

Juicios orales en materia familiar

Eduardo López Betancourt
Roberto Fonseca Luján

Colección textos jurídicos



Juicios orales en materia familiar

Juicios orales en materia familiar

Eduardo López Betancourt

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Roberto Carlos Fonseca Luján

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



Copyright © 2017 por **IURE editores, S.A. de C.V.** y
los autores, respecto a la primera edición electrónica de la obra

JUICIOS ORALES EN MATERIA FAMILIAR, e-Book

Ninguna parte de esta obra podrá reproducirse, almacenarse o transmitirse en sistemas de recuperación alguno, ni por algún medio sin el previo permiso por escrito de

IURE editores, S.A. de C.V.

Para cualquier consulta al respecto, favor de dirigirse a nuestro domicilio ubicado en Antonio Caso núm. 142, Piso 3, Col. San Rafael, Deleg. Cuauhtémoc, C.P. 06470, Ciudad de México. Tel. 5280.0358, fax 5280.5997. www.iureeditores.com
Miembro de la Cámara Nacional de la Industria Editorial Mexicana, registro núm. 3329.

ISBN 978-607-616-082-4 (libro electrónico, realizado con base en el
libro impreso, © 2014, **ISBN 978-607-616-031-2**)

Hecho en México - Made in Mexico

Dirección editorial:
Olga Arvizu Bonnells
Gustavo Arvizu Bonnells
Jaime Arvizu Bonnells

Diseño de portada:
Heriberto Gachuz Chávez

A la señora Carolina Luján.

Contenido

Prólogo xiii

Abreviaturas y siglas xix

Unidad 1. **Generalidades del derecho familiar** 1

1.1 Concepto de familia 1

1.2 “Nuevas” familias 5

1.3 Concepto de derecho familiar 8

1.4 Principios constitucionales del derecho familiar 13

1.4.1 Protección jurídica de la familia 15

1.4.2 Derechos de los integrantes de la familia 22

1.4.3 Interés superior del menor 32

1.5 Instituciones del derecho familiar 37

1.5.1 Parentesco 37

1.5.2 Matrimonio 40

1.5.3 Divorcio 44

1.5.3.1 Separación de cuerpos 46

1.5.3.2 Divorcio necesario o causado 47

- 1.5.3.3 Divorcio voluntario 49
- 1.5.3.4 Divorcio unilateral, incausado o sin expresión de causa 50
- 1.5.4 Concubinato 53
- 1.5.5 Filiación 56
- 1.5.6 Adopción 58
- 1.5.7 Patria potestad 60
- 1.5.8 Alimentos 64

Unidad 2. **Generalidades del derecho procesal familiar** 69

- 2.1 Concepto 69
 - 2.1.1 Derecho procesal 69
 - 2.1.2 Derecho procesal familiar 72
- 2.2 Principios del derecho procesal familiar 73
 - 2.2.1 Acceso a la justicia 74
 - 2.2.1.1 Justicia expedita 75
 - 2.2.1.2 Justicia pronta 76
 - 2.2.1.3 Justicia completa 78
 - 2.2.1.4 Justicia imparcial 78
 - 2.2.1.5 Justicia gratuita 79
 - 2.2.1.6 Justicia efectiva 80
 - 2.2.2 Principio publicístico 82
 - 2.2.2.1 Oficiosidad 86
 - 2.2.2.2 Prueba para mejor proveer y favor en la prueba 89
 - 2.2.3 Suplencia 95
 - 2.2.4 Simplificación de las formas 99
 - 2.2.5 Interés superior y derecho del niño a ser oído 101
 - 2.2.6 Especialización y cooperación interdisciplinaria 111
 - 2.2.7 Contenido ético del proceso familiar 114
- 2.3 Proceso familiar 117
 - 2.3.1 Procedimientos familiares en la legislación de la República 119
 - 2.3.2 Procedimientos familiares en el Distrito Federal 122
 - 2.3.2.1 Juicio ordinario 123
 - 2.3.2.1.1 Nulidad de matrimonio. Causas de nulidad y acciones 123
 - 2.3.2.1.2 Divorcio 125
 - 2.3.2.1.2.1 Inicio del procedimiento 125
 - 2.3.2.1.2.2 Medidas provisionales 126

2.3.2.1.2.3 Resolución	127
2.3.2.2 Controversias del orden familiar	129
2.3.2.2.1 Procedimiento de alimentos	129
2.3.2.2.1.1 Inicio del procedimiento	129
2.3.2.2.1.2 Audiencia	130
2.3.2.2.1.3 Resolución	131
2.3.2.3 Jurisdicción voluntaria	131
2.3.2.3.1 Procedimiento de adopción	132
2.3.2.3.1.1 Requisitos	132
2.3.2.3.1.2 Inicio del procedimiento	133
2.3.2.3.1.3 Pruebas	134
2.3.2.3.1.4 Resolución	135
2.4 Solución alternativa de controversias en materia familiar	135
2.4.1 Conciliación	139
2.4.2 Mediación	141

Unidad 3. **Juicios orales en materia familiar** 149

3.1 Generalidades de los juicios orales	149
3.1.1 Proceso oral y proceso escrito	153
3.2 Principios del proceso oral familiar	156
3.2.1 Publicidad	157
Reserva	160
3.2.2 Contradicción	163
3.2.3 Concentración	164
3.2.4 Continuidad	166
3.2.5 Inmediación	167
3.2.6 Abreviación	170
3.2.7 Economía procesal	173
3.3 Juicio oral ordinario en materia familiar	175
3.3.1 Disposiciones generales	176
3.3.1.1 Nuevo León	176
3.3.1.2 Estado de México	177
3.3.1.3 Guanajuato	179
3.3.2 Demanda y contestación	181
3.3.2.1 Nuevo León	181
3.3.2.2 Estado de México	182
3.3.2.3 Guanajuato	182
3.3.3 Pruebas	185
3.3.3.1 Nuevo León	185

X CONTENIDO

3.3.3.2	Estado de México	187
3.3.3.3	Guanajuato	190
3.3.4	Audiencias	192
3.3.4.1	Reglas generales	192
3.3.4.1.1	Nuevo León	192
3.3.4.1.2	Estado de México	194
3.3.4.1.3	Guanajuato	195
3.3.4.2	Audiencia preliminar	197
3.3.4.2.1	Nuevo León	197
3.3.4.2.2	Estado de México	198
3.3.4.2.3	Guanajuato	200
3.3.4.3	Audiencia de juicio	201
3.3.4.3.1	Nuevo León	201
3.3.4.3.2	Estado de México	202
3.3.4.3.3	Guanajuato	202
3.3.5	Sentencia	203
3.3.5.1	Nuevo León	203
3.3.5.2	Estado de México	204
3.3.5.3	Guanajuato	204
3.3.6	Recursos	204
3.3.6.1	Nuevo León	204
3.3.6.2	Estado de México	205
3.3.6.3	Guanajuato	206
3.4	Procedimientos orales especiales	207
3.4.1	Divorcio por mutuo consentimiento	207
3.4.1.1	Nuevo León	207
3.4.1.2	Estado de México	208
3.4.1.3	Guanajuato	210
3.4.2	Violencia familiar	211
3.4.3	Jurisdicción voluntaria	213
3.4.3.1	Nuevo León	213
3.4.3.2	Estado de México	215
3.4.3.3	Guanajuato	216

Unidad 4. Justicia oral y enseñanza del derecho 219

4.1	Oralidad y perfil del profesional en derecho	219
4.2	Formación teórica y preparación para la práctica	223
4.3	Enseñanza activa del derecho	228
4.3.1	Fundamentos pedagógicos	228

4.3.2 Métodos y técnicas	230
4.4 Formación de habilidades comunicativas	240
4.4.1 Expresión escrita	242
4.4.2 Expresión oral	244
Oratoria	249
4.5 Formación de habilidades argumentativas	252
Argumentos en derecho	255
Bibliohemerografía	261
Índice de materias	267

Prólogo

A diferencia de los estudios dedicados al derecho familiar sustantivo, no es abundante todavía la bibliografía nacional especializada en derecho procesal familiar, cuyo estudio se ha ubicado dentro del derecho procesal civil. Más escasos todavía son los estudios que abordan el esquema de la justicia oral en esta materia, lo cual se entiende pues hace pocos años era aún una propuesta teórica de avanzada. A pesar de que aún es sólo una propuesta en la mayoría de las entidades federativas, en algunas ya se ha puesto en marcha, lo que justifica la pertinencia de su estudio.

El presente libro se ofrece al interesado en temas jurídicos, estudiante u operador jurídico como una introducción al modelo de justicia oral en materia familiar, el cual, si las circunstancias políticas y económicas son favorables, tenderá a ponerse en práctica de modo generalizado en el país en el próximo lustro. El trabajo consta de cuatro unidades, que desarrollan progresivamente el contenido sustantivo básico del derecho familiar, la regulación adjetiva, el modelo procesal de juicio oral, y los aspectos que se han de atender en la formación de nuevos profesionales para el buen funcionamiento del esquema de la justicia oral.

En la unidad 1 se desarrollan los aspectos generales del derecho familiar y los conceptos básicos para su estudio. Se parte de la noción de familia como base de la sociedad, constituida por vínculos elementales como los lazos biológicos de sangre, afecto, solidaridad y apoyo mutuo. No se omite mencionar las nuevas formas de convivencia familiar diversas del modelo nuclear tradicional, cuya paulatina emergencia plantea retos para el derecho.

Definido el derecho familiar según lo hace la doctrina, se estudian los principios contemporáneos que le dan fundamento, derivados del texto de la Constitución y los tratados internacionales. Destaca el principio de protección de la familia, que entre otras cuestiones implica que el Estado debe asegurar las condiciones sociales y el acceso a los bienes y servicios básicos indispensables, para que las personas estén en condiciones de decidir libre y responsablemente sobre el establecimiento y la conducción de sus familias. Se abunda en el catálogo de derechos fundamentales reconocidos a los integrantes de las familias, particularmente los menores, para cuya tutela se consolida el principio de interés superior del niño como criterio rector, que obliga tanto a los órganos del Estado como a los adultos que tengan relación con los niños.

