con criterios privatistas una rama del Derecho que por esencia es de orden público y que protege a la célula fundamental de la sociedad y del Estado. Los principios fundamentales del Derecho Procesal Familiar, deben realizarse con espíritu humano, altruista y justo. Conciliar los intereses superiores de la familia. Lograr su estabilidad cuando se llega a los tribunales. Exigir la intervención de expertos, de especialistas en Derecho Familiar, para mejorar la célula familiar, sabiendo que al fortalecerla, se protege mejor a la sociedad y al propio Estado. Salvaguardar y proteger a la familia, con normas adecuadas, es razón suficiente para promulgar un Código Familiar adjetivo, el cual permitirá la mejor solución de los conflictos de carácter familiar.²⁰¹

La aprobación de facultades discrecionales otorgadas al juzgador, son fundamentales para que la justicia sea pronta y expedita, así como la disminución de formalidades para evitar la dilación.

De acuerdo con las tendencias más modernas, el Derecho Procesal Familiar se distingue por sus características inquisitoriales, puesto que el juzgador debe tener las más amplias facultades y poderes para conducir el proceso.

*Resultaría óptimo facultar a los juzgadores para imponer multas, cuando sea evidente la ejecución de maniobras por parte de los abogados que asesoran a las partes con el propósito de retardar el procedimiento.

*En todo caso, el proceso en sí mismo genera conflictos en el seno del hogar, por lo que la norma jurídica se vislumbra como fuente de conflicto y regla de solución a la vez. En virtud de ello, los juzgadores, especialmente los

²⁰¹ Cfr. Güitrón Fuentesvilla, Julián, *Proyecto de Código de Procedimientos Familiares Tipo para los Estados Unidos Mexicanos*, Porrúa, México, 2004, p.p. 13-14.

que conocen de los juicios de amparo, deben llevar a cabo la aplicación y complementación de la normatividad, a fin de generar resoluciones prontas, expeditas, gratuitas y sobre todo, completas, implicando esto la satisfacción de la prevalencia del derecho subjetivo del gobernado.

*En materia familiar, el juicio de amparo, como medio de control de la constitucionalidad de los actos de autoridad y sobre todo, como juicio reparador de garantías, no se puede ver reducido a formulismos legales ni a exigencias que sólo se sustentan por razones de carácter histórico, como la aplicación del principio de estricto derecho, puesto que esta materia merece excepciones a todas las reglas. Por tanto, este juicio requiere de una redefinición, porque en esta materia que nos ocupa, no está cumpliendo los objetivos para los que fue creado, ya que no está tutelando a la familia como célula básica de la sociedad.

*Advertimos también la problemática en torno a la forma de reparar el daño causado por una sentencia mal dictada; evidentemente que en esta materia no es tan asequible como ocurre en otras, es más bien, imposible.

Ante toda la problemática planteada, cabría la siguiente interrogante: ¿En quién podemos depositar la confianza para garantizar que los problemas tendrán una solución real y no aparente desde la óptica estrictamente jurídica? Esta interrogante podría encontrar su respuesta en las palabras de Aristóteles, quien afirmaba: “Porque la verdad, siendo el juez una justicia viva, sería mucho más fácil y conveniente recurrir a él, que no a la ley, que es una cosa sorda y muda. La ley humana no puede hacerse cargo de todas las cosas, ni darse cuenta de todas las circunstancias particulares, como con su prudencia lo podría hacer un juez”.²⁰²

Y es que, efectivamente, ninguna ley puede regular todas las conductas humanas, dada la mutabilidad que las distingue, y concretamente, no puede contener una fórmula universal de la justicia, lo cual genera para el juzgador el deber de crear soluciones diferentes atendiendo a cada caso en particular, requiriendo de toda su prudencia, sensibilidad y sentido común y de esa manera entonces sí podremos hablar de soluciones justas.

²⁰² Cfr. De Soto, O. P. Domingo, *Sobre la Ley Humana en general*, en “Lecturas de Filosofía del Derecho”, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, diciembre de 2001, p. 410.

3.4. La interdisciplinariedad: Requisito sine qua non.

Partimos de la idea de que la interdisciplinariedad se refiere al tipo de trabajo científico que requiere la colaboración de diversas disciplinas y especialistas procedentes de diversas áreas. Es un conjunto de disciplinas conexas entre sí y con relaciones definidas, a fin de que sus actividades no se produzcan en forma aislada, dispersa y fraccionada; se trata de todo un proceso de integración de varias disciplinas, para la búsqueda de soluciones a problemas de investigación, por lo cual excluye la verticalidad de las investigaciones como proceso investigativo. Es, en suma, una apuesta por la pluralidad de perspectivas en la base de la investigación, ya que busca integrar teorías, métodos, instrumentos y fórmulas propios de diferentes disciplinas.²⁰³

La interdisciplinariedad opera a partir del campo teórico de una de las disciplinas presentes, la cual desarrolla problemáticas e hipótesis que se entrecruzan parcialmente con aquellas que elabora por su lado la otra disciplina.²⁰⁴

Manuel Atienza propone un estudio de este tipo, entre el Derecho y la Antropología, la Psicología, la Historia, la Sociología, la Economía, la Política, la Lógica, la Filosofía y la Informática, afirmando que desde las teorías y métodos de estas disciplinas se puede aplicar, desarrollar y sistematizar el derecho positivo. En efecto, el mapa de los saberes jurídicos tiene contornos que rebasan con mucho los del saber jurídico tradicional, por lo que es imprescindible que el derecho se abra hacia los diversos saberes jurídicos en busca de teorías y métodos que le resulten operativos.²⁰⁵

En efecto, todo estudio acerca del Derecho, debe incorporar diversos enfoques interdisciplinarios. Y es que, desafortunadamente, en nuestro país como en muchos, la ciencia jurídica ha permanecido en gran medida aislada de las ciencias sociales, sobre todo por haber apostado durante mucho tiempo por la aplicación exegética del derecho. Como resultado natural de este proceso, las doctrinas jurídicas han tendido a ser únicamente sistematizaciones del

²⁰³ Cfr. Tamayo y Tamayo, Mario. *Diccionario de la Investigación Científica*, Limusa, México, 1996, p. 96.

²⁰⁴ Cfr. Espinosa Torres, María del Pilar. *La interdisciplinariedad en la enseñanza del Derecho y en el Derecho Penal*, en www.letrasjuridicas.com, p. 2.

²⁰⁵ Cfr. Atienza, Manuel. *Introducción al Derecho*, Fontamara, Barcelona, 1998, p. 255.

derecho vigente, frecuentemente complementadas con citas de comentarios legislativos extranjeros o nacionales y, como consecuencia, la memorización de normas y conceptos doctrinales han ocupado un lugar central en la educación jurídica.

Juan Bautista Alberdi, jurista que contribuyó al establecimiento de las bases del sistema de derecho público y privado argentino, al referirse a la relación entre Derecho y Filosofía, señalaba que “saber leyes no es saber derecho...Una de las consecuencias de la separación de la filosofía y la jurisprudencia ha sido el error de considerar esta última rama como una pura ciencia práctica...Es el mayor absurdo que pueda cometerse. Jamás se nos llegará a persuadir de que la jurisprudencia no sea otra cosa que un arte mecánico. Esto es contrario a las intenciones mismas de nuestras leyes, que quieren ser atendidas en su espíritu más que en sus palabras. Y el estudio de este espíritu de las leyes no es distinto de la filosofía de las leyes, porque saber el espíritu de las leyes es saber lo que quieren las leyes; y para esto es menester saber de dónde salieron, qué misión tienen, a qué conducen: Cuestiones todas que constituyen la filosofía de las leyes”.²⁰⁶

Dentro de las diversas disciplinas que se interrelacionan con el Derecho, mención especial merece la Psicología. Mientras que algunos autores, como Olivecrona, trataron de construir una psicología del Derecho, elaborando teorías que pretendían configurar el Derecho como un fenómeno de naturaleza eminentemente psicológica, actualmente prevalece la tendencia a hacer de la psicología jurídica una psicología en el Derecho, es decir, una psicología aplicada que utiliza los métodos de análisis psicológico (psicología experimental) para facilitar y mejorar el funcionamiento del Derecho. En tal sentido, se han realizado investigaciones psicológicas sobre la prueba testimonial, sobre el procedimiento de toma de decisiones de los jueces, sobre la personalidad del delincuente; asimismo, se ha empleado el psicoanálisis como instrumento de política legislativa dirigido a proponer cambios en las sanciones penales que se estiman adecuadas para ciertos delitos, en la regulación de la responsabilidad por daños, y, particularmente, en la forma de regular el Derecho Familiar. Es importante destacar que la psicología jurídica

²⁰⁶ Cfr. Bautista Alberdi, Juan. *La educación jurídica*, en www.utdt.edu.

está estrechamente ligada con la sociología jurídica, pues los componentes psicológicos que se encuentran en el Derecho no suelen ser estrictamente individuales, sino que se dan dentro de un contexto social.²⁰⁷

Otros ejemplos significativos de intersección entre el Derecho y otras disciplinas, nos los ofrecen los Critical Legal Studies, corriente que dentro del derecho norteamericano ha construido la búsqueda de vinculaciones entre la Literatura, la Filosofía, el Derecho y los problemas políticos institucionales, a fin de formular estudios críticos relacionados con diversos temas. Dentro de esta corriente, una de las propuestas más prometedoras de interdisciplinariedad ha sido abordada desde el punto de vista de la Antropología, a través de los estudios de raza y género, los cuales se han enriquecido con la perspectiva del deconstructivismo, que ha destacado el papel de la mujer, olvidado por siglos con el predominio del patriarcado.

En nuestro país, y, particularmente en nuestra Universidad Nacional Autónoma de México, ejemplos de estudios interdisciplinarios son los realizados por el doctor en Medicina Fernando Cano Valle sobre Medicina y Derecho; otros se centran en la biodiversidad o la biotecnología, donde confluyen la Psicología, la Biología, la Ética, la Medicina, la Antropología y el Derecho (alimentos transgénicos, soberanía alimentaria, derecho nuclear, derecho de la comunicación, derecho e información, derecho y arte, derecho y literatura). Otros ejemplos de estudios interdisciplinarios los encontramos en la colección publicada por la editorial Fontamara, en torno a temas de Filosofía y Derecho. Ya Eduardo García Máynez en su Introducción al Estudio del Derecho, consideraba tres enfoques en el estudio del Derecho: El normativo, el sociológico y el axiológico, mismos pilares de la famosa teoría tridimensional del jurista brasileño Miguel Reale.

También en este espacio merecen especial mención los Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos, publicados por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, en los que se abordan temas en relación a la genética, los derechos humanos, las consideraciones éticas y jurídicas de los trasplantes de órganos, la biotecnología y el Derecho, la reproducción asistida, los aspectos jurídicos de la eutanasia, el genoma

²⁰⁷ Atienza, Manuel. *Ob. cit.*, p.259.

humano, por mencionar algunos. El núcleo trabaja desde hace varios años, como resultado de la preocupación de un grupo de investigadores y de la Dirección del Instituto, por abordar de forma adecuada y con la información suficiente, temáticas relacionadas con la salud que tienen un importante impacto en la vida social y requieren ser reguladas jurídicamente; para ello se hace necesario el trabajo interdisciplinario, con el fin de que la normatividad que se establezca a futuro, sea acorde con la realidad y resulte en una efectiva tutela de la dignidad de la persona y de sus derechos humanos.²⁰⁸

Entre los investigadores participantes en el Núcleo, existe la convicción de que actualmente la complejidad y velocidad en el desarrollo de la ciencia y la tecnología, hacen necesario un esfuerzo de permanente reflexión e investigación sobre el impacto de los desarrollos científicos y tecnológicos en otras áreas del conocimiento, sin dejar de tomar en cuenta, a su vez, el impacto que el desarrollo teórico y normativo del Derecho tiene en el desarrollo de la investigación en otras áreas.