En esta unidad se estudian también los conceptos generales de instituciones cardinales del derecho familiar, como el parentesco, el matrimonio, el concubinato, el divorcio, la filiación, la adopción, la patria potestad y los alimentos. Dado el federalismo legislativo que rige en el país, mediante el cual las disposiciones que integran el derecho de familia varían de una entidad federativa a otra, para la exposición se acude a la legislación civil federal y a la del Distrito Federal, mayormente comentadas en los trabajos doctrinales, las cuales se comparan con lo dispuesto en la legislación de las tres entidades federativas que han puesto en práctica modelos de justicia oral en materia familiar: Estado de México, Nuevo León y Guanajuato; asimismo, opera lo establecido en algunos de los *nuevos* códigos familiares, como el de Sonora y la *Ley para la Familia* de Hidalgo.

En la unidad 2 se estudian el derecho procesal familiar, su concepto y su fundamento, afincado en el deber estatal de garantizar a los miembros de la familia su derecho de acceso a la justicia pronta, completa, imparcial, efectiva y gratuita, cuyo contenido se desarrolla. Asimismo, se profundiza en los principios que identifican el proceso familiar, como su carácter publicístico, mediante el cual la legislación familiar prevé diversas salvedades al principio dispositivo, en atención a que en estos litigios no sólo intervienen intereses particulares, sino también está en juego un interés público como

expresión del deber de proteger jurídicamente a la familia. En este rubro destacan la intervención oficiosa del juez familiar en el decreto de medidas cautelares y la ordenación de diligencias probatorias, con el propósito de tomar la mejor decisión acorde con la verdad de los hechos y que resguarde el interés superior de los infantes.

Se estudia también la suplencia de las partes en los planteamientos de derecho que tiene como propósito equilibrar la contienda y respaldar a la parte en desventaja en el conflicto familiar, así como la simplificación procesal, que implica la flexibilización de algunas formalidades que rigen en el proceso civil, con el propósito de lograr celeridad procesal y reducir las cargas que para las partes significa acudir a la jurisdicción. Igualmente, se estudia el interés superior del menor, que en el ámbito procesal se traduce en criterio interpretativo para la aplicación de la norma que orienta la actividad oficiosa del juzgador en aspectos sensibles como la guarda y custodia, las convivencias con los padres separados o la prueba genética de paternidad; además, en general, obliga al respeto del derecho del niño a ser escuchado por el tribunal en aquellos procesos que le conciernan, intervención matizada en función de su grado de madurez.

Asimismo, se desarrolla el principio de especialización e interdisciplinariedad, el cual obliga a considerar que el abordaje exclusivamente legal del conflicto familiar es insuficiente; de modo que la labor judicial requiere enriquecerse con el respaldo de especialistas de las materias científicas vinculadas con los problemas familiares: psicólogos, médicos, pedagogos, trabajadores sociales o antropólogos. A su vez, se profundiza en el contenido ético del derecho procesal familiar, el cual se deriva de que los conflictos familiares, antes de ser jurídicos, son problemas humanos, que conllevan pasiones e inciden en la vida íntima de las personas. En consecuencia, una vez desatado un conflicto en el seno de la familia, la intervención jurisdiccional debe perseguir el propósito no sólo de dar una solución jurídica al conflicto, sino también de darle la *mejor* solución, pues auténticamente, depende el bienestar del conglomerado social del bienestar de las familias.

En la exposición de las normas procesales específicas que rigen el juicio familiar se destaca que la legislación se caracteriza por la dispersión. En virtud del federalismo legislativo, cada entidad ha dispuesto su modelo de regulación para el proceso familiar; además, ha establecido reglas diversas para cada uno de los procedimientos de orden familiar, como los derivados de las acciones del estado civil, nulidad de matrimonio, divorcio, juicios de paternidad, alimentos o actos de jurisdicción voluntaria.

En esta unidad se reseñan algunos de los principales procedimientos familiares previstos en la legislación del Distrito Federal, tanto los que se siguen mediante el juicio civil ordinario, como aquellos que se tramitan dentro del procedimiento abreviado previsto para las controversias del orden familiar; y otros actos de jurisdicción voluntaria (como la adopción).

Por último, se dedica un apartado al análisis de los métodos de solución alternativa de controversias en materia familiar, que buscan resolver el conflicto de relevancia jurídica de modo previo o paralelo a la actuación del órgano judicial. Estos mecanismos gozan de gran respaldo teórico por sus buenos resultados. Específicamente se abunda en la conciliación y la mediación, que tienen como propósito lograr que las partes lleguen a un convenio, sea propuesto por el conciliador o definido por ellas con ayuda del mediador.

En la unidad 3, que da título a esta obra, se estudia la puesta en práctica del esquema de justicia oral en materia familiar, cuestión que en los últimos años, paralelamente a la obligatoriedad constitucional de transitar al sistema de justicia acusatorio y oral en materia penal, se ha discutido ampliamente en la mayoría de las entidades federativas y llevado a la práctica en algunas.

Críticamente, se analizan las generalidades de este modelo procesal, así como sus diferencias y cercanías con el esquema *escrito*. Si bien se comparte la expectativa sobre el éxito de la reforma, se evita la ingenuidad y la apología simplista de la oralidad. Se plantea que la transición a la oralidad debe acompañarse de otras medidas adecuadas que atiendan los otros grandes problemas que aquejan a las instituciones jurisdiccionales, particularmente la descomunal carga de trabajo. De otro modo, no se obtendrán los beneficios que busca la reforma procesal.

Según aparecen en la legislación procesal contemporánea, en esta unidad se desarrollan los principios que caracterizan a los juicios orales. La publicidad del proceso, que hacia las partes es insoslayable pues sin ésta no es posible actuar ni defender la pretensión propia en juicio, y hacia terceros, como celebración pública de las audiencias, admite excepciones en materia familiar, planteándose la reserva de las actuaciones en virtud de que las controversias de orden familiar se relacionan con la intimidad de las personas y su vida privada.

El principio de contradicción encuentra su fundamento en el derecho a la igualdad ante la ley: a ambas partes corresponde el derecho de acudir a los tribunales y, ejercida una acción, el derecho al debido proceso, con igual trato por la autoridad judicial. En aplicación del entorno contradictorio se

plantea la bilateralidad en las actuaciones, mediante la cual se rigen cada una de las etapas procesales.

El principio de inmediación, complemento inseparable de la oralidad, es indispensable para el funcionamiento de este esquema: se exige la presencia del juzgador en todas las actuaciones. Este principio implica reafirmar el derecho de las partes a ser efectivamente vistas y oídas al acudir a juicio. Al juzgador se le exige el conocimiento directo del asunto de la controversia, y especialmente su participación y dirección en los actos procesales de la audiencia: desahogo de pruebas y alegatos, con el fin de que ese conocimiento respalde su resolución.

Los principios de concentración, continuidad y abreviación propugnan por la aceleración del proceso, por alcanzar la ansiada celeridad que haga realidad el derecho a una justicia pronta. La concentración evita la dispersión de actos procesales en el tiempo y exige que los actos del juicio oral se integren en una sola audiencia de ser posible o en pocas audiencias próximas. La continuidad en el proceso consiste en la celebración ininterrumpida de los actos procesales, sin que se pueda suspender la actuación salvo por razones de fuerza mayor. La abreviación se presenta como la preferencia por un sistema procesal sencillo, flexible en las formas y resumido en sus etapas.

Los anteriores principios, en tanto pretenden lograr el ahorro de tiempo, se relacionan directamente con la economía procesal. Para las partes, el nuevo esquema procesal sólo se traducirá en un ahorro de recursos si se consolida como un ahorro de tiempo, pues es indudable que el gasto económico está en relación directa con el tiempo que se invierte en obtener la resolución. Esto se aúna al desgaste emocional y la presión anímica que el proceso representa para las partes de la familia en crisis.

La parte central de la unidad se dedica al estudio del modelo de juicios orales en materia familiar que se ha llevado a la práctica en tres entidades federativas: Nuevo León, Estado de México y Guanajuato, vanguardia en la sustanciación de controversias de orden familiar mediante este esquema. El modelo de juicios orales adoptado en estas entidades es similar en el esquema general. Según sea la controversia, en el proceso oral se celebrarán dos audiencias, siendo la primera de conciliación o avenencia, o una sola de juicio.

No se trata de procesos puramente orales, pues aunque todas las promociones de las partes en las audiencias habrán de desahogarse por la vía oral, así como las previsiones del juez correspondientes, la vía escrita es obligatoria en la apertura del proceso, en el cierre de las audiencias y en la

conclusión del proceso; además, el uso de la tecnología conduce a señalar que se trata también de procesos *audiovisuales*, ya que hay obligación de videograbar la realización de las audiencias y las partes pueden solicitar copias de ese material.

Se estudia el juicio oral ordinario en materia familiar, por el cual se tramitarán la mayoría de las controversias de orden familiar, sus disposiciones generales, reglas específicas en materia de demanda, contestación y pruebas, así como las audiencias, preliminar y de juicio, etapa fundamental de este proceso, al término de la cual la legislación prevé que pueda dictarse sentencia de modo inmediato. Se estudia también el procedimiento oral especial previsto para asuntos como el divorcio por mutuo consentimiento y los actos de jurisdicción voluntaria relacionados con el derecho familiar como la adopción.

Por último, en la unidad 4 se estudian los retos que la aplicación del modelo de justicia oral en materia familiar plantea para la enseñanza del derecho, en atención al consenso existente en cuanto a que el éxito o fracaso del nuevo modelo procesal de juicios orales o por audiencias dependerá completamente de las nuevas generaciones de operadores jurídicos.

Asimismo, se plantea que el modelo de justicia oral requerirá un profesional con un perfil destacado que le permita tener un desempeño óptimo y se hacen recomendaciones para continuar la transformación de la docencia jurídica hacia ese objetivo. Así, se profundiza en tres aspectos fundamentales: sustitución del método y las técnicas tradicionales de enseñanza memorística y dogmática, por técnicas activas como la simulación de juicios y el método de casos; formación en el futuro profesional de habilidades para comunicarse con claridad, exactitud, precisión y brevedad, tanto de forma oral como por la vía escrita; y formación en el futuro jurista de habilidades argumentativas para que, a partir de los hechos concretos que son objeto del litigio, pueda formular una respuesta o solución jurídica y respaldarla con razones o argumentos que muestren que es la mejor, la cual deberá decidir el caso.

Deseamos que este texto resulte de utilidad para todos los interesados en el ámbito de la justicia familiar, tanto para los estudiantes que se adentran en el conocimiento de esta fundamental materia, como para los colegas que dedican al proceso familiar su esfuerzo y compromiso profesionales, y desean actualizar sus conocimientos en el nuevo modelo de la justicia oral.

LOS AUTORES
Verano de 2014

Abreviaturas y siglas

ADN	ácido desoxirribonucleico
ap, aps	apartado, apartados
art, arts	artículo, artículos
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CCF	<i>Código Civil Federal</i>
CCDF	<i>Código Civil para el Distrito Federal</i>
CCEG	<i>Código Civil para el Estado de Guajuato</i>
CCEM	<i>Código Civil del Estado de México</i>
CCENL	<i>Código Civil para el Estado de Nuevo León</i>
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CFES	<i>Código de Familia para el Estado de Sonora</i>
cfr	confróntese
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
comp, comps	compilador, compiladores
coord, coords	coordinador, coordinadores
CPCDF	<i>Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal</i>

CPCEG	<i>Código de Procedimientos Civiles del Estado de Guanajuato</i>
CPCEM	<i>Código de Procedimientos Civiles del Estado de México</i>
CPCENL	<i>Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León</i>
CPFEH	<i>Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo</i>
CPEUM	<i>Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos</i>
DeSeCo	Definición y Selección de Competencias
DIF	Desarrollo Integral de la Familia
DOF	<i>Diario Oficial de la Federación</i>
DUDH	<i>Declaración Universal de Derechos Humanos</i>
ed	edición
Ed.	Editorial
etc	etcétera
fracc, fraccs	fracción, fracciones
ibíd, ibídem	(lat: en el mismo lugar; también ib.)
inc, incs	inciso, incisos
LPDNNA	<i>Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes</i>
LFEH	<i>Ley para la Familia del Estado de Hidalgo</i>
loc cit	lugar citado
LEC	<i>Ley de Enjuiciamiento Civil</i>
LJATSJDF	<i>Ley de Justicia Administrativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal</i>
LOTSJDF	<i>Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal</i>
núm, núms	número, números
ob cit	obra citada
oc	Opinión Consultiva
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
P.	Pleno
pág, págs	página, páginas
párr, párrs	párrafo, párrafos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PISA	Programa Internacional para la Evaluación de Estudiantes (por sus siglas en inglés: <i>Program for International Student Assessment</i>)

SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
DIFDF	Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal
t, ts	tomo, tomos
TCC	Tribunales Colegiados de Circuito
tít, títs	título, títulos
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
vol, vols	volumen, volúmenes

Juicios orales en materia familiar

UNIDAD 1

Generalidades del derecho familiar

1.1 Concepto de familia

Es lugar común decir que la familia es la base de la sociedad. Esto significa que después del individuo aislado, la familia funge como la primera forma de agrupación entre los seres humanos y es el primer nivel de organización de una sociedad, el punto de partida de la vida comunitaria, constituida por vínculos elementales, como los lazos biológicos de sangre, de afecto, solidaridad y apoyo mutuo.

En una acepción elemental, se entiende que *familia* es un grupo de personas emparentadas entre sí. **Ignacio Galindo Garfias**, clásico en el pensamiento jurídico nacional, señalaba que, en el sentido más amplio, la familia “es el grupo de personas entre quienes existe un parentesco de consanguinidad por lejano que fuere”.¹ Los científicos sociales, según comenta **Pérez**

¹ **Ignacio Galindo Garfias**, “Familia”, *Diccionario jurídico mexicano*, tomo IV, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1983, pág 196.

Duarte, encuentran que una familia es un grupo de personas que reúne uno de estos tres elementos: hecho biológico, acto jurídico o comportamiento social, cada uno con diferentes variables, atendiendo a la cultura particular.²

Desde el enfoque sociológico —comentan **Bossert** y **Zannoni**—, la familia se ha descrito como “una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos se derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco”. Desde esta óptica, la familia es, sin duda, *una institución social* pues las relaciones determinadas entre sus miembros “constituyen un sistema integrado en la estructura social con base en pautas estables de la sociedad”. Es posible distinguir entre un concepto *restringido* y otro *extensivo* de familia: la *familia nuclear*, primero, integrada por el padre, la madre y los hijos, y la *familia ensamblada o reconstituída*, en segundo lugar, en la cual se integran vínculos procedentes de dos o más uniones conyugales, de suerte que “los niños pasan a tener nuevos hermanos, nuevos compañeros de juegos y de vida, que sin ser hermanos lo son; se agregan tíos, abuelos provenientes de otras familias; padrastros y madrastras cumplen funciones que en algunos niveles se superponen con los de los padres biológicos”.³

A su vez, **Giddens** señala que una familia “es un grupo de personas directamente ligadas por nexos de parentesco, cuyos miembros adultos asumen la responsabilidad del cuidado de los hijos”.⁴ En su explicación, el sociólogo inglés menciona también los dos grandes tipos de familia: nuclear y extensa. El primero, según coincide **Pérez Duarte**, es el grupo formado por una pareja de adultos, los hijos e hijas de éstos, sean consanguíneos o adoptados; y la familia extensa, el grupo difuso que comprende a todas las personas ligadas a través de uno de los tipos de parentesco consanguíneo o el de afinidad.⁵

Como primer nivel organizativo o “célula” de la sociedad, la familia cumple con funciones de gran trascendencia. En principio, el núcleo familiar se considera intrínsecamente asociado con la reproducción de la especie humana. La familia es el entorno natural en el que seres humanos adultos procrean y brindan a sus descendientes los cuidados necesarios para su subsistencia y desarrollo. Igualmente, unida al desempeño de esa función biológica elemental, el ámbito familiar se encarga también de una fun-

² **Alicia Pérez Duarte**, *Derecho de familia*, 2a ed, Fondo de Cultura Económica, México, 2007, pág 23.

³ **Gustavo A. Bossert** y **Eduardo A. Zannoni**, *Manual de derecho de familia*, 6a ed, Astrea, Buenos Aires, 2004, págs 5-9.

⁴ **Anthony Giddens**, *Sociología*, Alianza, Madrid, 1998, pág 190.

⁵ **Alicia Pérez Duarte**, ob cit, pág 41.

ción social primigenia, como proporcionar a los nuevos individuos la primera enseñanza, fungir como el primer círculo de socialización, transmitiendo a los nuevos integrantes de la sociedad las formas de comportamiento, concepciones y valores sociales fundamentales, y fungiendo así como el primer mecanismo de reproducción del grupo socio cultural.

Las fallas en el desempeño de esta labor de relevancia conducen a la inestabilidad futura del individuo y, en los casos extremos, a problemas sociales. Los estudios en psicología evolutiva coinciden en que “la familia desempeña un papel central en el ajuste psicosocial del niño y del adolescente. En este sentido, unas relaciones familiares sólidas suponen un requisito necesario para el éxito del desarrollo de la persona”.⁶

Asimismo, la familia ha desempeñado también una importante función económica al ser una primera unidad productiva y de consumo. La actividad laboral o profesional del jefe de familia o de la pareja permiten aportar mutuamente los recursos para satisfacer las necesidades básicas del individuo: alimentación, vivienda, vestido, salud, entretenimiento y consumo cultural, así como los gastos que se requieren para el desarrollo de los menores.

Más allá de un concepto amplio de familia como el esbozado, es claro que no resulta viable encuadrar a todos los grupos familiares que existen en cierta sociedad en un modelo cerrado de características definidas. En nuestro país, por ejemplo, es evidente que se viven condiciones múltiples; de acuerdo con el ámbito rural o urbano, la situación económica y las costumbres locales, es notoria la existencia de una amplia gama de “familias”, mas no de un tipo de familia en singular. Esto será evidente si se tiene en cuenta el carácter pluricultural de la nación mexicana, integrada por culturas indígenas con formas familiares y tradiciones particulares.

No obstante esta diversidad social, ha sido necesario para el derecho partir de un modelo de familia al cual pueda hacerse referencia en la normatividad. Es difícil establecer un concepto “jurídico” de familia; más viable es inferir la noción de familia que el legislador ha recogido, según la regulación que se ha dado a lo familiar en la ley.

Gutiérrez y González establece: “La familia es el conjunto de personas naturales, físicas o humanas, integradas a través de un contrato de matrimonio de dos de ellas, o integradas por la apariencia o posesión de estado de casados, o por lazos de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil, que

⁶Rosario Carreras de Alba, “La familia como contexto de desarrollo” en **Ramón Ruiz Rodríguez y José Ignacio Navarro Guzmán** (coords), *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Tirant lo Blanch, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Valencia, 2004, pág 391.

habitan en una misma casa, la cual constituye el domicilio familiar y que tengan por ley o por acuerdo unidad en la administración del hogar familiar”.⁷ En su concepto aparecen nociones netamente jurídicas, como la de persona, contrato de matrimonio, lazos de parentesco y domicilio familiar, cuya reunión permite entrever que la idea de familia plasmada en las normas se refiere inicialmente a la *familia nuclear*.

La familia nuclear, construida en torno de la institución matrimonial, era hasta hace unas décadas *la familia* para el derecho. Podía expresarse, como lo hace **Galindo Garfias**, que la familia se presentaba “unida a la institución del matrimonio que atribuye estabilidad al grupo formado como consecuencia del apareamiento del hombre y la mujer”; otras relaciones fuera de matrimonio existían sin duda en los hechos, pero no jurídicamente; “se trataba de un grupo familiar constituido de manera irregular, fundado en la filiación, es decir, en las relaciones jurídicas entre padres e hijos sin que desde el punto de vista del derecho surjan relaciones familiares de los progenitores entre sí. Las que existan o puedan existir entre ellos son de otra naturaleza, generalmente puramente afectivas y de consecuencias económicas”.⁸

La transformación de la vida social, con la transición de las uniones no matrimoniales, de ser una situación irregular —según señalaba **Galindo Garfias**— a una forma distinta de normalidad decidida libremente, condujo al derecho a ampliar su noción de familia, y en ésta se incluyó otra forma de convivencia como el concubinato, del cual derivaron también progresivamente consecuencias jurídicas y, en últimos tiempos, otras uniones de hecho como las sociedades de convivencia, sobre las que abundaremos más adelante.

Así, afinando el concepto jurídico de *familia*, en un sentido estricto ésta puede entenderse como “el grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como por otras personas unidas a ellos por vínculos de sangre, matrimonio, concubinato o civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y obligaciones”.⁹

El anterior concepto se toma como base para el desarrollo del presente trabajo. Cabe agregar que —como se verá—, además de los deberes, el ordenamiento jurídico reconoce también derechos a las personas integran-

⁷ **Ernesto Gutiérrez y González**, *Derecho civil para la familia*, Editorial Porrúa, México, 2004, pág 140.

⁸ **Ignacio Galindo Garfias**, “Familia”..., ob cit, pág 198.