En el campo de la salud, que incide de manera directa e inmediata en el bienestar de los individuos, el Derecho tiene un campo en el que es indispensable su presencia, especialmente en el control de las actividades que pudieran convertirse en atentados a la dignidad del hombre, como lo es el caso de la experimentación en seres humanos.

Un ejemplo más de estudios interdisciplinarios, particularmente entre Psicología y Derecho, han permitido establecer que existen bases biológicas para la conducta agresiva, en virtud de que ciertas hormonas y neurotransmisores son los encargados de regularla, llegando a concluirse que existen tres factores que se presentan en forma constante en los individuos violentos, a saber: Una historia de abuso psicológico y/o físico, antecedentes de daño y/o disfunción cerebral y personalidad paranoide.²⁰⁹

Podemos hablar también del nuevo concepto psicojurídico de la “conducencia”, consistente en la propiedad de una norma jurídica para provocar una reacción de cumplimiento en los sujetos destinatarios de la misma. El grado de esta aptitud depende de la adecuación de la norma a las

²⁰⁸ Cfr. www.bibliojuridica.org.

²⁰⁹ Cfr. Muñoz de Alba Medrano, Marcia. *Temas selectos de Derecho y Salud. Relatoría*, en www.bibliojuridica.org, p. 5.

leyes de la conducta. El conocimiento de estas leyes, mediante el análisis de la conducta, permitirá acrecentar la conducencia. Así entendida, la conducencia mira directamente hacia la operatividad técnica de la norma; cumple con ello la misión que debe asumir la Psicología jurídica, a saber, el análisis de la practicabilidad del Derecho.²¹⁰

El estudio de la salud y los derechos humanos, ha permitido definir que una merma en la calidad de la salud representa necesariamente una violación a los derechos fundamentales. Por lo que hace al genoma humano, se ha llegado a determinar que la intervención de éste constituye potencialmente una violación a la dignidad de la persona, ya que el manejo de la información genética, revela los aspectos más íntimos y personales del individuo, tales como su salud y proyección, motivo por el cual dicha intervención debe ser regulada adecuadamente por el derecho, pues la constitución genética del individuo es singular, constituye su individualidad, por lo que debe respetarse y no propiciar la discriminación, como consecuencia de las investigaciones que se practiquen.²¹¹

Merece especial mención que en los asuntos de investigación de la paternidad, presunciones de la filiación, contradicciones aún en los supuestos de los hijos de matrimonio, se resolverán con la aplicación de las pruebas genéticas que en la actualidad están a la vanguardia de la ciencia médica y la biología molecular. Por ello, es fundamental apreciar el apoyo multidisciplinario, que en este caso, las ciencias médicas otorgan al Derecho Familiar, haciendo desaparecer las imprecisiones e incertidumbres que afectaron a la familia desde siglos pasados, por fundar la filiación en presunciones y hechos aparentes. Así, la prueba denominada de genética molecular, consistente en el análisis comparativo del ácido desoxirribonucleico (ADN), se realiza por expertos, médicos doctorados en ciencias biológico-moleculares. Para su realización se utilizan marcadores genéticos y la probabilidad de error es de uno en cien millones. Se puede realizar en cualquier tejido biológico, cabello, músculo, piel, hueso, semen, sangre o exudado bucal.

²¹⁰ Cfr. Muñoz Sabaté, Lluís, et. al., ob. cit., p. 80.

²¹¹ Cfr. Muñoz de Alba Medrano, Marcia, ob. cit., p.p. 6-7.

Dirigiendo la mirada al derecho comparado, observamos que en Norteamérica fue a partir de las décadas de 1950 y 1960, cuando los tribunales se abrieron considerablemente al peritaje psicológico, e incluso en una cantidad de casos en que dicho peritaje fue rechazado en primera instancia, el tribunal de apelación revocó la decisión. Su intervención abarca no sólo los casos delictivos sino otros muchos civiles. Situación similar ocurre en Inglaterra. De igual manera, en Italia han ido en aumento los peritajes psicológicos admitidos por los tribunales, preferentemente en materia penal y familiar. En Holanda, los tribunales eclesiásticos someten a los cónyuges a un examen psicológico que estudia el caso y la posibilidad de que continúen las relaciones matrimoniales. Si el juicio de los jueces y psicólogos es negativo, el matrimonio es declarado nulo y los cónyuges quedan en libertad de contraer nuevo matrimonio canónico. Igualmente, la doctrina alemana augura a la pericia psicológica un espléndido porvenir en el derecho probatorio.²¹²

Es obvio que ninguna norma de derecho positivo se opone a que el psicólogo sea llamado a dictaminar como perito ante los tribunales.

Con base en todo lo anterior, advertimos la gran importancia de los estudios jurídicos interdisciplinarios y su auge en la actualidad, especialmente en el Derecho Familiar, para cuya materia la tarea interdisciplinaria es vital, tal y como ya lo mencionamos en párrafos anteriores.

Ilustra muy bien el tema de la justicia en materia familiar, el criterio sustentado en la tesis pronunciada en relación con la desvinculación de la guarda y custodia de la patria potestad, cuando así lo hace necesario el interés del menor. En efecto, la patria potestad implica no sólo derechos, sino también deberes, sobre todo el interés y protección del menor, en cuyo conglomerado de derechos y deberes que implican la función de la paternidad, se conjuga el interés paterno con el familiar y social, encontrándose inmersa la custodia del menor. Si los padres tienen el derecho de tener consigo a sus hijos conviviendo personalmente con ellos, en algunos casos cuando las circunstancias lo requieren para el bien del menor, resulta necesario desvincular el ejercicio de la guarda y custodia con el de la patria potestad. Así sucede, por ejemplo, cuando ha quedado debidamente acreditado que un menor ha vivido al lado de

²¹² Cfr. Muñoz Sabaté, Lluís, et. al., ob. cit., p. 212.

sus abuelos maternos, por un periodo ininterrumpido de tiempo desde su nacimiento, no resultando lógico que por una vinculación de la patria potestad con la custodia se ligaran ambas de manera indisoluble, sin tomar en cuenta la opinión del menor, la familia y la sociedad. Las legislaciones deben avanzar en estos aspectos, dejando que el Juez resuelva de tal suerte que si el interés del menor lo exigiere, por razones graves que expondrá en su fallo, podrá apartarse de las disposiciones establecidas por el Código Civil, estableciendo las modalidades que juzgue convenientes y dictando las medidas necesarias para encomendar la guarda a un tercero, especialmente a un pariente o inclusive a una institución particular. En todo caso, el menor es el sujeto en quien debe recaer la aplicación preferente del derecho, entendida por preferencia la circunstancia que exalte el interés del menor sobre cualquier otro, sobre todo tomando en consideración que los especialistas en el estudio de los menores han coincidido de manera unánime al establecer que la formación de la personalidad del menor, se verifica en los primeros cinco años de vida, por lo que al desvincularlo de una relación afectiva, se le ocasionaría una lesión que deja graves huellas psicológicas y emocionales.²¹³

La problemática citada y las deficiencias en las normas jurídicas a que nos hemos referido, obedecen a una razón principal: La ignorancia del vínculo interdisciplinario existente entre el Derecho Familiar y las demás disciplinas del saber. Esto, a su vez, se debe a la falta de especialización tanto de postulantes, como de impartidores de justicia y legisladores en esta área. Y es que sólo un especialista en la materia puede tener la visión completa de las diversas disciplinas que deben ser tomadas en cuenta para patrocinar una causa en esta materia, resolver un conflicto de intereses o para crear una norma.

Así, debe hacerse patente la necesidad de que las resoluciones judiciales se encuentren apoyadas científicamente, trátase de una que determine la custodia, hasta aquella que decide sobre la paternidad, la pérdida de la patria potestad, los alimentos y hasta el divorcio. Y es que el auxilio que prestan otras disciplinas al Derecho, es tan valioso, que por ejemplo, lo

²¹³ *Patria potestad. Puede desvincularse de la guardia y custodia si el interés del menor lo hace necesario*, tesis aislada, séptima época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, tomo 217-228, p. 242.

podemos apreciar en la intervención de los psicólogos en las controversias o procedimientos en que intervienen menores.

Es muy importante destacar que en las controversias de orden familiar, se debe satisfacer el valor humano de la justicia, es decir, que el juez hable con las partes, las interroge, asuma su sentir, para lo cual deberá auxiliarse, especialmente de expertos en Psicología.

En cuanto a la Psicología aplicada al Derecho Familiar, básicamente la función del psicólogo consiste en auxiliar al juez en las siguientes tareas: En los juicios de divorcio, auxiliando al órgano jurisdiccional respecto a la orientación y entrevistas con las partes que intervienen en el proceso, especialmente la atención que deben recibir los hijos que viven ese drama; en cualquier juicio o controversia del orden familiar, auxiliando al órgano jurisdiccional con dictámenes psicológicos, para orientar la mejor toma de la decisión judicial que corresponda, así como de las medidas que se adopten referentes a los hijos, en los casos de divorcio, paternidad, custodia, alimentos, educación, tutela y adopción, entre otros; en la emisión de los informes técnicos de su especialidad, cualesquiera que solicite el juez, así como en el seguimiento de los casos.

Los dictámenes psicológicos (mismos que pueden ser ordenados por el juez, de oficio, o a petición de parte interesada) versarán sobre las medidas a adoptar respecto al cuidado y educación de los hijos. Los casos más comunes en los que se efectúa una evaluación psicológica, son: Guarda y Custodia y el Diseño del Régimen de Visitas más adecuado en cada caso que se estudia. Un dictamen pericial consistirá, por ejemplo, en la opinión de un experto sobre qué medida será la mejor para un niño en caso de separarse sus padres, o al menos cuál será la menos perjudicial para su desarrollo y equilibrio psicosocial. Las relaciones padres-hijos pueden pasar desde la normalidad, si los padres tienen clara la separación y existe diálogo como padres, hasta el rechazo total de los hijos hacia el que no ejerce la guarda y custodia, si el nivel de rivalidad y hostilidad entre los padres es alto e implica a los hijos.

Refirámonos, por ejemplo, al denominado “Síndrome de Salomón” o del niño “partido en dos”, consistente en el conjunto de alteraciones, emociones y sentimientos que acontecen en un niño cuando sus padres se separan. El niño se siente dividido cuando sus padres no consiguen ponerse de acuerdo en las

versiones que dan sobre su separación, en las visitas, en el estilo de crianza y educación y en los mensajes que ofrecen al niño. Éste siente que es desleal a aquellos a los que más quiere, comenzando a aparecer los síntomas y, por tanto, necesitando la intervención de un profesional en Psicología que ayude a sanarlos.²¹⁴

Por tanto, los psicólogos deben asesorar al juez en los procesos de separación y divorcio, en las medidas a adoptar respecto a los hijos y en otras situaciones tales como nulidad, matrimonio de menores, acogimiento y adopciones. El psicólogo efectuará la evaluación diagnóstica (peritaje), sobre la existencia de algún trastorno de personalidad, orgánico, conductual, establecimiento del equilibrio emocional, personalidad de cónyuges o adoptantes, trastornos e incompatibilidad de carácter, aversión sexual, impotencia psicógena, captaciones de voluntad en materia testamentaria, estimación de estándares judiciales (por ejemplo, "buen padre de familia"), o cualquier otro aspecto que pueda ser considerado como trascendente en el desarrollo del procedimiento, a fin de que el juzgador tenga mayor información con respecto a cada una de las partes y con ello pueda emitir una sentencia más justa.²¹⁵

Es importante señalar que el psicólogo que se desempeñe como perito debe poseer conocimientos de Sociología (relaciones sociales, costumbres, creencias), Psicología forense (testimonio, técnicas de evaluación, interrogatorio), Psicología social (atribuciones, cognición y percepción social), Psicología clínica (entrevistas, pruebas psicológicas), Psicología educativa (etapas del desarrollo, capacidades cognitivas), entre otros.

Cabe hacer mención que el campo de la prueba judicial fue una de las primeras áreas de la Psicología aplicada. La Psicología de testimonio centra su atención preferentemente en los problemas del error y la mentira, en áreas de la sensación, percepción, memoria y emoción (aplicación del polígrafo). También merece interés la aplicación de la Psicología a la interpretación de documentos, desde un doble punto de vista crítico y proyectivo o grafológico. Y es en el campo de la semiótica o prueba por signos (lo que jurídicamente se

²¹⁴ Cfr. Barbero, María y María Bilbao, *El Síndrome de Salomón, el niño partido en dos*, en www.espaciologopedico.com.

²¹⁵ Cfr. Muñoz Sabaté, Lluís, *et al.*, ob. cit., p. 215.

denomina presunciones o indicios), donde los conocimientos psicológicos pueden rendir un servicio de gran alcance y valiosas consecuencias para la obtención de inferencias que contribuyan a interpretar los hechos y a evitar errores judiciales.²¹⁶

Todo esto nos lleva a tratar las cuestiones relacionadas con los peritajes psicológicos en el foro, carentes hoy en día tanto de una idónea reglamentación, como de una suficiente experiencia para motivar a los jueces y abogados en su empleo. Existe todavía la tendencia a suponer que la resolución de problemas, especialmente sobre errores de percepción, estudios de conductas o de motivación, puede ser abandonada al simple sentido común de los jueces; pero se trata de una creencia que ha dado lugar a muchísimos errores judiciales, puesto que existirá siempre la duda respecto a la comprensión y conocimiento por parte de los juzgadores para resolver esta clase de problemas.

A fin de ejemplificar la importancia del aspecto psicológico en los conflictos propios del Derecho Familiar, el principio de la protección del interés superior del menor a que nos hemos referido a lo largo de la presente investigación, garantiza las condiciones de salud física y mental en que debe desarrollarse el menor. Al respecto, citamos a continuación los tipos de comportamiento anormal que pueden presentarse:

-Trastornos de ansiedad: Problemas en los que la ansiedad imposibilita el desempeño cotidiano (pánico, fobias, trastorno obsesivo-compulsivo, trastorno de estrés postraumático).

-Trastornos somatoformes: Complicaciones psicológicas manifiestas a través de problemas físicos.

-Trastornos disociativos: División de partes importantes de la personalidad que suelen estar integradas (personalidad múltiple, amnesia disociativa).

-Trastornos del estado de ánimo: Sentimientos de euforia o depresión que son lo bastante fuertes como para afectar la vida cotidiana (depresión, trastorno bipolar).

²¹⁶Cfr. Muñoz Sabaté, Lluís, *et al*, ob. cit., p. 67.

-Esquizofrenia: Problemas de desempeño, perturbación del lenguaje y del pensamiento, trastornos de percepción, perturbaciones emocionales y aislamiento de los demás.

-Trastornos de la personalidad: Problemas que generan poco malestar personal, pero que conducen a una incapacidad para desempeñarse como miembros normales de la sociedad.

-Trastornos sexuales: Problemas relacionados con la excitación a partir de objetos extraños, o problemas vinculados con el desempeño sexual.

-Trastornos relacionados con el uso de sustancias: Problemas relacionados con el consumo y la dependencia a las drogas.

-Trastornos cognitivos, como delirio, demencia, amnesia.²¹⁷

Es probable que un menor, a simple vista, no se vea integrado plenamente al círculo familiar al que pertenece, y quizás el juzgador pueda percatarse de ello, o tal vez no, porque simplemente podría pensar que es introvertido, tímido o triste. Pero un juzgador que tenga la preparación y la sensibilidad necesaria para saber que ese menor puede padecer alguno de los trastornos citados, exigirá que se le practiquen los exámenes psicológicos necesarios a fin de determinar su condición exacta y, por ende, tomar las medidas necesarias para su recuperación, a fin de que logre alcanzar el efectivo estado de salud mental que tutela el principio de la protección del interés superior del menor.

No dudamos en reiterar que las resoluciones judiciales, especialmente en esta materia, deben tener el sustento científico que requieran, tratándose de un auto que determina la custodia, hasta aquella que decide sobre la paternidad, la pérdida de la patria potestad, los alimentos, y hasta el divorcio; también, aquellas que en el ámbito penal abordan la cuestión de la personalidad, tanto del delincuente como de la víctima, ordenan tratamientos psicológicos o determinan las penas y medidas de seguridad en todos aquellos casos de delitos que involucran o impactan las relaciones familiares. Por ello, el profesional de la Psicología puede apoyar en la toma de resoluciones judiciales, en diligencias diversas y con estudios científicos que permitan dar razones que justifiquen las decisiones judiciales, para que éstas mejoren la

²¹⁷ Cfr. Sue, D., *et al*, *Comportamiento anormal*, cuarta edición, McGraw-Hill, México, 2000, p.p. 114-115.

calidad en la impartición y administración de justicia, brindándose un servicio especializado más humanizado.²¹⁸

La preparación que posee un psicólogo, comprende conocimientos y habilidades valiosísimos que pueden coadyuvar de una manera muy importante a la impartición de la justicia en materia familiar, a saber:

° Cuenta con las herramientas necesarias para manejar situaciones de crisis. Es bien sabido que en la mayoría de las actuaciones familiares, los actores involucrados en el proceso litigioso, tienden a caer en situaciones de crisis, las cuales consternan tanto a abogados como a funcionarios judiciales, que en el mejor de los casos (si no es ignorada la situación de crisis), recurren a conocimientos empíricos para tratar de mitigar la situación.

° Audiencias con menores. La formación profesional que tiene el psicólogo, le brinda la capacidad de empatizar con el menor, de tal manera que puede entablar una relación menos estresante, a fin de establecer una relación de iguales, logrando así una comunicación más asertiva. Además, sabe en qué nivel intelectual se encuentra el menor, y con base en ello, establece un lenguaje adecuado para generar en él una actitud de colaboración, logrando saber su sentir. Asimismo, conoce y sabe, acorde a la edad de los menores, de las etapas de desarrollo en que se encuentran, lo que le facilita saber qué necesidades son imperantes satisfacer en cada etapa.

° Es el profesional idóneo para intervenir en los procesos de mediación.

° Entrevistas. El profesional de la Psicología conoce las técnicas de la entrevista, lo que le permite identificar cuándo es necesario profundizar en alguna área en específico, cuándo es necesario canalizar a las partes a terapia individual, de pareja o familiar, el grado de afectación de los menores, mismo que se debe corroborar a través de estudios psicológicos.

*Estudios psicológicos. El psicólogo como perito o especialista, puede proporcionar el más aproximado conocimiento de la personalidad de un presunto autor de delito, de la conducta y de la confiabilidad de sus declaraciones; es capaz de realizar un estudio clínico descriptivo sobre los

²¹⁸ Cfr. Kuljacha Lerma, Elsa Amalia y Josefa Hedith Andrade Favela, *Adscripción de Psicólogos en los Juzgados Familiares y Penales. Necesidad de apoyo científico en la toma de resoluciones judiciales*, en "Panorama Internacional de Derecho de Familia", Tomo I, ob. cit., p.p. 97-98.

rasgos del delincuente, de la conducta delictiva, de la estructura familiar y social, analiza las personalidades psicopatológicas, psicosis, neurosis, etcétera.

Con todo ello se puede lograr que el juez cuente, en todos los casos, con la visión de una postura objetiva, donde no influyan intereses de las partes, del Ministerio Público o de la defensa, para apoyar científicamente las resoluciones que emita en cualquiera de las fases del procedimiento, en forma oficiosa, y sin necesidad de impulso procesal, siendo obvio que la sentencia que decida los intereses de los involucrados en los procesos familiares, será altamente cualitativa, acertada y justa.²¹⁹

Es importante destacar que las relaciones familiares y la elasticidad social hacen que se replanteen las nociones jurídicas vigentes en otros tiempos, sin dejar de subrayar que la constante tensión que hay entre Derecho y moral se hace notar mucho más acentuadamente en el Derecho Familiar. Ejemplo de ello, son los temas del aborto, la reasignación para la concordancia sexo-genérica, el matrimonio entre personas del mismo sexo y la adopción homoparental, estos tres últimos analizados en la presente investigación, temas cuyos postuladores, más allá del debate moral e ideológico, han ignorado casi por completo su revisión y su regulación jurídica desde la perspectiva de la ciencia médica que en estos casos en particular es la que debe prevalecer aún sobre el criterio de los propios legisladores.

El estudio e investigación del Derecho en nuestros días, necesariamente debe considerar las relaciones con otras disciplinas o saberes. Tal vez el aspecto más problemático, es el de la aplicación por parte de los juzgadores. Y es que, por ejemplo, ¿cómo considerar aspectos sociológicos, médicos o históricos dentro de una resolución, sin perder la certeza jurídica o la legalidad? Enorme reto para los jueces, quienes necesariamente tendrán que resolver tomando en cuenta las aportaciones de las distintas disciplinas, y no porque deban ser peritos en todas las materias, sino para que estén en aptitud de conocer desde el tipo de lenguaje que se maneja, hasta los problemas concretos que deben ser atendidos de manera particular y especial. Esto exige ineludiblemente una alta capacitación a todo profesional del derecho.

²¹⁹ Cfr. Kuljacha Lerma, Elsa Amalia y Josefa Hedith Andrade Favela, ob. cit., p.p. 107-108.

Con base en todas las consideraciones anteriores, podemos afirmar categóricamente, que una adecuada impartición de justicia en materia Familiar, se logrará con leyes reguladoras de su realidad social y con tribunales familiares, con expertos en humanidades, psicólogos, trabajadores sociales, psiquiatras, médicos generales, agrupados en torno al juez, con el objeto de orientar y solucionar adecuadamente esos problemas, los cuales, muchas veces, se resolverán con un consejo o una orientación bien intencionada.

“La sociedad debería apostar por la Psicología, más concretamente por la Psicología social si quiere lograr una comprensión más cabal de todo aquello que se relaciona con el mundo de las leyes y su aplicación: una justicia mejor en un mundo más libre y solidario, no estaría de más que con este noble propósito en el horizonte, la Psicología ayude a que la luz llegue a la mirada de la justicia que la mitología nos ha legado con una balanza en la mano y una venda en los ojos”.²²⁰

Es bien cierto que sólo se servirá a la justicia cuando aquellos que no han sido agraviados por un crimen, experimenten tanta indignación como aquellos que han sufrido ese agravio.²²¹

Es por todo lo anterior que el título de este último apartado subraya la importancia de la interdisciplinariedad, sin la cual no podremos consolidar una verdadera justicia en materia familiar.

Como corolario de todo lo planteado y analizado, haremos unas breves consideraciones en torno al tema específico de la justicia en el Derecho Familiar.