⁹ **María de Montserrat Pérez Contreras**, *Derecho de familia y sucesiones. Colección Cultura jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Nostra Editores, México, 2010, pág 23.

tes de la familia. Es necesario advertir que se trata de un concepto fundado en la idea de familia *tradicional*, que posiblemente será necesario ampliar en los tiempos venideros, en atención a la proliferación de las “nuevas” familias, tema que se comenta en la sección siguiente.

1.2 “Nuevas” familias

Salvo en algunas utopías ideadas por los liberalismos radicales, en las que los individuos constituyen por sí solos la base organizativa de la sociedad, es posible afirmar que en toda cultura siempre ha existido algún modelo de institución familiar encargada de las funciones primigenias mencionadas con anterioridad: la reproducción biológica de la especie, la satisfacción mutua de necesidades básicas entre sus integrantes, y la reproducción cultural del grupo. Que estos modelos de familia han sido de lo más diversos y que en nuestra tradición cultural occidental han ido cambiando a lo largo del tiempo es algo bien sabido y muchas veces dicho.

Al describir esta evolución, los tratadistas coinciden en lo general en establecer recorridos históricos que van de la promiscuidad sexual en los grupos primitivos a esquemas de exclusividad en las relaciones sexuales; de la familia *sindiásmica* a la *monogámica*, y de la *gens* o familia *gentilicia* a la familia *doméstica*; entre otros, que —no siendo ahora el propósito profundizar en esto— conducen finalmente al modelo de familia *nuclear* en la cultura occidental integrada por los padres y sus hijos. Como se ha expuesto, tal modelo ha sido el retomado por el derecho para establecer el marco de derechos y obligaciones relacionados con la familia.

Cabe resaltar que esta idea de la transformación familiar se ha acompañado por lo general de la apreciación de que *últimamente*, ya sea en el último siglo o aun en las últimas décadas, la transformación de la institución familiar se ha acelerado. Los últimos cambios en el pensamiento generacional han sido drásticos y resulta evidente para los ahora abuelos o padres que el modelo de familia en que ellos crecieron es distinto de los modelos familiares que sus hijos y nietos adoptan o adoptarán.

Las familias tienden a ser más pequeñas, las nuevas dinámicas económicas obligan a modificar los roles productivos en su interior y —lo que para muchos resulta indeseable— se alejan de convicciones que parecían incuestionables (como la necesidad de la estabilidad familiar y la permanencia), como vía para garantizar la reproducción social en la transmisión a las nuevas generaciones de valores, costumbres, creencias y en general

punto de partida de la socialización necesaria para construir una sociedad estable.

Simplemente, para las nuevas generaciones, muchos de los conceptos vinculados con la familia tradicional ya no concuerdan con sus expectativas de vida. Según advierte **Beck-Gernsheim**, “suenan anticuados y puede que incluso sospechosos”; por ejemplo, en cuanto al concepto de matrimonio, los jóvenes no quieren ya “atarse a una forma ficticia de casamiento. Cada vez es más frecuente el discurso sobre «parejas» y «relaciones de hecho» o de «compañeros» (...) La tendencia actual es hablar del «compañero» o «compañera» que comparte la vida de uno y hasta —con un quiebro irónico— del compañero de un determinado «tramo de la vida»”.¹⁰

Así, la realidad actual de la familia tiende a alejarse del grupo modelo de la pareja y sus hijos. Los cambios, cabe aclarar, son más acelerados en los países más desarrollados, pero eso no significa que no comiencen a verse también reflejados en la vida social latinoamericana. Como señala **Carbonell**: “La idea tradicional de la familia es una categoría que por momentos ya no concuerda con la realidad que se vive en la mayoría de los países desarrollados —ni en buena parte de los de nuestro entorno”.¹¹

Estas transformaciones se leen en términos de crisis, acompañadas de un ánimo reprobatorio, especialmente en las posiciones que sostienen la existencia de un modelo “natural” de familia. En el concepto de **Grande Aranda**:

La familia es una realidad natural fundamentada en un compromiso público de intimidad y comunidad de vida entre un hombre y una mujer, con vistas, entre otras cosas, a la procreación y educación de los hijos, y al desarrollo y cuidado de todos y cada uno de sus miembros, desde la concepción hasta la muerte (...) La familia es el instrumento natural para llegar a la felicidad.¹²

Acerca de esas transformaciones, apunta **González Martín**, es manifiesto que en la actualidad se presenta una

¹⁰ **Elisabeth Beck-Gernsheim**, *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, Paidós, Barcelona, 2003, pág 13.

¹¹ **José Carbonell**, “La revolución en marcha. La transición demográfica y el surgimiento de nuevas formas de convivencia familiar”, en AA.VV., *Las familias en el siglo XXI: una mirada desde el derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2012, pág 2.

¹² **Juan Ignacio Grande Aranda** y **Miguel Ángel Herrera Molina**, “El contexto sociojurídico estatal de la familia” en **Alfonso Ortega Giménez et al** (coords), *Hacia la protección de la familia. Perspectivas del derecho de familia hoy: preguntas, respuestas y propuestas*, Generalitat Valenciana, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2012, pág 24.

crisis de la institución familiar que recae irremediabilmente en la figura del matrimonio en el que concurren —en estos tiempos que corren— muchas y diversas situaciones, como los matrimonios tardíos, los matrimonios de muy poca duración, la proliferación de hijos extramatrimoniales (...) focos que marcan una llamada de atención en donde la política familiar debe pasar a ser una prioridad social y pública para apoyar la unidad y/o estabilidad familiar y el buen desarrollo del ser humano.¹³

Los cambios bruscos o mutaciones importantes no implican que la institución familiar esté en proceso de desaparición, ni que en un individualismo exacerbado o por la desintegración social la gente ya no persiga como proyecto de vida integrar núcleos familiares. Más bien, apuntan a sustituciones del modelo de familia nuclear tradicional, considerada hasta hace unas décadas el esquema de *normalidad*, por otros modelos de familia que establecen formas de convivencia diversas del esquema tradicional no por accidente o por irregularidad, como se juzgaba antes, sino por libre elección.

La “hegemonía” o “monopolio” de la familia nuclear se ve controvertida por la consolidación de esos nuevos modelos, que llevan a los especialistas a hablar de la “familia posfamiliar”¹⁴ o de la “posmodernización de la familia”.¹⁵ En estos procesos, tiende a desaparecer un modelo único de vida en familia que pueda considerarse el ideal, y es evidente la necesidad de generar un nuevo concepto de familia plural y aun multicultural, o incluso la sustitución del concepto de “familia” por las nociones de “vida familiar” o de “formas de convivencia”.

En el orden global contemporáneo, se está en presencia de “nuevas realidades familiares” o “nuevas estructuras familiares”, fenómenos entre los cuales pueden mencionarse matrimonios y divorcios por conveniencia, familias reconstituidas, familias adoptivas internacionales, niños sin cuidado parental, no acompañados o separados, familias de profesión, familias que utilizan técnicas de reproducción asistida, uniones de hecho, familias monoparentales, homoparentales, padres separados, hogares unifamiliares, sociedades de convivencia, relaciones poliamorosas. Nuevas estructuras familiares que no son “derecho ficción”, sino que ante su proliferación demandan o demandarán tarde o temprano una regulación jurídica.¹⁶

¹³ **Nuria González Martín**, “Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: una aproximación casuística”, en AA.VV., *Las familias en el siglo XXI...*, ob cit, págs 66-67.

¹⁴ **Elisabeth Beck-Gernsheim**, ob cit, pág 28.

¹⁵ **Gerardo Meil Landwerlin**, *La posmodernización de la familia española*, Acento Editorial, Madrid, 1999, *passim*.

¹⁶ **Nuria González Martín**, ob cit, pág 111.

Efectivamente, el gran reto para los juristas es que el derecho no puede permanecer ajeno a esas transformaciones de la vida familiar, manteniendo su interés solamente en el modelo de familia nuclear, cuando éste pierde terreno, de manera cuantitativa, frente a las modernas formas de convivencia. En todo caso, aun cuando las nuevas estructuras familiares puedan parecer muy distintas de la familia tradicional, en el fondo el contenido humano de esta institución, los vínculos de solidaridad, de afecto y apoyo mutuo entre sus miembros son algo que sin duda está presente, y en esta medida, el derecho ha de sentar las bases necesarias para el fomento de esas relaciones elementales para la vida social.

Cabe aclarar que la eventual intervención regulatoria de estas “nuevas” familias o “alternativas” no ha de dirigirse a interferir en la autonomía de las personas, es decir, en la elección libre del plan de vida que estimen más adecuado para su desarrollo. Desde un enfoque de derechos humanos, el compromiso habría de ser extender el ámbito de protección que recibe la familia a esos nuevos modelos y con ésta el conjunto de deberes y derechos para sus integrantes, sobre todo cuando estén involucrados menores, en cuyo caso el principio de respeto a su interés superior —como se verá más adelante— es algo por lo que siempre debe velarse.

En síntesis, sea cual sea el modelo de convivencia familiar que las personas adopten, el derecho ha de contribuir a garantizarles el goce de todos sus derechos y el pleno desarrollo según el plan de vida elegido, en el entendido de que en especial cuando principia la vida, todo individuo requiere un contexto familiar sólido, pues éste condiciona su futuro y sus oportunidades de desarrollo. De la fortaleza de las familias, en sus diversos modelos, depende sin duda la formación de las nuevas generaciones de buenos ciudadanos o, contrariamente, la reproducción de esquemas de exclusión, marginación y, consecuentemente, de violencia social.

1.3 Concepto de derecho familiar

Establecido el núcleo del concepto jurídico de familia como un grupo de personas entre quienes existen vínculos conyugales o de parentesco, puede avanzarse en la formulación de un concepto de derecho de familia. Se entiende como noción preliminar que se trata del conjunto de normas jurídicas encargadas de regular las relaciones jurídicas, es decir, de derechos y obligaciones, que se instituyen en virtud de la existencia de esos vínculos entre los integrantes de la familia.

Con mayor detalle, **López Herrera** señala: “El derecho de familia es el conjunto de principios jurídicos y de normas legales cuyo objeto principal es presidir, dirigir y reglamentar la organización, la vida y la disolución de la familia” y destaca directamente las normas “concernientes a los estados familiares y a las relaciones personales y patrimoniales que derivan de ellos”.¹⁷ En sentido similar, **Belluscio** abunda: “El derecho de familia es el conjunto de instituciones jurídicas de orden personal y patrimonial que gobiernan la fundación, la estructura, la vida y la disolución de la familia”.¹⁸

Esas instituciones jurídicas elementales de la organización familiar incluyen, como bien se sabe, el parentesco (consanguíneo, por afinidad y civil), el matrimonio, el divorcio, el concubinato, la filiación, la adopción, la patria potestad y los alimentos, materias sustantivas del derecho familiar que se estudiarán más adelante.

Respecto a la ubicación del derecho de familia en el conjunto del orden jurídico, atendiendo a la clasificación entre derecho público, privado y social (clasificación que se utiliza con fines meramente didácticos, pues tiende a considerarse superada), el derecho de familia surgió de forma histórica en el derecho privado y tradicionalmente se ha estimado parte de éste. Según el criterio de **Rojina Villegas**, las relaciones familiares son de carácter privado en virtud de que sólo intervienen particulares como sujetos activos y pasivos de ellas. La intervención del Estado en los actos y casos que regula el código civil no puede dar carácter público a la relación jurídica, pues en el derecho sólo tienen esa naturaleza aquellos vínculos que se crean directamente entre el particular y el Estado, y éste figura generalmente como sujeto pasivo de la relación.¹⁹

Esta ubicación dentro del derecho privado se debatió ampliamente en su momento, por la tendencia doctrinal que encontró primero afinidades entre el derecho público y el familiar, suficientes para considerarlo sustancialmente distinto del derecho privado y que en un segundo momento pugló por su autonomía, ya como parte de la tercera rama del derecho social o como una materia también separada de ése. Es una cuestión que se ha debatido durante décadas.²⁰

¹⁷ **Francisco López Herrera**, *Derecho de familia*, 2a ed, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005, págs 25-26.

¹⁸ **Augusto César Belluscio**, *Manual de derecho de familia*, tomo I, 6a ed, Depalma, Buenos Aires, 1996, pág 21.

¹⁹ **Rafael Rojina Villegas**, *Compendio de derecho civil. Introducción, personas y familia*, tomo I, 16a ed, Editorial Porrúa, 1979, pág 253.

²⁰ Véase **José Barroso Figueroa**, “Autonomía del derecho de familia”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XVII, octubre-diciembre de 1967, núm 68, págs 809-843.

El origen de tal discusión puede rastrearse a la primera mitad del siglo xx en los trabajos del italiano **Antonio Cicu**, quien sostuvo la existencia de esa afinidad entre el derecho familiar y el derecho público,²¹ y señaló que posiblemente se halla más cercano a éste que al derecho privado en virtud de una similitud que este autor encontraba entre la familia y el Estado.²² **Ruggiero** continuó las ideas de **Cicu** e insistió en que, a diferencia de lo que sucede en el derecho privado 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 (...) Puesto que el fin de la familia no puede ser éste o aquél del individuo, ni un fin querido libremente por el particular, sino el fin superior de la comunidad social que ha de conseguirse necesariamente, no puede abandonarse tal consecución a la voluntad libre del particular que podría actuar contrariamente a la utilidad general, sino que debe confiarse al Estado, el cual lo conseguirá a toda costa.²³

La eventual pertenencia del derecho de familia al derecho público o al derecho social terminó siendo negada por la doctrina. Hoy en día se afirma que el derecho de familia pertenece al derecho privado, porque claramente se encarga en principio de regular relaciones jurídicas entre personas colocadas en un plano de igualdad, entre sujetos en ejercicio de autonomía, y cuando el Estado interviene es sólo como auxiliar para velar el cumplimiento de ciertos principios, o garantizar la protección de menores y personas en situación de vulnerabilidad.

En el derecho privado, el familiar se inscribe en la rama civil, pues se encarga de regular relaciones que “conciernen a situaciones generales de las personas en sociedad” y, por tanto, “integran el derecho civil”.²⁴ Lo mismo afirma **Gutiérrez y González**, quien habla de “derecho civil para la familia”.²⁵

Lo anterior no es pacífico, y la discusión se impulsa ahora por quienes plantean la autonomía del derecho familiar respecto al derecho civil. Sin duda, existe una tendencia en ese sentido; sin embargo, en el momento actual lo acertado es señalar que dicha autonomía no se ha alcanzado, pues, como bien revisa **Pérez Contreras**, el derecho de familia no cumple con los

²¹ Véase **Antonio Cicu**, *El derecho de familia*, Ediar, Buenos Aires, 1947, pág 443.

²² Acerca de estas tesis véase **Julián Güitrón Fuentesvilla**, “Derecho familiar”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XXVIII, enero-abril de 1978, núm 109, págs 73-99.

²³ **Roberto de Ruggiero**, *Instituciones de derecho civil*, tomo II, Reus, Madrid, 1931, págs 9-10.

²⁴ **Gustavo A. Bossert** y **Eduardo A. Zannoni**, ob cit, pág 10.

²⁵ **Ernesto Gutiérrez y González**, ob cit, pág 140.

cuatro criterios elementales que permiten afirmar la autonomía de una rama del derecho: legislativa, didáctica, doctrinal y judicial.²⁶

Aunque la materia se imparte como un curso independiente del derecho civil y la doctrina se ha especializado de manera notoria al escribirse tratados y manuales referentes a la materia, la principal y evidente limitante es la falta de autonomía legislativa. Media docena de entidades han promulgado códigos para la materia familiar (por ejemplo, Hidalgo, Morelos, Michoacán y Sonora), pero en la mayoría de las entidades federativas las normas del derecho de familia aún se incluyen en los códigos civiles.

Al margen de que no pueda afirmarse actualmente esa autonomía que una parte de la doctrina reclama, es claro que las normas del derecho familiar, según señalan las legislaciones locales y opina la doctrina, no son meramente privadas, sino que tienen también un sentido *público* porque la familia es una cuestión de *orden público e interés social*. Aun cuando el ámbito familiar es una cuestión privada, en la que participan personas en ejercicio de su autonomía y libertad, el Estado también tiene intervención. Esto ha alimentado históricamente el debate acerca de si las normas del derecho de familia son distintas de las normas privatistas, si están más cercanas al derecho público o al social y si requieren autonomía como rama jurídica.

Las normas del derecho de familia son imperativas, es decir, prevalece su sentido y disposiciones frente a la autonomía de las partes, a diferencia de lo que sucede con las normas dispositivas que caracterizan al derecho privado. Como ejemplifica **Lasarte**: “Es impensable que los cónyuges, como regla, puedan configurar el estatuto jurídico del matrimonio a su antojo, o que los padres decidan cuáles son sus deberes respecto de los hijos (...) por encima de las disposiciones legales o en contradicción con ellas”.²⁷

Lo anterior es así en atención a que las normas jurídicas que regulan a la familia no tienen como finalidad principal proteger la autonomía de los individuos en lo particular, sino asegurar el cumplimiento de sus deberes y el goce de sus derechos como miembros del grupo familiar. La noción de orden público autoriza la intervención del Estado y limita los intereses individuales de los miembros de la familia, en la medida necesaria para tutelar el interés familiar que se busca preservar.

Según apunta **Galindo Garfias**, esta intervención del Estado “debe tender a dictar medidas protectoras de orden moral, económico o social, que fortalezcan a la familia y le permitan satisfacer de la mejor manera posible

²⁶ **María de Montserrat Pérez Contreras**, ob cit, pág 25.

²⁷ **Carlos Lasarte**, *Principios de derecho civil*, tomo VI, *Derecho de familia*, 5a ed, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág 11.

sus finalidades naturales, como la procreación, el sostenimiento económico y la educación moral intelectual y física de los hijos”.²⁸

Sin embargo, es válido matizar que la intervención estatal no implica que la familia pierda su naturaleza privada; el orden público justifica la protección de derechos y el debido cumplimiento de las obligaciones, pero no la eliminación en forma *total* de la autonomía de las personas que componen la familia. Como advierte **Lasarte**: “Conviene observar que el derecho, por muy imperativo que se conciba y plantee, no puede entrar en la familia *como caballo o elefante en cacharrería*, tratando de regular los aspectos más íntimos, profundos y entrañables de las personas”.²⁹

Lo anterior será más claro si se observa el proceso de liberalización que se ha dado en la regulación contemporánea de algunas instituciones familiares; por ejemplo, considérense los divorcios por mutuo consentimiento —que se comentan después—: cuando la pareja quiere separarse, el juez puede en la audiencia de avenencia buscar la conciliación y con ello la preservación del núcleo familiar; no obstante, la última palabra corresponde a las partes, pues ni el Estado ni el derecho pueden imponer la subsistencia de los vínculos familiares. No es posible afirmar, como parecía considerarse hace décadas, que el “interés superior” de la familia era algo distinto y podía imponerse al interés de las personas integrantes de la familia.

Lo expuesto se relaciona con la inestabilidad de las nuevas familias que se comentaba en líneas anteriores. Aun cuando tradicionalmente la permanencia de la pareja se ha considerado indispensable para el buen desarrollo de la familia, en nuevos modelos de vida familiar la convicción en que el lazo familiar requiere permanencia es endeble y cada vez más la separación se produce no como situación irregular o problemática, sino como expresión de la autonomía individual, del libre desarrollo de la personalidad señalado por la decisión referente al modo como las personas desean organizar su vida.

En ese orden de ideas, el derecho familiar tiene esta particular naturaleza, de algún modo intermedia entre lo público y lo privado, en atención a que, se insiste, al tener como propósito la protección de la familia como grupo, además de las normas que regulan las relaciones entre los particulares integrantes de la familia, en él convergen principios de orden constitucional y procedentes de tratados internacionales, que fundamentan las normas de lo familiar, cuyo cumplimiento es imperativo.

²⁸ **Ignacio Galindo Garfias**, *Derecho civil*, Editorial Porrúa, México, 2000, pág 457.

²⁹ **Carlos Lasarte**, ob cit, pág 13.

Tal convergencia entre principios y normas de distintos niveles y aun valores en el derecho de familia se señala en la tesis jurisprudencial por reiteración I.5o.C. J/11:

En el sistema jurídico mexicano, basado en un sistema constitucional y democrático, el derecho familiar es un conjunto de principios y valores procedentes de la Constitución, de los tratados internacionales, así como de las leyes e interpretaciones jurisprudenciales, dirigidos a proteger la estabilidad de la familia y a regular la conducta de sus integrantes entre sí y también a delimitar las relaciones conyugales, de concubinato y de parentesco, conformadas por un sistema especial de protección de derechos y obligaciones respecto de menores, incapacitados, mujeres y adultos mayores, de bienes materiales e inmateriales, poderes, facultades y deberes entre padres e hijos, consortes y parientes, cuya observancia alcanza el rango de orden público e interés social.³⁰

Previo a analizar cómo se establece ese régimen de derechos y deberes entre los integrantes de la familia, según las distintas instituciones que componen el derecho familiar, se estudian los principios constitucionales y convencionales que fijan los fundamentos de esa protección que el Estado extiende a las familias.