En la actualidad, la ley se concreta más en un acto de voluntad que de conocimiento; su fuerza la obtiene no de su contenido, sino de su procedencia del máximo órgano del poder político. Por ello, presenciamos la pérdida de la dimensión sapiencial, es decir, del carácter óntico del Derecho, como algo propio de la naturaleza de la sociedad, que se descubre y se lee en la realidad cósmica y social y se traduce en reglas. Es inquietante la desconfianza que el hombre de la calle, el hombre corriente, muestra hacia el Derecho, desconfianza que nace de su convicción de que el Derecho es algo diferente a la justicia, algo que se identifica con la ley (quizá se pueda precisar que es

²²⁰ Cfr. Muñoz Sabaté, Lluís, *et al.*, ob. cit., p. 5.

²²¹ Cfr. O'Connor, Nancy, ob. cit., p. 160.

diferente a la justicia precisamente porque se identifica con la ley). El hombre de la calle, depositario del sentido común del hombre corriente, tiene razón. El Derecho se le presenta sólo como ley, y la ley es el mandato autoritario que desde arriba llega a la inerme comunidad de ciudadanos sin tener en cuenta los fermentos que circulan en la conciencia colectiva, indiferente a la variedad de las situaciones que intenta regular. De esta manera, la ley es imperturbable frente a casos y motivos particulares, es rígida, es insensible a las posibles diferentes exigencias de los destinatarios, y su carácter es autoritario, pues su contenido es indiscutible. Con ello, lo que el Estado asegura a los ciudadanos, es sólo un conjunto de garantías formales: Únicamente es ley el acto que procede de determinados órganos y a través de un procedimiento; el problema de su contenido, es decir, el problema de la justicia, de su correspondencia con lo que la conciencia común tiene como justo, es extraño a esta visión. Obviamente, la justicia sigue siendo el fin del orden jurídico, pero un fin externo; los ciudadanos sólo pueden esperar que los productores de las leyes se adecuen a ella, pero de todos modos también deben prestar obediencia a la ley injusta.²²²

Desde nuestro punto de vista, hablar de justicia exige hablar del concepto de Derecho dúctil creado por Gustavo Zagrebelsky. Él, al igual que Grossi, considera que el Derecho debe dar cabida a la ley, los principios y la justicia. Para ello, el pluralismo social se debe ver reflejado en la Constitución. En su actuar, el juez debe encontrar los principios, aunque no obren expresos en la Constitución y las leyes (podríamos considerar, entonces, que estamos en presencia de un positivismo flexible). No se pueden explicar los derechos, sin explicar lo que es el Derecho. Los derechos se ven situados entre la ley y la justicia. El juez es el eje del concepto de ley y de justicia, puesto que él debe definir, limitar y maximizar los derechos (frente al derecho de un individuo está el de otro). Los principios exigen de parte del juzgador su prudencia, para llevar a cabo una ponderación adecuada. Para Zagrebelsky, lo más importante son los principios, puesto que por medio de ellos se puede superar la sumisión de la justicia a la ley. Construye también el principio de solidaridad constitucional, el cual consiste en sacrificar el interés individual en aras del beneficio colectivo

²²² Cfr. Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, Trotta, Madrid, 2003, p.p. 17, 21, 22.

o común (en nuestro caso, el de la familia). En suma, el juez es el encargado de encontrar el contenido de la Constitución basado en la coexistencia de valores y principios. Debe aspirarse no a uno, sino a los muchos principios y valores que conforman la convivencia colectiva: La libertad de la sociedad, pero también las reformas sociales; la igualdad ante ley, y por tanto la generalidad de trato jurídico, pero también la igualdad respecto a las situaciones, y por tanto, la especialidad de las reglas jurídicas; el reconocimiento de los derechos de los individuos, pero también de los derechos de la sociedad; la valoración de las capacidades materiales y espirituales de los individuos, pero también la protección de los bienes colectivos frente a la fuerza destructora de aquéllos; el rigor en la aplicación de la ley, pero también la piedad ante sus consecuencias más rígidas; la responsabilidad individual en la determinación de la propia existencia, pero también la intervención colectiva para el apoyo a los más débiles.²²³

Los principios proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas que a priori aparecen indeterminadas; puesto que carecen de supuestos de hecho, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles reaccionar ante el caso concreto; su significado no puede determinarse en abstracto; además, los principios presentan una dimensión que las reglas no poseen: La del peso y la importancia. No hay regla escrita que no presente algún margen de ambigüedad o que no se preste a alguna interpretación evasiva; no todos los casos encuentran siempre la regla adecuada, o se producen colisiones entre los contenidos de las normas jurídicas no siempre fáciles de resolver con los instrumentos de eliminación de antinomias que los propios ordenamientos prevén. En estos casos (para superar las dudas interpretativas, colmar las lagunas y resolver contradicciones) entrarían en acción los principios del derecho, como perfeccionamiento del ordenamiento jurídico.²²⁴

Actualmente, la apelación a la justicia, junto o frente a las reglas jurídicas, ya no puede verse como un gesto subversivo y destructor del Derecho, sino que es algo previsto y admitido. Podríamos considerar a los

²²³ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, novena edición, Trotta, Madrid, 2009, p. 16.

²²⁴ *Idem*, p. 117.

jueces como los actuales “señores del derecho”, pues en ellos se dan cita todas las dimensiones del Derecho: La ley, los derechos y la justicia. El legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como “partes” del Derecho, y no como “todo el Derecho”; en cambio, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del Derecho, pues son los garantes de su complejidad estructural, de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. En suma, el Derecho no es objeto de propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos.²²⁵

Debe haber un juez independiente que intervenga para reparar las injusticias sufridas, para tutelar los derechos de un individuo, aunque la mayoría o incluso los demás en su totalidad se unieran contra él.²²⁶

El Derecho no puede ser injusto; sería una contradicción. Pero la ley bien puede serlo. Existe, pues, una justicia objetiva y racional distinta a lo expresado por el Derecho positivo.²²⁷

Es indudable que la familia, además de ser un producto natural y necesario, tiene más importancia que el propio Estado, siendo su origen anterior a éste. La familia no se agota en la necesidad sexual y en la crianza de la prole; va más allá, es un hecho jurídico social que sustenta al Estado, que le da fuerza moral y cohesión. En relación a los valores realizados en el seno familiar (respeto, lealtad, dignidad, honestidad, moralidad, interrelación, ayuda mutua), los miembros de una familia ejercerán esa axiología en la calle, en la escuela, en el trabajo, en la profesión; en caso contrario, serán elementos negativos, primero para la familia misma y después para la sociedad y el Estado. Evidentemente, la familia y el Estado tienen comunidad de relaciones jurídicas.

El Derecho, antes de ser poder, norma o sistema de categorías formales, es experiencia, es decir, una dimensión de la vida social. El único instrumento para quitarle al Derecho el repugnante esmalte potestativo y autoritario tradicional, es concebir su producción como un procedimiento que no termina con la aprobación de la norma, sino que tiene un momento

²²⁵ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, ob. cit., p. 153.

²²⁶ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, cuarta edición, Trotta, Madrid, 2001, p. 27.

²²⁷ Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Fontamara, Madrid, 1996, p. 38.

subsiguiente, el interpretativo, como momento propio de la formación de la realidad compleja de la norma, en suma, la interpretación como momento esencial de la positividad de la misma norma, condición necesaria para la concreción de su positividad. Debe desaparecer la idea de que el Derecho se hace sólo mediante leyes y que únicamente el legislador es sujeto iusproductivo.²²⁸

Aunque sabemos que no siempre es fácil determinar el alcance del Derecho (el contenido que se le quiere dar en el caso específico), el tema de la ponderación es fundamental en materia familiar. Según Robert Alexy, la ponderación consta de tres pasos, a saber: En el primero, es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios; en el segundo, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; finalmente, en el tercero, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro²²⁹. La ponderación es el procedimiento por antonomasia, para fundamentar y justificar las decisiones judiciales en aquellos casos en los que se presenta la colisión entre dos derechos fundamentales. Estamos conscientes de que no se puede encontrar una fórmula universal para la resolución de cualquier conflicto, que el juzgador se ve obligado a maximizar derechos a costa del sacrificio de otros (es aquí donde se habla de la suma cero, en la que para que alguien gane, alguien tiene que perder), pero el interés superior de los menores y, sobre todo, de la familia, justifica cualquier sacrificio.

También merece una inclusión especial en este apartado, la denominada “fórmula Radbruch”, misma que tiene un contenido valiosísimo en relación con el tema de la justicia. Reza así:

“El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo afianzado por la promulgación y la fuerza tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como ‘Derecho injusto’ ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida

²²⁸ Cfr. Grossi, Paolo, ob. cit., p.p. 45, 59, 64.

²²⁹ Cfr. Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 66.

entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo 'Derecho injusto', sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica".²³⁰

Esta fórmula consta de dos partes. En la primera parte se dice que las leyes positivas pierden su validez jurídica si su contradicción con la justicia alcanza una medida insoportable. En la segunda parte, se niega la naturaleza jurídica a las leyes positivas si en su establecimiento es negada conscientemente la igualdad, que según Radbruch representa el núcleo de la justicia. La primera tiene un carácter objetivo, pues aplica la medida de la injusticia; en la segunda se trata de algo subjetivo, es decir, los propósitos o las intenciones del legislador.

Por tanto, de conformidad con lo anterior, las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas. En suma, la extrema injusticia no es Derecho.²³¹

El Derecho es una realidad cultural, una realidad al servicio de valores. La justicia no es la contenida en el derecho positivo, sino aquella que es pauta axiológica de éste, valor absoluto que descansa en él mismo y no deriva de otro superior, idea del Derecho anterior y superior a la ley. El Derecho conlleva el propósito de realizar la justicia y si el hacedor del Derecho no cuenta con esa intención, su obra queda comprometida en la juridicidad.²³²

Y ¿cómo determinar que una norma o una situación de hecho es extremada o insoportablemente injusta? El sentimiento de injusticia consiste en el hecho, dado de manera inmediata en nuestra conciencia, de reaccionar frente a una situación injusta. Este sentimiento se anida en nuestro interior y no

²³⁰ Alexy, Robert, *Una defensa de la fórmula de Radbruch*, Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 356.

²³¹ Idem, p. 358.

²³² Cfr. Vigo, Rodolfo Luis, *La axiología jurídica de Gustav Radbruch*, Buenos Aires, 1998, p. 28.

sólo se dirige contra las conductas de los demás, sino contra nosotros mismos.

233

El tema de la justicia encuentra un vínculo muy importante con el de la opacidad del Derecho, sobre todo en la materia que analizamos. Veamos por qué: Las leyes no pueden ser aprendidas, y a veces ni siquiera leídas por los particulares (muchas veces ni se sabe de su existencia), menos aún dominadas y concordadas. Aún cuando tuvieran noticia de su existencia y tiempo y gusto para leerlas, no las entenderían, debido también a los tecnicismos que contienen, mismos que las hacen parecer como un habla diferente. El desconocimiento del Derecho, que afecta a la sociedad en su conjunto, tiene efectos más adversos cuanto mayor sea el grado de vulnerabilidad social, cultural, económica, del grupo que lo padece.²³⁴

En este fenómeno del desconocimiento del Derecho es necesario distinguir una enorme gama de matices, que van de la ignorancia eventualmente en un individuo o grupo, que por razones culturales, sociales, económicas, etcétera, padece una situación de marginalidad o aculturación absolutas, al desconocimiento parcial del ordenamiento jurídico complejo, que puede afectar, incluso, a un operador jurídico cualificado. Y cuando es poco frecuente encontrar casos de un desconocimiento absoluto del Derecho, ni siquiera en los sectores sociales más desfavorecidos, lo que resulta habitual es la presencia, en la población en general, aún en los sectores altos y con instrucción calificada, de una idea muy difusa acerca del Derecho.²³⁵

La opacidad del Derecho a que alude Carlos María Cárcova, es otro fenómeno que vulnera el ámbito del Derecho Familiar, siendo que en esta materia el Derecho debería ser asequible y entendible por todos los estratos sociales. Por ello, el Estado debe estar en condiciones de movilizar recursos financieros, humanos, burocráticos, organizacionales y tecnológicos, para divulgar nociones mínimas y fundamentales acerca de derechos básicos y garantías entre toda la población, lo cual produciría un salto cualitativo en políticas de igualdad.