1.4 Principios constitucionales del derecho familiar

Al ser la familia la base organizativa de la sociedad, según se ha mencionado, el derecho dispone para ésta ciertas consideraciones establecidas desde el orden constitucional. Así, en el art 3o de la Constitución se señala que la educación —considerada un derecho— habrá de contribuir a la mejor convivencia humana, a fin de fortalecer la integridad de la familia (fracc II, inc c). En el art 4o, el primer párr dispone que la ley “protegerá la organización y el desarrollo de la familia” y el párr séptimo establece el derecho de toda familia “a disfrutar de vivienda digna y decorosa”.

En el catálogo de los derechos sociales previstos en el art 123 apartado A, se establecen protecciones para la situación económica de la familia y se prevé que los “salarios mínimos generales deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos”

³⁰ **Derecho de familia. Su concepto.** Tesis: I.5o.C. J/11, 9a época, TCC, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, tomo XXXIII, marzo de 2011, pág 2133.

(fracc VI). Asimismo, en este artículo se dispone la inalienabilidad del patrimonio de la familia (fracc XXVIII).

Aunados a estos señalamientos explícitos, se establecen los derechos de los menores en el art 4o, los deberes de sus padres hacia éstos y las obligaciones del Estado en la materia. Asimismo, hay que considerar lo previsto en los documentos internacionales que establecen catálogos de derechos para los integrantes de las familias.

Como se ve, la regulación de los principios de las normas acerca de la familia en la Constitución mexicana está dispersa y carece de sistematización. El principio de protección de la familia en el art 4o se confunde con otros derechos sociales previstos en el mismo precepto.

En el ámbito del derecho comparado, otros textos constitucionales, como la Carta Magna colombiana de 1991, establecen un régimen mucho más detallado de los principios constitucionales de la familia. Por su interés, se reproduce el art 42 de la Ley Suprema de esa nación sudamericana:

Constitución de Colombia

Artículo 42. *La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.*

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.

La Constitución española de 1978 dispone lo conducente en su art 39 relativo a la protección de la familia y la infancia. Su texto es el siguiente:

Constitución española

Artículo 39. Protección a la familia y a la infancia.

1. *Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.*
2. *Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.*
3. *Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.*
4. *Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.*

Se estudian a continuación los principios constitucionales aplicables del derecho nacional, que integran el marco de protección que el derecho positivo brinda a las familias mexicanas.

1.4.1 Protección jurídica de la familia

Según se mencionó, el primer párr del art 40 constitucional dispone que la ley “protegerá la organización y el desarrollo de la familia”, principio que fue adicionado por la reforma del 31 de diciembre de 1974. Este principio encuentra su origen en los documentos internacionales de derechos humanos. En un primer momento, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (DUDH) de 1948 señala en el art 16.3: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Idéntico señalamiento se establece en el art 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Coincide también con esto la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en su art 17.1, que con mayor precisión establece que la familia “debe ser protegida”. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en su art 10.1 dispone: “Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia

posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”.

La explicación de este principio de resguardo de la familia previsto en nuestra Constitución requiere analizar, primero, qué se entiende en el orden constitucional por familia; segundo, en qué consiste la organización y el desarrollo de esa familia; y en tercer lugar, cómo se ha establecido esa protección legislativa que el precepto ordena. A esto se dedican los siguientes párrafos.

Se ha comentado con anterioridad la transformación contemporánea que presenta el concepto de familia. Con esto en consideración, surge el problema de determinar a cuál familia alude la Constitución en su art 4o. ¿Se extiende la protección sólo al modelo nuclear, que es la noción jurídica de familia?, ¿se incluyen las familias extensas, las parejas sin hijos, las relaciones de hecho o los hogares monoparentales? Más aún, ¿protege la Constitución formas de familias “nuevas” como las integradas por personas del mismo sexo?

La interpretación más adecuada es claramente aquella que entiende que la protección constitucional no puede ceñirse al modelo de familia nuclear, a la establecida mediante un matrimonio. Dada la pluralidad de modelos de familia que se desarrollan en la sociedad, la protección debe considerarse otorgada a todas estas otras uniones; una idea distinta plantearía una segregación indebida. El derecho no puede imponer un plan de vida a las personas, ni la celebración de un matrimonio civil como requisito para gozar de la protección. En esa medida, cualquier familia que voluntariamente decida integrarse, con base en esos vínculos humanos elementales de afecto, solidaridad y apoyo mutuo, debe merecer también la protección.

Como refiere **Escudero Alzate** acerca de las relaciones de hecho —desde el contexto colombiano, pero relacionado con lo que ahora se comenta—:

Las familias unidas entre sí por vínculos naturales, como los diferentes grados de consanguinidad o unidas por vínculos jurídicos, que se presentan entre esposos, afines o entre padres e hijo adoptivos, o por la voluntad responsable de constituirla, en los casos en que un hombre y una mujer se unan con la decisión de vivir juntos, tienen pleno derecho a conformar y desarrollar esta base de la sociedad, aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales, si llenan los requisitos de la ley, su conciencia, sus costumbres, su religión o sus creencias.³¹

³¹ **María Cristina Escudero Alzate**, *Procedimiento de familia y del menor*, 19a ed, Leyer, Bogotá, 2013, pág 24.

De ahí que se hable en ocasiones de vida familiar, como el centro de la protección. En el caso del sistema europeo de derechos humanos, para la Corte de Estrasburgo, según reseña **Kemelmajer**, la noción de *vida familiar* es una cuestión de hecho dependiente de la existencia de vínculos personales entre los hijos y sus progenitores, aun si la relación entre la pareja se ha roto, y también entre parientes próximos, como abuelos y nietos.³²

La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido en diversas ocasiones que el concepto de vida familiar “no está reducid[o] únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”. En cuanto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ésta estima que el término *familiares* debe entenderse en un sentido amplio que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano.³³

De lo anterior cabe considerar que la jurisprudencia mexicana se ha mostrado liberal pues reconoce que el matrimonio no es la única vía para establecer una familia, particularmente en la discusión sobre el reconocimiento y protección jurídicos a las familias homoparentales. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con motivo de la controvertida acción de inconstitucionalidad 2/2010 promovida por la Procuraduría General de la República en contra de las reformas al *Código Civil para el Distrito Federal* de diciembre de 2009 mediante las cuales se extendió el derecho al matrimonio civil a parejas conformadas por personas del mismo sexo, determinó que la protección que el texto constitucional otorga a la familia no se limita a las familias nucleares integradas por la pareja de un hombre y una mujer, sino que se extiende a otros modelos familiares, incluidas las uniones establecidas entre personas del mismo sexo. Así se señala en las siguientes tesis aisladas aprobadas con motivo de esa controversia, que por su interés se reproducen textualmente:

Familia. Su protección constitucional comprende a la formada por parejas del mismo sexo (homoparentales). La protección constitucional de la familia no obedece a un modelo o estructura específico, al tratarse de un concepto social y dinámico que, como tal, el legislador ordinario debe proteger. Por tanto, si el matrimonio entre personas del mismo sexo es una medida legislativa que no violenta la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, es insostenible que dichas parejas puedan acceder a la institución del matrimonio, pero no a conformar una familia,

³² Cfr **Aída Kemelmajer de Carlucci**, *El nuevo derecho de familia. Visión doctrinal y jurisprudencial*, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010, págs 43-44.

³³ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva oc-17/2002*, 28 de agosto de 2002, párrs 69-70.

que en todo caso debe ser protegida en las diversas formas en que se integre, máxime que ello incide definitivamente en la protección de los derechos de la niñez, como es crecer dentro de una familia y no ser discriminado o visto en condiciones de desventaja según el tipo de familia de que se trate.

Tesis: P. XXIII/2011, 9a época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, tomo XXXIV, agosto de 2011, pág 871.

Matrimonio. La *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* no alude a dicha institución civil ni refiere un tipo específico de familia, con base en el cual pueda afirmarse que ésta se constituye exclusivamente por el matrimonio entre un hombre y una mujer. El artículo 4o de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* contiene diversos aspectos, entre los que se encuentran la igualdad ante la ley del hombre y la mujer; la protección a la familia, correspondiendo a la ley establecer lo relativo a su organización y desarrollo; y el derecho de las personas a decidir el número y espaciamiento de sus hijos en forma libre, responsable e informada, sin que tal protección constitucional aluda ni defina a la institución civil del matrimonio, por lo que deja esa atribución normativa al legislador ordinario. Esto es, la Constitución Federal no se refiere o limita a un tipo específico de familia, como podría ser la nuclear —conformada por padre, madre e hijos— con base en la cual se pudiera afirmar que ésta se constituye exclusivamente por el matrimonio entre un hombre y una mujer y, mucho menos, que sólo se proteja a la familia que surge de dicha institución, toda vez que en un Estado democrático de derecho, en el que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia, debe entenderse protegida constitucionalmente la familia como realidad social, a efecto de cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente, alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se constituyan con el matrimonio; con uniones de hecho; con un padre o una madre e hijos; o bien, por cualquier otra forma que denote un vínculo similar.

Tesis: P. XXI/2011, 9a época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, tomo XXXIV, agosto de 2011, pág 878.

Visto lo anterior, queda entonces claro que el desarrollo y la organización de la familia encuentra su punto de partida en la autonomía del individuo adulto para elegir, en principio, si desea establecer vida familiar y, en segundo término, cuál modelo de familia es el que se adecua a sus deseos o convicciones. En el individuo nace el impulso de reunirse con su semejante y formar una familia. **Carrara** señalaba que la familia es la primera manifestación de ese instinto humano que nos impulsa a vivir en sociedad con nuestros semejantes, aun antes que cualquier ley humana nos lo haya impuesto y antes que la razón o la experiencia nos hayan puesto de presente sus necesidades y ventajas.³⁴

³⁴ **Francesco Carrara**, *Programa de derecho criminal*, Temis, Bogotá, 1956, págs 249 y siguientes.