²³³ Cfr. Cienfuegos Salgado, David, *Las otras visiones del arbitrio judicial (una visita a la obra de Alejandro Nieto)*, en Estudios sobre Interpretación y Argumentación Jurídicas, segunda edición, editora Laguna, México, 2010, p. 84.

²³⁴ Cfr. Cárcova, Carlos María, *La opacidad del Derecho*, Trotta, Madrid, 2007, p. 37.

²³⁵ Idem, p. 39.

El ideal ético del Derecho, es la justicia. Pero, como lo afirma Ferrajoli, el Derecho moderno se presenta tal como va configurándose a través de diversas relaciones de poder, pero también, como lo quieren y lo construyen los hombres, con sus reivindicaciones y sus luchas y, por supuesto, con el trabajo de los filósofos y los juristas. Por lo tanto, el “cómo es” y el “cómo será” del Derecho, depende en gran medida de lo que nosotros, en cuanto filósofos o juristas, criticamos, hacemos y proponemos. En suma, debemos recuperar la dimensión normativa y axiológica de la ciencia jurídica en un doble sentido: Rehabilitando su función creativa y “tomando en serio” el Derecho, reconociendo que es como lo hacen los hombres, como nosotros (los juristas) lo construimos, pues somos en buena medida responsables de él, y al mismo tiempo, que el Derecho es un sistema normativo, que, en caso de sufrir violaciones, dicha ilegitimidad debe ser denunciada.²³⁶

Cabe hacer referencia también al cuarto mandamiento del abogado del decálogo de Eduardo Couture (y quizás el más importante), el cual establece: Tu deber es luchar por el derecho, pero el día en que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia. La lucha por el Derecho plantea cada día el problema del fin y de los medios. El Derecho no es un fin sino un medio. En la escala de los valores no aparece el Derecho. Aparece, en cambio, la justicia, que es un fin en sí y respecto de la cual el Derecho es tan sólo un medio de acceso. La lucha debe ser, pues, la lucha por la justicia²³⁷. Esto significa que la justicia está por encima del propio Derecho (referido al derecho positivo, el creado por el legislador, en la mayoría de las ocasiones sin previa meditación ni razonamiento. Este Derecho es al que debe enfrentarse al abogado y lo debe hacer con el arma más poderosa: La justicia). Debe quedar claro que todos los juzgadores deben impartir justicia no únicamente conforme al Derecho (la ley), sino conforme a la propia justicia, valor supremo de la moral y del Derecho.

Nos resulta claro que el Derecho Familiar, dada la especial naturaleza de las relaciones personales que convergen, por lo general, se encuentra orientado hacia un sistema de orden distributivo, pues cada miembro del grupo

²³⁶ Cfr. Ferrajoli, Luigi, ob. cit., p.p. 155-156.

²³⁷ Cfr. Couture, Eduardo J., *Los Mandamientos del Abogado*, segunda edición, Porrúa, México, 2007, p. 18.

familiar desempeña un papel muy diferente dentro y fuera del mismo, y en esa medida merece un trato desigual para colocar a todos en un mismo plano, previendo sus características individuales (edad, sexo, capacidad, necesidades, posibilidades, limitaciones, etcétera).

En efecto, en los juicios de naturaleza familiar, se debe brindar un trato desigual a los desiguales, previendo sus necesidades y posibilidades, pues no podemos afirmar, por ejemplo, que los gastos de manutención de un menor de tres años sean iguales que los de uno de diecisiete, y menos aún cuando alguno de ellos curse con alguna incapacidad o afección en su salud.

Atendiendo a los lineamientos de la justicia distributiva, se deben ponderar las particularidades de cada individuo para determinar su rol y participación dentro de la familia y la sociedad. Todos los individuos mantienen entre sí diferencias sustanciales dependiendo de la edad, el grado de estudios, el estado de salud, el coeficiente intelectual, la destreza, etcétera. En todos estos supuestos, el Estado, a través de la ley y las instituciones correspondientes, debe impartir justicia para otorgar a cada quien lo que le pertenece o es suyo de acuerdo a su participación en la comunidad familiar y social; algo muy similar a lo que acontece con los padres y madres en relación a los hijos dentro de la familia.

De esta manera, en el Derecho Familiar la justicia distributiva tiene una función muy importante, pues se pretende que por ninguna razón los miembros del grupo familiar, en especial los menores e incapaces, permanezcan desprotegidos ante sus ascendientes o tutores en un proceso judicial que pueda generarles a ellos, y por ende a la sociedad, graves perjuicios, afectando el orden público, por lo cual todo esto merece la mayor reflexión y atingencia por parte del juzgador.

La importancia del Derecho Familiar ha rebasado las fronteras de diversos países, porque en ellos hay un común denominador: La familia es el núcleo fundamental de la sociedad y del Estado, y debe ser protegida con leyes y tribunales especializados en la materia.

La justicia en el Derecho Familiar exige que no se otorguen condiciones de igualdad dentro de un procedimiento judicial a quienes realmente son desiguales; partir del supuesto de igualdad jurídica entre quienes no la tienen

en realidad, conduciría fatalmente a hacer nugatoria la impartición de justicia, puesto que tratar igual a desiguales es absolutamente injusto.

La protección del menor e incapaz, y en general de la familia, constituye el factor fundamental por el cual el órgano jurisdiccional habrá de guiarse para discernir y resolver las controversias que se le planteen.

Es más que evidente el valor de la justicia, como también lo es el valor de la familia como componente esencial de la sociedad. Queda pendiente concientizar a autoridades y ciudadanos, pero sobre todo, a quienes elegimos el Derecho como profesión, de que en la medida en que haya un niño sano en cada familia, habrá familias sanas aptas para formar una firme estructura social, porque ello, más allá de ser un simple discurso, es una realidad en muchas ocasiones ignorada. Y esta realidad debe ser el derrotero de todos los que elegimos el Derecho como profesión, cualquiera que sea el rol que desempeñemos como operadores jurídicos.

Hablar de los principios generales del Derecho Familiar, es abordar un tema en construcción, el cual, ineludiblemente nos obliga a revisar el tema de la justicia, a denunciar las deficiencias normativas, a poner de manifiesto la problemática que requiere una especial atención, a proponer cambios necesarios, a tocar conciencias... a hablar en nombre de quienes no han sido escuchados. Esperamos que nuestra labor sea una humilde contribución, en un futuro no muy lejano, a una realidad en la que la familia sea el interés superior de cada individuo y del Estado mismo. Sólo entonces habremos experimentado el verdadero valor de la justicia.

CONCLUSIONES.

Con base en todo lo expuesto a lo largo de la presente investigación, podemos destacar las siguientes ideas conclusivas:

Primera: Los principios generales que rigen el Derecho Familiar, son: El orden público, el interés superior del menor y la familia, y la suplencia de la deficiencia de la queja. (p. 1)

Segunda: Los intereses de la familia son superiores, en virtud de ser la institución basal de la sociedad, por lo cual merecen una legislación protectora por parte del Estado. (p. 2)

Tercera: El Derecho Familiar es el conjunto de normas jurídicas que regulan la vida entre los miembros de una familia, así como sus relaciones externas respecto a la sociedad y al propio Estado. (p. 2)

Cuarta: Los fines del Derecho Familiar, son: La protección jurídica, económica, social y cultural de la familia, conglomerado social más importante incluso que el propio Estado. (p. 2)

Quinta: Los juristas Antonio Cicú, Roberto de Ruggiero y León Duguit, aportaron las bases de la autonomía del Derecho Familiar. (p. 3-4)

Sexta: La Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917 fue el primer ordenamiento dentro de nuestro sistema jurídico que dio a la familia un perfil más racional y justo. (p. 4)

Séptima: Las características que determinan la autonomía del Derecho Familiar, se encuentran en los ámbitos legislativo, didáctico, científico y jurisdiccional. (p. 6)

Octava: Al constituir el Derecho Familiar un género autónomo, distinto al público y privado, su objeto de estudio y su materia deben tener un trato

especial, presentando características y principios que le son propios: Es imperativo, sus normas se imponen, no se proponen ni se discuten, obligan, no facultan a su cumplimiento, es determinado por la ley, surge de la voluntad del legislador, por lo que jamás podrá ser producto de la autonomía de la voluntad de los particulares. (p. 9)

Novena: Todos los problemas, disposiciones y normas inherentes a la familia se consideran de orden público e interés social; en el Derecho Familiar, el principio de orden público opera oficiosamente. (p. 11)

Décima: El orden público es la situación de legalidad normal, en que las autoridades ejercen sus atribuciones y las imponen en virtud del carácter coactivo del Derecho, y los ciudadanos las deben respetar y obedecer, sin protestar; el orden público se contrapone a lo privado, a lo individual, a lo personal. (p. 12)

Decimoprimera: El Derecho Familiar privilegia el interés superior tanto del menor, como de la familia misma. (p. 28)

Decimosegunda: Doctrinalmente se hace la distinción entre la denominada suplencia en los planteamientos de derecho y la suplencia en la deficiencia de la queja. La primera de ellas prevista en el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; la segunda prevista por el artículo 76 bis de la Ley de Amparo. (p. 32)

Decimotercera: Los principios de suplencia en los planteamientos de derecho y suplencia en la deficiencia de la queja pueden ser entendidos como la obligación que tienen los juzgadores en asuntos del orden familiar, de subsanar o sustituir las deficiencias de los promoventes, respecto a las pretensiones y peticiones mal formuladas u omisas, procurando desentrañar el objeto de las mismas, a fin de resolver eficazmente la litis planteada. (p. 35)

Decimocuarta: Son elementos distintivos entre el Derecho Familiar y el Derecho Civil, la ineficacia de la autonomía de la voluntad y del estricto derecho; en lugar de estos, prevalece el principio de orden público y el de la

intervención oficiosa del juzgador en los asuntos que afecten a la familia. (p. 35)

Decimoquinta: El principio de la suplencia de la deficiencia de la queja es una excepción a la exigencia del equilibrio procesal entre las partes, derivado de la protección especial que las normas jurídicas otorgan al núcleo familiar, especialmente a los menores e incapaces, excepción que también lo es también al principio de estricto derecho; su importancia es tal, que debe imperar en el conocimiento de todos los juicios, independientemente de la instancia de que se trate, incluyendo los juicios de garantías, en virtud de la trascendencia de otorgar una adecuada defensa a quienes se ven involucrados en una controversia familiar. (p. 37- 38)

Decimosexta: Para estar en aptitud de emitir una resolución acorde con el principio del interés superior del menor y de la familia, el juzgador debe allegarse de todos los elementos de convicción que le resulten necesarios, particularmente del apoyo multidisciplinario que pueden brindarle profesionales tales como trabajadores sociales y psicólogos, a fin de conocer la situación real no solamente de los menores, sino también de los padres. (p. 39)

Decimoséptima: Para aquellos casos en que deba suplirse la deficiencia de la queja, deberán atenderse preferentemente los intereses de los menores de edad o mayores incapaces; a falta de éstos, los de la familia; y finalmente, los de los mayores capaces que forman parte de ella. (p. 42)