Si el deseo de establecer y mantener una familia o de no hacerlo nace en el ser humano, es un interés que le pertenece. Aunque el Estado tenga interés en promover y preservar la comunidad familiar, no puede hacer suyo ese interés que originariamente pertenece a las personas, al grado de llegar a imponerlo a los sujetos. De este modo, corresponde a los individuos establecer los términos sociales de organización de la familia, sin injerencias o determinación pública de un modelo organizativo de familia. La organización y el desarrollo de vida familiar depende con simpleza de las decisiones que los sujetos tomen acerca de la conducción de su vida.

El Estado debe partir del respeto a esa autonomía de los fines y la libertad para el desarrollo de cada modelo familiar. Su intervención directa debe restringirse al propósito de asegurar sólo el cumplimiento de deberes, en particular respecto a los menores. En cuanto acción protectora, la intervención del Estado debe asegurar las condiciones sociales y el acceso a los bienes y servicios básicos indispensables, para que las personas estén en condiciones de decidir libre y responsablemente sobre el establecimiento y la conducción de sus familias.

Para establecer en qué ha de consistir la protección a las familias, se debe dilucidar frente a qué ha de protegérseles, cuáles son los riesgos que hoy afrontan y los obstáculos que pueden incidir negativamente en su desarrollo. Más allá de lo que en sectores conservadores se lee como “crisis de valores familiares”, es decir, ese auge de los nuevos modelos familiares que se apartan del matrimonio como vía para constituir una familia, pueden identificarse factores objetivos que afectan la conformación, la estabilidad y el desarrollo de las familias. Uno de esos factores es claramente la precariedad económica.

En México, como revelan las estadísticas, la mayoría de la población del país padece algún grado de pobreza. Es evidente que la falta de recursos económicos aparece entonces como uno de los graves obstáculos a los que deben enfrentarse las familias. Esta precariedad material se refleja negativamente tanto en el interior de las familias, en el cumplimiento de sus funciones esenciales y en las relaciones entre sus miembros, como en su exterior, en las relaciones entre la familia y otros grupos y por lo general en la configuración del entorno en el que han de desarrollarse.

En las familias es claro que una situación de insuficiencia económica compromete la satisfacción de las necesidades básicas de los miembros de la familia. Tal situación se torna mucho más preocupante en el caso de los menores, pues las carencias materiales durante la primera etapa de la vida

no sólo se reflejan en problemas de salud y nutrición, sino también pueden afectar el desarrollo social futuro del individuo.

El contexto familiar condiciona el futuro de los individuos y sus oportunidades de desarrollo, así como las personas formadas en contextos familiares precarios encuentran más dificultades para encontrar oportunidades y acceder a los espacios que permiten la movilidad social. Aunque siempre se presentan excepciones debidas al esfuerzo personal de cada individuo, en principio aparece como regla general: “Las desigualdades sociales y la movilidad social están muy marcadas por el origen familiar de los individuos, ya que es la infancia cuando se crean las bases de las futuras oportunidades vitales de los individuos”.³⁵

En el exterior de las familias, la precariedad y la marginación económica fomentan el agravamiento de problemas sociales, como el enrarecimiento del tejido social, la violencia y la delincuencia, a los cuales deben enfrentarse y padecer los miembros de las familias.

En otra dimensión, para las clases medias urbanas, familias que cuentan con ingresos estables y se hallan —más o menos— protegidas frente al pauperismo, las modificaciones en el mundo del trabajo, la mayor competencia profesional que obliga a realizar más actividades en detrimento de las horas de descanso y del tiempo libre, y el aislamiento que fomenta la vida en la urbe son cuestiones que pueden afectar si no de manera económica, sí anímicamente en la vida familiar, obstaculizando la consolidación de los lazos afectivos que se nutren de la convivencia.

Según diagnosticaba **Galindo Garfias** hace algunas décadas, “la vida en común de los miembros de la familia es cada día más precaria y esporádica”, de modo que el sistema económico moderno y la exigencia de la fuerza de trabajo separan a los miembros de la familia. “El hogar, como una comunidad doméstica que implica comunidad de vida de los miembros de la familia, presenta graves síntomas de disolución (...) La casa de la familia está dejando de existir como una unidad económica y espiritual y con ello se han relajado los lazos de solidaridad y ayuda mutua entre sus componentes”.³⁶

Visto lo anterior, cabe preguntarse cómo puede proteger el Estado a las familias de esos factores que afectan o limitan sus posibilidades de desarrollo. En principio, en cuanto a esas “crisis de los valores familiares” cabe apuntar que, con apoyo en el potencial del proceso educativo, el art 3o

³⁵ Teresa Jurado, “Las nuevas familias españolas” en Juan Jesús González y Miguel Requena, (eds), *Tres décadas de cambio social en España*, Alianza, Madrid, 2005, pág 51.

³⁶ Ignacio Galindo Garfias, “Familia”..., ob cit, pág 198.

constitucional señala que la educación contribuirá a fortalecer la integridad de la familia. Desde luego, esto no ha de entenderse como la promoción en las aulas, a las nuevas generaciones, del modelo de familia nuclear como ideal, sino como la transmisión de los valores de afectividad, solidaridad, colaboración y convivencia que constituyen la base de las familias.

En la actualidad está en boga el pensamiento pedagógico que sostiene la necesidad de generalizar una adecuada educación emocional, algo no contemplado en los currículos convencionales, que enseñe a las personas a gestionar sus emociones y a interactuar de manera sana, respetuosa, positiva y constructiva con los demás, algo elemental para construir relaciones personales y familiares sanas y duraderas.

Al margen de la promoción de los valores familiares y de las competencias para establecer relaciones personales sanas, cuestiones que a final de cuentas deben considerarse algo propio del ámbito privado de las personas, lo evidente es la necesidad de brindar protección a las familias frente a la precariedad económica. En esto, cabe recordar que desde la época posrevolucionaria, el Estado mexicano se ha caracterizado por su política de paternalismo asistencialista, de la cual han sido también destinatarias las familias mexicanas.

En 1977, unos años después de la incorporación del principio que ahora se comenta en el art 4o, se creó el DIF o Sistema Integral para el Desarrollo de la Familia, organismo encargado de promover el bienestar de las familias en diversos niveles y particularmente de prestar servicios de asistencia social a personas en situación de desventaja, núcleos familiares sin ingresos suficientes, menores abandonados o maltratados, madres solteras, etcétera.

Aunado a esas actividades de asistencia, que sin duda resultan indispensables para atender a las familias que hoy en día se encuentran en situación de vulnerabilidad, la protección de la familia requiere políticas públicas transversales de empleo, vivienda, salubridad, prevención de la violencia, género, seguridad social y fiscal y cultura. En un sentido amplio, toda política social es también una política de interés familiar, si se insiste en la idea de que la familia es la base elemental de la sociedad.

Garantizar un ingreso estable, suficiente y que sirva para satisfacer plenamente sus necesidades económicas, requisito indispensable para la construcción del entorno familiar sólido, es algo que depende claramente de la fortaleza de la economía nacional en general, de la superación de las desigualdades estructurales que persisten en el país, y de la efectividad real de los derechos sociales para todas las personas.

Además del deber estatal de establecer las políticas públicas necesarias para posibilitar a las familias mayor acceso a oportunidades de desarrollo y un mejor entorno social, el régimen de protección de las familias se concreta en el esquema particular de derechos y obligaciones que se ha previsto para sus integrantes, el cual se analiza a continuación.

1.4.2 Derechos de los integrantes de la familia

La familia no es en sí misma sujeto de derecho, sino que se trata de una forma de organización que las personas internalizan y asumen en su práctica cotidiana de acuerdo con un proyecto de vida. De este modo, la protección que el orden constitucional dispone para la familia, como elemento natural y fundamental de la sociedad, no se traduce en que se reconozca a ésta la titularidad de derechos, sino que dicha protección tiende a establecer el marco necesario para su desarrollo y con ello para el desarrollo de sus integrantes, a quienes se asignan deberes y se les reconocen derechos para tal fin.

Chávez Ascencio identifica dos grupos de derechos fundamentales relacionados con la institución familiar: “derechos familiares de la persona” y “derechos sociales de la familia”.³⁷ Estos derechos se reconocen a todos los hombres y mujeres, con las características que suelen relacionarse con los derechos humanos, como ser inherentes a la persona, con un fundamento anterior a la legislación, universales, imprescriptibles e inalienables, pero siendo también derechos positivizados, subjetivos públicos y exigibles frente al Estado.

El primer derecho que se reconoce a toda persona es constituir una familia. En el ámbito internacional, este derecho se establece en amplios términos en el art VI de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* de 1948. En otros documentos se regula el derecho a fundar una familia, como el derecho a casarse o contraer matrimonio. Así, la DUDH señala en el art 16.1: “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”. A esto se añade en el art 16.2: “Sólo mediante el libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio”.

El PIDCP establece en su art 23.2: “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad

³⁷ Véase **Manuel F. Chávez Ascencio**, “Derechos familiares fundamentales”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm 32, 2002, págs 185-201.

para ello”. Igualmente, la CADH señala en su art 17.2: “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 el principio de no discriminación establecido en esta convención”. Ambos documentos rechazan las uniones forzadas y mencionan también que el matrimonio no puede celebrarse “sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes”.

Respecto al derecho previsto en los anteriores documentos, la Primera Sala de la SCJN ha expresado lo siguiente:

Protección de la familia como derecho humano en el derecho internacional. Su contenido y alcance. Los artículos 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen la protección de la familia como derecho humano. Ahora bien, de la interpretación que de este derecho han realizado diversos organismos internacionales en materia de derechos humanos derivan su contenido y alcance: *a)* la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado; *b)* la familia y el matrimonio no son conceptos equivalentes; lejos de ello, el matrimonio únicamente es una de las formas que existen para formar una familia; *c)* el derecho de protección a la familia implica favorecer ampliamente el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, mas no del matrimonio; *d)* por el simple nacimiento de un niño, existe entre éste y sus padres un vínculo que implica vida familiar, donde el goce mutuo de la compañía constituye un elemento fundamental de aquélla, aun cuando la relación de los padres esté rota, por lo que medidas nacionales que limiten tal goce sí conllevan una interferencia al derecho a la protección de la familia; así, una de las interferencias más graves es la que tiene como resultado la división de una familia; *e)* la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen como legítima la disolución del vínculo matrimonial, siempre y cuando se asegure la igualdad de derechos, la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges y la protección necesaria de los hijos sobre la base única del interés y conveniencia de ellos, y *f)* ningún instrumento internacional en materia de derechos humanos ni sus interpretaciones se pronuncian sobre procedimientos válidos o inválidos para disolver el vínculo matrimonial; lejos de ello, dejan en libertad a los estados para que en sus legislaciones establezcan los que consideren más adecuados para regular las realidades propias de su jurisdicción, siempre y cuando ninguno de éstos se traduzca en un trato discriminatorio en los motivos o en los procedimientos.