Decimoctava: El sano desarrollo físico y mental de los menores, son elementos que forman parte importantísima del concepto de interés superior. Para que su cumplimiento sea garantizado, debe recurrirse a la institución de la suplencia de la deficiencia de la queja, especialmente en aquellas controversias que inevitablemente repercuten en la esfera jurídica y emocional del menor. (p. 43)

Decimonovena: No es impedimento para que el juez lleve a cabo su intervención oficiosa el hecho de que la ley carezca de norma expresa que así lo ordene, pues este principio lleva implícitos a su vez, el del interés superior

del menor y la familia y el del orden público, mismos que se encuentran consagrados en los diversos instrumentos jurídicos tanto internos como internacionales que rigen la materia familiar. (p. 52)

Vigésima: Los cambios en el concepto y la conformación de la familia se han hecho presentes en nuestro sistema jurídico, particularmente con las reformas al Código Civil para el Distrito Federal efectuadas en los dos últimos años, a saber: La reasignación para la concordancia sexo-genérica, los matrimonios entre personas del mismo sexo y la adopción homoparental, temas que exigen un análisis a la luz de los principios generales del Derecho Familiar, en virtud de las consecuencias e implicaciones que conllevan y que inevitablemente repercuten en la organización familiar y social. (p. 54)

Vigesimoprimera: Desde octubre de 2008 se contempla en el Código Civil y Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, la figura de la reasignación para la concordancia sexo-genérica y el juicio especial de levantamiento de acta respectivo, proceso de intervención profesional mediante el cual la persona obtiene concordancia entre los aspectos corporales y su identidad de género. (p. 55)

Vigesimosegunda: Reasignar el sexo a una persona, para que haya concordancia desde el punto de vista genérico, es absurdo, como también lo es desde el punto de vista gramatical. (p. 58)

Vigesimotercera: La posibilidad que ofrece la norma jurídica mediante la reasignación para la concordancia sexo-genérica resulta riesgosa, ya que la razón de fondo que pudiera conducir a una persona a iniciar este juicio, podría ser la de desaparecer su identidad original, e iniciar una nueva vida jurídica, como si fuera otra persona. Esta situación resulta grave, pues podría propiciar la comisión de actos fraudulentos contra la ley, los particulares, la familia, la sociedad y el Estado. (p. 59)

Vigesimocuarta: En el caso de la reasignación para la concordancia sexo-genérica, es suficiente la convicción personal de pertenecer al género

masculino o femenino, por parte del solicitante para obtener una nueva acta de nacimiento; así, la norma jurídica prevé la posibilidad de convertir a un hombre en mujer o a una mujer en hombre, aún cuando sigan conservando física y orgánicamente su sexo original y ese sujeto tendrá un acta de nacimiento que acredite su nueva identidad. (p. 60)

Vigesimoquinta: La ley permite volver a llevar a cabo el procedimiento de reasignación para la concordancia sexo-genérica de manera ilimitada y al final el acta será sustituida por una nueva acorde al sentir o a la convicción de la persona. (p. 61)

Vigesimosexta: La Asamblea Legislativa del Distrito Federal, al llevar a cabo la reforma al Código Civil para el Distrito Federal, de la reasignación para la concordancia sexo-genérica, omitió incluir en la ley las medidas necesarias para garantizar el respeto al interés superior del menor. (p. 70)

Vigesimoséptima: La reasignación para la concordancia sexo-genérica deja la puerta abierta para que el principio del orden público se vea amenazado, pues la motivación que conduzca a una persona a solicitar la modificación de su sexo genético, puede obedecer a causas lícitas o ilícitas. (p. 70)

Vigesimoctava: La posibilidad de la representación de menores e incapaces por parte de quienes ejercen la patria potestad o tutela, para la tramitación del juicio especial de levantamiento de acta por reasignación para la concordancia sexo-genérica, es, además de inconstitucional, absolutamente atentatoria contra el principio de interés superior del menor, pues la decisión de optar por el cambio de sexo, motivada por la inconformidad con el sexo genético, debe ser personalísima. (p. 71)

Vigesimonovena: En aras de la tutela de la libertad sexual, con la institución de la reasignación para la concordancia sexo-genérica, el legislador se ha olvidado de los derechos de los menores y de la familia; en consecuencia, el derecho reconocido por una ley local en beneficio de una

persona física (la reasignación para la concordancia sexo-genérica), estará por encima de los derechos reconocidos por leyes federales y tratados internacionales (comprendidos en el concepto de “interés superior”) a favor del menor y la familia. (p. 76)

Trigésima: El legislador debió haber incluido en el Código Civil la obligación a cargo de la persona que obtuvo la reasignación para la concordancia sexo-genérica, de someter a sus hijos (obviamente, en caso de tenerlos), especialmente si son menores, a una terapia psicológica que les permita asimilar el cambio, a fin de que su desarrollo y entorno emocional y afectivo no resulten tan dañados. (p. 77)

Trigesimoprimera: En los últimos tiempos, la institución familiar ha sufrido grandes cambios a nivel social y jurídico. De una concepción tradicional de la familia, basada en una estabilidad social amparada en la amplitud de sus miembros, se ha pasado a una concepción por cuya virtud la creación de la familia, así como su disolución, se hacen depender de un derecho individual de todo ser humano, sea cual sea su sexo. (p. 78)

Trigesimosegunda: El 29 de diciembre de 2009, se dieron a conocer diversas reformas efectuadas al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles, ambos del Distrito Federal, aprobadas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, con el objeto de reconocer a dos personas del mismo sexo el derecho a contraer matrimonio, conformar la relación de concubinato y adoptar hijos. (p. 80)

Trigesimotercera: Detrás de la afirmación de que el matrimonio puede ser necesariamente entre hombre y mujer, subyace un principio antropológico fundamental: La complementariedad entre lo masculino y lo femenino, que expresa la mutua donación para toda la vida y que, por la garantía que ofrece, es el ámbito propio para la unión sexual, misma que está abierta a la vida. (p. 87)

Trigesimocuarta: Es válida la exigencia de respeto a las preferencias sexuales que cada persona tenga; sin embargo, el legislador debió haber creado alguna institución jurídica ad hoc mediante la cual se le dotara de un marco jurídico apropiado a las personas del mismo sexo que desean hacer vida en común, y no tratar de adaptar (eliminando precisamente una de sus peculiaridades más importantes) una institución jurídica ya existente a la situación de hecho en comento, como lo es el matrimonio. (p. 88)

Trigesimoquinta: Debe reconocerse que se trata de relaciones entre dos personas del mismo sexo con diferencias sustanciales en sus funciones biológicas y reproductivas y su ubicación en el contexto social, por lo cual es correcto brindarles todas las garantías necesarias para su protección social y algunas propias del matrimonio, pero dejando incólume la institución social que ha servido como ejemplo de procreación, formación y socialización de los hijos: El matrimonio. (p. 88)

Trigesimosexta: Las consecuencias derivadas de los matrimonios entre personas del mismo sexo recientemente incluidos en la normatividad civil del Distrito Federal, indudablemente que encuentran un punto de contacto con los principios generales del Derecho Familiar, concretamente con el del orden público y el del interés superior del menor. (p. 91)

Trigesimoséptima: Existe un paradigma difícil de resolver entre el reconocimiento del derecho de preferencia sexual para evitar la “discriminación” de las uniones del mismo sexo, a través del matrimonio, concubinato y la adopción; o bien, la postura contraria que alega el interés superior de los menores que podrían resultar igualmente “discriminados”, por el hecho de pertenecer a una familia diferente a la nuclear o tradicional, generando perjuicio en el desarrollo de su personalidad. (p. 98)

Trigesimoctava: En el caso de la adopción homoparental, la cuestión del interés superior del menor exige prevenir los daños mentales y emocionales irreversibles a los hijos de matrimonios o concubinatos entre personas del mismo sexo. (p. 99)

Trigesimonovena: El juzgador ante quien se tramite la adopción, debe ser muy cuidadoso en cerciorarse por todos los medios posibles, especialmente con estudios psicológicos, médicos, socioeconómicos, e inclusive, el diálogo con los propios menores, sobre el mayor beneficio para éstos. La idoneidad de quienes pretenden adoptar un menor, es una de las claves en el desarrollo psicológico. (p. 103)

Cuadragésima: Ante el conflicto de intereses entre la no discriminación de los adultos con motivo de su preferencia sexual y la discriminación de los hijos con motivo de la adopción homoparental, debería atenderse al interés superior de los menores consagrado en nuestra Constitución federal, en la Convención Sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos jurídicos nacionales e internacionales. (p. 103)

Cuadragésimoprimera: Es de suma importancia la intervención de especialistas en la valoración de la idoneidad de quienes pretenden adoptar un menor; la adopción debe ser considerada como una institución creada preeminentemente en beneficio del menor y no de los padres adoptantes, o quienes pretenden serlo. (p. 104)

Cuadragésimosegunda: La adopción homoparental, al igual que la reasignación para la concordancia sexo-genérica y el matrimonio entre personas del mismo sexo, a pesar de representar grandes logros legislativos, poseen muchos puntos que entran en colisión con los principios generales del Derecho Familiar, principalmente el de orden público y el del interés superior del menor y la familia, situación que nos remite al complejo tema de la justicia. (p. 104)

Cuadragésimotercera: La misión esencial del Estado consiste en proteger las instituciones que favorecen el desarrollo de los hombres y crear las que exige el bien común. La familia está en la primera línea de las instituciones que el Estado debe proteger. (p. 106)

Cuadragésimocuarta: La justicia es un valor y el fin primordial del Derecho. (p. 107)

Cuadragésimoquinta: La realización de la justicia exige que dos situaciones en las cuales las circunstancias relevantes son las mismas, sean tratadas en forma idéntica, de manera que tratar a hombres iguales, en circunstancias iguales, de modo igual, es el primero y más importante de los mandamientos de la justicia; pero implica también que hombres y situaciones desiguales sean tratados desigualmente. (p. 107)

Cuadragésimosexta: Para estar en aptitud de saber si en determinada circunstancia o relación se debe dar a las personas involucradas un trato de iguales o desiguales, es necesario emitir un juicio de valor, a fin de definir si las desigualdades existentes entre ellos son jurídicamente relevantes; si así lo fuere, lo justo sería optar por el trato desigual, con tal de equilibrar la relación. Corresponde al juzgador, en cada caso concreto, velar por una verdadera igualdad entre las partes (igualar las desigualdades). (p. 108)

Cuadragésimoséptima: La enseñanza del Derecho en nuestro país presenta graves deficiencias que deben ser subsanadas para alcanzar un nivel óptimo, que verdaderamente se traduzca en un beneficio social. (p. 109)

Cuadragésimoctava: Las licenciaturas en Derecho deben formar abogados, atendiendo no sólo a las demandas del sector privado, sino también interesados en los asuntos colectivos, de trascendencia social, de tal suerte que el contenido de la enseñanza del Derecho debe buscar en el mundo fáctico crear un equilibrio entre lo que demanda el mercado laboral y lo que requiere la sociedad. (p. 109)

Cuadragésimonovena: Una grave deficiencia en la formación jurídica, es la falta de un enfoque interdisciplinario incluido desde un inicio en los planes de estudio. (p. 109)

Quincuagésima: El estudio de una o dos materias de Derecho Familiar en la Licenciatura, son por demás insuficientes para preparar a un futuro profesional del Derecho en esta materia, por lo que deberían ser incluidas en los planes de estudio de todas las instituciones educativas que impartan la carrera, a la par de los cursos de Derecho Familiar, asignaturas de Derecho Procesal Familiar y Derecho Constitucional Familiar; de esta manera la perspectiva que adquiriría el alumno sería más amplia y lo haría sabedor y consciente de la responsabilidad social que adquirirán al intervenir profesionalmente en un conflicto de esta índole. (p. 113)

Quincuagesimoprimera: La sensibilidad que por su propia naturaleza exige un conflicto en materia familiar, debe estar presente en la conciencia de todos los operadores jurídicos (abogados postulantes, profesores, investigadores, legisladores, miembros del Poder Judicial) y no exclusivamente en la del juzgador. (p. 113)

Quincuagesimosegunda: Sería conveniente llevar a cabo una reforma sistematizadora a nivel constitucional, por medio de la cual se incluya un Título en dicha ley en el que queden contenidos todos los derechos y deberes familiares. (p. 114)

Quincuagesimotercera: Es necesario crear leyes sustantivas y adjetivas en materia familiar, a nivel federal, en virtud de que las normas de Derecho Familiar insertas en los Códigos Civiles de las diversas entidades federativas, ya no se adecuan a la realidad social de las familias que habitan las mismas, siendo necesaria la promulgación de una legislación familiar moderna para el Estado mexicano; esto mejorará, indudablemente, la administración de la justicia familiar. (p. 120)

Quincuagesimocuarta: El Síndrome de Alienación Parental es el conjunto de síntomas que resultan del proceso que el padre alienador realiza, transformando la conciencia de su hijo mediante diversos engaños para destruir el vínculo de su hijo con el otro padre. (p. 123)

Quincuagesimoquinta: Los efectos del Síndrome de Alienación Parental sobre los niños y el progenitor alienado deben ser considerados como una forma de maltrato o abuso psicológico y emocional, que puede producir un daño permanente en el vínculo padre–hijo. (p. 130)

Quincuagesimosexta: Nuestra legislación vigente no prevé la alienación parental en forma expresa; el único recurso legal con que contamos para dar tratamiento a esta figura, es la posibilidad de invocarla en la vía de incumplimiento de la obligación de crianza consistente en procurar la seguridad psicológica del menor. En caso de que el juez lo considere acreditado, lo único que podría proceder es el cambio de guarda y custodia o la modificación en el régimen de visitas y convivencias. (p. 134)

Quincuagesimoséptima: En nuestro país no existe protección especial para los padres alienados y sus hijos, motivo por el cual éstos pueden crecer sin el amor de uno de los padres. (p. 135)

Quincuagesimoctava: Actualmente, la sociedad no está suficientemente preparada para reconocer el Síndrome de Alienación Parental, por eso es necesario estudiarlo, divulgarlo y, sobre todo, pugnar por su reglamentación jurídica, porque la gravedad de este problema justifica la existencia de normas jurídicas especiales que atiendan este fenómeno que cada vez se hace más frecuente en nuestra sociedad mexicana. (p. 135)

Quincuagesimonovena: El Síndrome de Alienación Parental atenta contra los principios generales del Derecho Familiar, especialmente el del interés superior del menor. (p. 135)

Sexagésima: La naturaleza de los conflictos en materia familiar lleva como consecuencia implícita un daño psicológico y emocional para todos los sujetos involucrados, tanto a nivel personal, como familiar; la gravedad del daño puede ser mayor o menor, pero el estado emocional de las personas se ve vulnerado. (p. 136)

Sexagesimoprimer: Resulta sumamente necesaria la existencia de normas jurídicas que regulen en forma expresa y que garanticen la reparación del daño psicológico a los miembros de la familia, herida que si no es sanada, se agravará en forma gradual y directamente proporcional al paso del tiempo. (p. 139)

Sexagesimosegunda: Dada la complejidad del grupo familiar, se hace necesario su reconocimiento como persona jurídica colectiva, a fin de que pueda ser titular de derechos, deberes y obligaciones como grupo que es, independientemente de las personas físicas que la integran. (p. 139)

Sexagesimotercera: Las acciones colectivas podrían tener aplicación en el Derecho Familiar, puesto que cuando uno de los miembros de la familia resulta afectado, en realidad toda la estructura familiar se ve dañada, ello aunado a que la resolución de un conflicto de esta naturaleza debe perseguir tanto el bien común del grupo, como el de cada uno de sus miembros. (p. 141)

Sexagesimocuarta: Deben ser reducidos los requisitos formales tanto para la presentación de la demanda de garantías, como para la tramitación misma del Juicio de Amparo, o establecer excepciones a los mismos, tratándose de la materia familiar, tal y como sucede con la hipótesis contenida en el artículo 161 de la Ley de Amparo, que exime del cumplimiento del requisito de definitividad, tratándose de amparos contra actos que afecten derechos de menores e incapaces, en los promovidos contra sentencias dictadas en controversias sobre acciones del estado civil o que afecten el orden y la estabilidad de la familia. (p. 142)

Sexagesimoquinta: El beneficio de la institución de la suplencia de la queja consagrada en el artículo 76 bis de la Ley de Amparo, debe hacerse extensivo a toda la materia familiar, no solamente aplicarse en beneficio de menores e incapaces, pues el principio de orden público que distingue a los juicios de esta naturaleza, comprende a todos los miembros del núcleo familiar y no solamente a los menores. (p. 143)

Sexagesimosexta: En la tramitación de controversias del orden familiar, tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, por la misma naturaleza de los intereses en juego, prevalece el sistema de litis abierta, que implica la intervención de oficio por parte del juez. Dicho sistema debería hacerse extensivo a la materia federal, siempre que sea en beneficio de la familia. (p. 144)

Sexagesimoséptima: Cuando se encuentre en juego la tutela al bienestar integral de un menor, existe la obligación a cargo del juzgador de analizar todas las circunstancias que forman parte del entorno en que se desarrolla, incluyendo la apreciación y el sentir de éste, a fin de estar en aptitud de definir si dicho ambiente proporciona estabilidad a su desarrollo físico, psicológico, emocional, y educativo. (p. 144)

Sexagesimoctava: Resulta criticable que la ley no otorgue al Juez de Amparo tanta libertad en el ejercicio de sus atribuciones, como lo hace con el Juez de lo Familiar, quien está facultado para buscar soluciones que van más allá de lo estrictamente regulado por la propia ley, si así lo exige la controversia familiar concreta, en aras del bienestar del grupo familiar, o en su caso, del menor. (p. 144)

Sexagesimonovena: Resulta sumamente necesaria la creación en nuestro país de Tribunales Colegiados, Juzgados de Distrito e, inclusive, una Sala en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, especializados en materia familiar. (p. 145)

Septuagésima: La litis abierta que rige en materia familiar y que permite la posibilidad de que el juzgador lleve a ella cuestiones no planteadas por las partes (que perjudiquen los derechos de los menores o de la familia), se contraponen a la aplicación manifiesta del estricto derecho que rige la actuación del Juez de Amparo. (p. 145)

Septuagesimoprimera: La materia familiar en su conjunto requiere de la disminución de los requisitos formales para interponer la demanda de amparo,

en aras de eliminar las desigualdades entre las partes que intervienen en dichos juicios y tomando en cuenta los altos valores que se protegen. (p. 145)

Septuagesimosegunda: Sería óptimo facultar a los juzgadores para imponer multas, cuando sea evidente la ejecución de maniobras por parte de los abogados que asesoran a las partes con el propósito de retardar un procedimiento familiar. (p. 147)

Septuagesimotercera: Ninguna ley puede regular todas las conductas humanas, como tampoco puede contener una fórmula universal de la justicia, lo cual genera para el juzgador el deber de crear soluciones diferentes atendiendo a cada caso en particular, requiriendo de toda su prudencia, sensibilidad y sentido común, que lo lleven a emitir resoluciones justas. (p. 148)

Septuagesimocuarta: Todo estudio acerca del Derecho debe incorporar diversos enfoques interdisciplinarios. (p. 149)

Septuagesimoquinta: Es fundamental apreciar el apoyo multidisciplinario que las ciencias médicas brindan al Derecho Familiar. (p. 153)

Septuagesimosexta: Las deficiencias en las normas jurídicas en materia familiar, obedecen a una razón principal: La ignorancia del vínculo interdisciplinario existente entre el Derecho Familiar y las demás disciplinas del saber. Esto, a su vez, se debe a la falta de especialización tanto de postulantes, como de impartidores de justicia y legisladores en esta área, pues sólo un especialista en la materia puede tener la visión completa de las diversas disciplinas que deben ser tomadas en cuenta para patrocinar una causa en esta materia, resolver un conflicto de intereses o para crear una norma. (p. 155)

Septuagesimoséptima: En las controversias de orden familiar, se debe satisfacer el valor humano de la justicia, es decir, el juez debe hablar con las partes, interrogarlas, asumir su sentir, para lo cual deberá auxiliarse, especialmente, de expertos en Psicología. (p. 156)

Septuagesimoctava: Sin la interdisciplinariedad no podremos consolidar una verdadera justicia en materia familiar. (p. 162)

Septuagesimonovena: El juez es el eje del concepto de ley y de justicia, puesto que él debe definir, limitar y maximizar los derechos en juego; tiene una gran responsabilidad en la vida del Derecho, pues es el garante de su complejidad estructural, de la necesaria y dúctil coexistencia entre la ley, los derechos y la justicia. (p. 163)

Octogésima: Es indudable que la familia, además de ser un producto natural y necesario, tiene más importancia que el propio Estado, siendo su origen anterior a éste. La familia no se agota en la necesidad sexual y en la crianza de la prole; va más allá, es un hecho jurídico social que sustenta al Estado, que le da fuerza moral y cohesión. (p. 165)

Octogesimoprimera: El tema de la ponderación es elemental en materia familiar, a fin de fundamentar y justificar las decisiones judiciales en aquellos casos en los que se presenta la colisión entre dos derechos fundamentales, situaciones en las que el juzgador se ve obligado a maximizar derechos a costa del sacrificio de otros, ya que el interés superior de los menores y, sobre todo, de la familia, justifica cualquier sacrificio. (p. 166)

Octogesimosegunda: La opacidad del Derecho es otro fenómeno que vulnera el ámbito del Derecho Familiar, siendo que en esta materia el Derecho debería ser asequible y entendible por todos los estratos sociales; por ello, el Estado debería destinar recursos financieros, humanos, burocráticos, organizacionales y tecnológicos, para divulgar nociones mínimas y fundamentales acerca de derechos básicos y garantías entre toda la población. (p. 168)

Octogesimotercera: El presente y el futuro del Derecho depende en gran medida de lo que nosotros, en cuanto filósofos, juristas o profesionales, criticamos, hacemos y proponemos. (p. 169)

Octogésimocuarta: Los juzgadores deben resolver conflictos no únicamente conforme a la ley, sino conforme a la justicia, valor supremo de la moral y del Derecho. (p. 169)

Octogésimoquinta: El Derecho Familiar, dada la especial naturaleza de las relaciones personales que convergen, se encuentra orientado hacia un sistema de justicia de orden distributivo, pues cada miembro del núcleo familiar desempeña un papel muy distinto, y en esa medida merece un trato desigual para colocar a todos en un mismo plano, tomando como punto de referencia sus características individuales. (p. 170)

Octogésimosexta: La importancia del Derecho Familiar ha rebasado las fronteras de diversos países, porque en ellos hay un común denominador: La familia es el núcleo fundamental de la sociedad y del Estado, y debe ser protegida con leyes y tribunales especializados en la materia. (p. 170)

Octogésimoséptima: La justicia en el Derecho Familiar exige que no se otorguen condiciones de igualdad dentro de un procedimiento judicial a quienes realmente son desiguales; partir del supuesto de igualdad jurídica entre quienes no la tienen en realidad, conduciría a hacer nugatoria la impartición de justicia, puesto que tratar igual a desiguales es absolutamente injusto. (p. 170)

Octogésimoctava: La protección del menor e incapaz, y en general de la familia, constituye el factor fundamental por el cual el órgano jurisdiccional habrá de guiarse para discernir y resolver las controversias que se le planteen. (p. 171)

Octogésimonovena: Es evidente el valor de la justicia, como también lo es el de la familia como componente esencial de la sociedad. (p. 171)

Nonagésima: En la medida en que haya un niño sano en cada familia, habrá familias sanas aptas para formar una firme estructura social. (p. 171)

*Nonagesimoprimer*a: El tema de los principios generales del Derecho Familiar, es un tema en construcción que nos obliga a revisar el tema de la justicia, a denunciar las deficiencias normativas, a poner de manifiesto la problemática que requiere una especial atención, a proponer cambios necesarios, a fin de consolidar una realidad en la que la familia sea el interés superior de cada individuo y del Estado mismo, como medio para alcanzar la justicia. (p. 171)

BIBLIOGRAFÍA.

*ADAME GODDARD, Jorge, *La Naturaleza y la Justicia del Matrimonio* en “El Derecho de Familia en un Mundo Globalizado”, Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007.

*AGUILAR, José Manuel, S.A.P. *Síndrome de Alienación Parental*, books4pocket, México, 2009.

*ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, 1997.

*ALEXY, Robert, *Una defensa de la fórmula de Radbruch*, Universidad Externado de Colombia, 1997.

*ALONSO NOVO, Olimpia, *Matrimonio y Uniones Homosexuales: ¿Asimilar o Distinguir?* en “Panorama Internacional de Derecho de Familia”, Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006.

*ATIENZA, Manuel. *Introducción al Derecho*, Fontamara, Barcelona, 1998.

*BEE, Helen, *El Desarrollo del Niño*, sexta edición, Harla, México, 2002.

*BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *La controversia del orden familiar*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 1994.

*BODENHEIMER, Edgar, *Teoría del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983.

*BRUNDAGE, James A., *La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la época medieval*, Fondo de Cultura económica, México, 2000.

*CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Los Fundamentos del Nuevo Derecho*, Heliasta, Buenos Aires, 1985.

*CÁRCOVA, Carlos María, *La opacidad del Derecho*, Trotta, Madrid, 2007.

*CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, *La Familia en el Derecho; Derecho de Familia y relaciones jurídicas familiares*, cuarta edición, Porrúa, México, 2004.

*CHÁVEZ HERNÁNDEZ, Efrén, *La Protección Constitucional de la Familia; una aproximación a las Constituciones Latinoamericanas*, en "Panorama Internacional de Derecho de Familia", Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006.

*CHÁVEZ Martínez, Martha Alicia, *Tu hijo, tu espejo*, Grijalva, México, 2009.

*CIENFUEGOS SALGADO, David, *Las otras visiones del arbitrio judicial (una visita a la obra de Alejandro Nieto)*, en *Estudios sobre Interpretación y Argumentación Jurídicas*, segunda edición, editora Laguna, México, 2010.

*COUTURE, Eduardo J., *Los Mandamientos del Abogado*, segunda edición, Porrúa, México, 2007.

*DE IBARROLA, Antonio, *Derecho de Familia*, quinta edición, Porrúa, México, 2006.

*FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, cuarta edición, Trotta, Madrid, 2001.

*GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El Derecho Social* en "Revista de la Facultad de Derecho de México", Tomo XV, Universidad Nacional Autónoma de México, México, julio-septiembre, 1965.

*GIDI, Antonio, et. al., *Procesos Colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, segunda edición, Porrúa, México, 2004.

*GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Un Acercamiento a las Nuevas Estructuras Familiares: La Adopción Homoparental* en "El Derecho de Familia en un Mundo Globalizado", Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007.

*GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, Trotta, Madrid, 2003.

*GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *El orden público en el Derecho Familiar Mexicano*, en Panorama Internacional de Derecho de Familia, Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006.

*GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *Proyecto de Código de Procedimientos Familiares Tipo para los Estados Unidos Mexicanos*, Porrúa, México, 2004.

*GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. *¿Qué es el Derecho Familiar?* Segundo Volumen, Promociones Jurídicas y Culturales, México, 1992.

*JIMÉNEZ GARCÍA, Joel Francisco, *Derechos de los Niños*, segunda edición, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001.

*KAUFMANN, Arthur et al. *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, Debate, Madrid, 1992.

*KELSEN, Hans, *¿Qué es la Justicia?*, sexta edición, Fontamara, México, 2008.

*KULJACHA LERMA, Elsa Amalia y Josefa Hedith Andrade Favela, *Adscripción de Psicólogos en los Juzgados Familiares y Penales. Necesidad de*

apoyo científico en la toma de resoluciones judiciales, en “Panorama Internacional de Derecho de Familia”, Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006.

*MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo III, segunda edición, Porrúa, México, 2001.

*MARTÍN COLEA, Juan Carlos, *Con el Alma Rota, el Síndrome de Alienación Parental*, grupo editorial Norma, México, 2010.

*MAZEAUD, Henry, *et al, Lecciones de Derecho Civil*, volumen 3, Ejea, Buenos Aires, 1968.

*MEDINA, Graciela, *Problemática de la Unión Homosexual. Derecho Comparado. Derecho Argentino* en “Panorama Internacional de Derecho de Familia”, Tomo I, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.

*MORINEAU IDUARTE, Marta y Román Iglesias González, *Derecho Romano*, tercera edición, Harla, México, 1993.

*MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *et al, Introducción a la Psicología Jurídica*, segunda edición, Trillas, México, 2008.

*O’CONNOR, Nancy, *Déjalos ir con amor, la aceptación del duelo*, segunda edición, Trillas, México, 2007.

*PEREZNIETO CASTRO, Leonel y Jorge Alberto Silva Silva, *Derecho Internacional Privado*, parte especial, segunda edición, Oxford University Press, México, 2007.

*PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y Positivismo*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, No. 60, Fontamara, México, 1997.

*PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Fontamara, Madrid, 1996.

*RADBRUCH, Gustav. Introducción a la Filosofía del Derecho, traducción de Wenceslao Roces, Breviarios Fondo de Cultura Económica, México, 1978.

*RODRÍGUEZ BENOT, Andrés, *La Unificación del Derecho de Familia en los Procesos de Integración Regional: La Experiencia Europea* en “El Derecho de Familia en un Mundo Globalizado”, Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007.

*ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, cuarta edición, editorial universitaria de Buenos Aires, 1977.

*RUGGIERO, Roberto de, *Instituciones de Derecho Civil*, traducción de Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Tijeiro, Tomo II, Volumen segundo, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1979.

*SUE, D., et al. Comportamiento anormal, cuarta edición, McGraw-Hill, México, 2000.

*TEJEDOR HUERTA, Asunción, *El Síndrome de Alienación Parental. Una forma de maltrato*, segunda edición, EOS, Madrid, 2007.

*TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, *La Suplencia en el Derecho Procesal Familiar*, Fuero común – fuero federal, segunda edición, Porrúa, México, 2006.

*VARGAS, Ricardo y Verónica Bronstein, *Niños Felices*, editorial Pérez Galdos, Barcelona, España, 2001.

*VIGO, Rodolfo Luis, *La axiología jurídica de Gustav Radbruch*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1998.

*WITKER V., Jorge, *Metodología de la Enseñanza del Derecho*, Porrúa, México, 2008.

*ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, novena edición, Trotta, Madrid, 2009.

*ZAVALA PÉREZ, Diego H., *Derecho Familiar*, segunda edición, Porrúa, México, 2008.

DICCIONARIOS.

**Diccionario de la Lengua Española*, Cuadragésima octava edición, Porrúa, México, 2009.

*TAMAYO Y TAMAYO, Mario. *Diccionario de la Investigación Científica*, Limusa, México, 1996.

ARTÍCULOS.

*BARBERO, María y María Bilbao, *El Síndrome de Salomón, el niño partido en dos*, en www.espaciologopedico.com.

*BAUTISTA ALBERDI, Juan. *La educación jurídica*, en www.utdt.edu.

*CHÁVEZ ASECIO, Manuel, *Alternativas Constitucionales para la Familia del Siglo XXI*, en “Revista Mexicana de Procuración de Justicia”, volumen 1, número 4, México, febrero de 1997.

*DE SOTO, O. P. Domingo, *Sobre la Ley Humana en general*, en “Lecturas de Filosofía del Derecho”, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, diciembre de 2001.

*ESPINOSA TORRES, María del Pilar. La interdisciplinariedad en la enseñanza del Derecho y en el Derecho Penal, en www.letrasjuridicas.com.

**La Biología y la Identidad de Género*, en www.proyectopv.org.

*LOREDO ABDALÁ, Arturo, *el Síndrome de Alienación Parental*, Clínica de Atención Integral al Niño Maltratado, México, 2010.

*MACHICADO, Jorge, *Qué es el Derecho de Familia*, Centro de Estudios de Derecho, La Paz, Bolivia, 2009, en www.jorgemachicado.blogspot.com.

*MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia. Temas selectos de Derecho y Salud. Relatoría, en www.bibliojuridica.org.

*OJEDA MESTRE, Ramón, *Las Acciones Colectivas en el Sistema Judicial Mexicano*, en “Lex, difusión y análisis”, cuarta época, año XIV, México, abril de 2010.

*SOSA MORA, Liz, *Síndrome de Alienación Parental*, Instituto Nacional de Pediatría, México, 2008.

*TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, *Matrimonio entre Homosexuales y Adopción de Hijos. Paradigmas por Resolver* en “Lex”, 4ª. Época, año XIV, Editora Laguna, México, marzo 2010.

LEGISLACIÓN.

**Código Civil para el Distrito Federal*, SISTA, México, 2011.

**Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, SISTA, México, 2011.

**Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, SISTA, México, 2011.*

**Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en www.ordenjuridico.gob.mx.*

**Convención Interamericana Sobre Tráfico Internacional de Menores, en www.ordenjuridico.gob.mx.*

**Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer en www.ordenjuridico.gob.mx.*

**Convención Sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, en www.ordenjuridico.gob.mx.*

**Convención Sobre los Derechos del Niño, en www.ordenjuridico.gob.mx.*

**Convenio Europeo Para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en www.acnur.org.*

**Declaración de los Derechos del Niño, en www.ordenjuridico.gob.mx.*

**Declaración Sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional en www.ordenjuridico.gob.mx.*

**Declaración Universal de los Derechos Humanos en www.ordenjuridico.gob.mx.*

**Diario de Debates de la Cámara de Diputados, Iniciativa del Ejecutivo Federal, Año II, Tomo II, número 30, 29 de noviembre de 1983.*

*Ley de Amparo, SISTA, México, 2011.

**Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal*, SISTA, México, 2011.

**Ley Sobre la Celebración de Tratados*, SISTA, México, 2011.

**Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* en www.ordenjuridico.gob.mx.

*CD IUS 2010, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2010.

SITIOS DE INTERNET.

*www.acnur.org.

*www.bibliojuridica.org.

*www.espaciologopedico.com.

*www.jorgemachicado.blogspot.com.

*www.letrasjuridicas.com.

*www.observatorioviolencia.org.

*www.ordenjuridico.gob.mx (Consulta de Declaraciones y Convenciones Internacionales).

*www.portal.sre.gob.mx.

*www.proyectopv.org.

*www.rgardner.com.

*www.scjn.gob.mx (consulta de tesis aisladas).

www.utdt.edu.