Tesis: 1a CCXXX/2012, 10a época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, Libro XIII, tomo 2, octubre de 2012, pág 1210.

La *Carta de los Derechos Fundamentales* de Niza para la Unión Europea, dada en 2000, incluye la relevante distinción, antes señalada, entre la funda-

ción de una familia y la celebración de un matrimonio civil. En su art 9, este documento señala: “Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. Con ello, se garantiza el derecho a integrar modelos familiares distintos de la familia nuclear, cuestión que resulta necesaria y adecuada según se ha sostenido en este trabajo.

Este derecho se complementa con la exigida referencia al derecho a la igualdad. De acuerdo con la CADH, art 17.4: “Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo”. Una disposición semejante también se prevé en el art 23.4 del PIDCP.

De este modo, la ley debe prever un régimen específico de derechos y obligaciones en el contexto familiar que respete ese principio general de igualdad. A su vez, en caso de que la familia se separe, los derechos de cada una de las partes deben ser adecuadamente tutelados y protegidos. Estas materias son propiamente el contenido del derecho familiar tanto sustantivo como procesal, como se verá en los capítulos subsecuentes.

Estrechamente relacionado con el derecho a fundar una familia, se reconoce el derecho fundamental a decidir acerca de la procreación. El segundo párrafo del art 4o constitucional dispone: “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”.

Se ha entendido que tal derecho ampara también la decisión en el sentido negativo, es decir, no tener descendencia. Se señala que el ejercicio del derecho se hará con libertad, responsabilidad e información. La libertad se relaciona aquí con que la persona no sufra ningún tipo de constreñimiento sobre su decisión. Para ello, el Estado no sólo deberá abstenerse de promover por sí políticas y medidas de control de la natalidad o de maternidad forzadas, sino que, a su vez, deberá disponer el establecimiento de la tutela jurídica de esa libertad. Dicha cuestión se realiza por medio de la legislación penal, en los ilícitos contra la autodeterminación sobre la maternidad y las excluyentes de responsabilidad para el aborto.

Para decidir responsablemente, se requiere información. Promover que todas las personas tengan acceso a esa información es parte de las responsabilidades del Estado, ya sea mediante el sistema educativo, el sistema de salud o por campañas de planificación familiar. La información que se proporcione no debe buscar influir en la decisión de las partes, sino respetar su voluntad y favorecer la expresión de un consentimiento informado.

A su vez, las políticas públicas deben favorecer la construcción de entornos sociales adecuados para que las personas realmente estén en condiciones de decidir de modo libre sobre su descendencia. En esto puede coincidir con **Martínez-Pujalte**, quien señala que las políticas públicas en este renglón han de perseguir tres objetivos fundamentales: “a) apoyar a las familias para que puedan tener los hijos que deseen; b) apoyar a las familias en el cuidado y manutención de los hijos, y c) apoyar a las familias en la educación de los hijos”. Este esquema de políticas públicas requiere una línea de acción transversal, que “exige abordar actuaciones que afectan diversas áreas de la acción política y administrativa: empleo, vivienda, legislación laboral y de seguridad social, política fiscal”.³⁸

Para el adecuado ejercicio de ese derecho, se requiere también otorgar un régimen de protección para la maternidad. El PIDESC, dispone en su art 10.2: “Se debe conceder especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho periodo, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”.

La fracc V, del ap A, del art 123 constitucional, señala:

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

Dicha disposición se reproduce en sus términos generales para las trabajadoras del Estado en el inc c), fracc IX, ap B del art 123, aunque cambiando los descansos obligatorios para las madres, en este caso un mes antes de la fecha fijada para el parto y dos después de éste; además, señala explícitamente que estas madres “disfrutarán de asistencia médica y obstétrica, de medicinas, de ayudas para la lactancia y del servicio de guarderías infantiles”.

Para llevar adelante el proyecto de vida que constituye una familia, son de relevancia los derechos sociales, cuyo goce requieren los miembros de

³⁸ **Antonio Luis Martínez-Pujalte López**, “Nuevos retos de las políticas de familia” en **Alfonso Ortega Giménez et al** (coords), ob cit, págs 42 y 50.

la familia en lo individual y en tanto grupo. En esto el PIDESC establece en su art 11.1: “Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

En principio, en lo relativo al ingreso necesario para la subsistencia, la Constitución dispone, en el catálogo de los derechos sociales previstos en el art 123 ap A, protecciones para la situación económica de la familia. La fracc VI prevé: “Los salarios mínimos generales deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos”. La fracc XXVIII protege el patrimonio familiar al señalar: “Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de la familia; bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos, y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios”.

Respecto al alcance de este principio, es de interés la tesis siguiente:

Patrimonio de la familia. Tutela constitucional y legal. El artículo 123, apartado A, fracción XXVIII, constitucional dispone: “Artículo 123. ... XXVIII. Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de la familia, bienes que serán inalienables no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos, y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios”; además, el artículo 727 del *Código Civil para el Distrito Federal* señala: “Los bienes afectos al patrimonio de la familia son inalienables, imprescriptibles y no estarán sujetos a embargo ni gravamen alguno”. De la interpretación literal de dichos preceptos constitucional y legal resulta que un inmueble que se encuentre afectado a un patrimonio familiar es inembargable, con independencia de quien lo haya constituido, puesto que lo que regula la norma es que una vez constituido un patrimonio familiar no estará sujeto a embargo, por sus características de inalienable, entendiéndose por dicho vocablo, conforme al *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, que son bienes que se encuentran fuera del comercio por disposición legal, obstáculo natural o convención, y es imprescriptible, lo que implica que la propiedad no se puede perder por el paso del tiempo.

Tesis: I.3o.C.77 C, 10a época, TCC, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, libro XVIII, tomo 3, marzo de 2013, pág 2047.

Otros derechos sociales (como la alimentación y la salud) se establecen de manera general en el art 4o. En concreto, el párr sexto señala: “Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley estable-

cerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo”. La redacción de este artículo es equívoca, pues —como se señaló con anterioridad— la familia como grupo no es titular de derechos, de modo que el derecho a la vivienda debe entenderse reconocido a los integrantes de la familia. Asimismo, el alcance del concepto *vivienda digna y decorosa* es impreciso.

En relación con ello, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas expuso en su Observación General 4, de 1992, que el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Así, el concepto de *vivienda adecuada* significa disponer de un lugar donde poder aislarse si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable.³⁹

En la familia, los menores merecen sin duda una particular protección por su condición de personas en formación, dependientes de los adultos en diversos sentidos. En principio, los hijos que integren el núcleo familiar deben gozar de iguales derechos. Todavía a mediados del siglo pasado, jurídicamente se establecían tratos diferenciados para los hijos nacidos fuera del matrimonio, que recibían un trato social muy discriminatorio. Es posible que esta discriminación siga vigente en lo social en algunos sectores, pero jurídicamente todos los hijos gozan de los mismos derechos, pues no hay distinciones. Este principio se expresa en la CADH, en su art 17.5: “La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

En el art 4o constitucional, los párrs octavo, noveno y décimo disponen el cumplimiento de los derechos de los niños, a la vez que son deberes de los adultos encargados de su cuidado —y del Estado como coadyuvante— preservar y velar por la eficacia de tales derechos.

Además de establecer como un principio el interés superior menor —el cual se comenta en el apartado siguiente— el párr octavo del mencionado art 4o constitucional establece: “Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano

³⁹ Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general núm 4. El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del art 11 del Pacto)*, E/1992/23, párr 7.

esparcimiento para su desarrollo integral”. Por su parte, el párr noveno del precepto dispone: “Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios”. En complemento, de acuerdo con el párr décimo: “El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez”.

En el ámbito internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) es el principal documento en esta materia. Según se declara en su Preámbulo, la Convención encuentra su fundamento en la proclamación de que “la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales” y 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”. Junto a la CDN, la necesidad de proporcionar al niño esta protección especial ha sido enunciada en la *Declaración de los Derechos del Niño* de 1959 y reconocida en la DUDH (art 25.2), el PIDCP (arts 23 y 24) y el PIDESC (art 10) principalmente.

Entre los principales derechos de la infancia, según los ordena la *Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LPDNNNA)* publicada en el DOF el 29 de mayo de 2000, se han establecido los siguientes:

1. *Derecho de prioridad en el ejercicio de sus derechos.* Ha de brindárseles protección, socorro y atención antes que a los adultos en todos los servicios, en igualdad de condiciones (art 4o, LPDNNNA).

2. *Derecho a la vida* (art 6o, CDN; art 5o, LPDNNNA).

3. *Derecho a la no discriminación* (art 2o, CDN y art 16, LPDNNNA).

4. *Derechos a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo psicofísico.* Éstos no implican solamente el acceso a condiciones adecuadas de bienestar material o al sustento básico, sino todas las circunstancias necesarias para un “crecimiento sano y armonioso tanto físico como mental, material, espiritual, moral y social” (art 19, LPDNNNA).

5. *Derecho a ser protegido en su integridad, en su libertad y contra el maltrato y el abuso sexual* (art 21, LPDNNNA). El Estado debe garantizar a los menores protección contra la explotación económica (art 32, CDN) y el uso ilícito de estupefacientes, impidiendo que se utilice a los niños para el tráfico de esas sustancias (art 33, CDN). Asimismo, contra delitos como la explotación sexual (art 34, CDN), el secuestro o la venta de niños (art 35, CDN), o cual-

quier otra forma de explotación que sea perjudicial para su bienestar (art 36, CDN).

Según el art 19.1 de la CDN:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

6. Derecho a la identidad. Este derecho abarca los derechos a tener un nombre y los apellidos de los padres, a ser inscrito en el Registro Civil, tener una nacionalidad, conocer su filiación y su origen, y la pertenencia a un grupo cultural con el cual compartir costumbres, religión, idioma o lengua (art 22, LPDNNA).

En el ámbito internacional, se prevé lo relativo en el art 7 de la CDN. El art 8 de este documento señala: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

7. Derecho a vivir en familia. Los niños tienen derecho a permanecer con sus padres y no podrán ser separados de su entorno familiar sino mediante sentencia u orden preventiva judicial, no pudiendo ser la falta de recursos motivo suficiente para ordenarla (art 23, LPDNNA). Este derecho implica también, como necesidad prioritaria, el derecho de los niños a convivir o mantener relaciones personales y trato directo con sus padres cuando éstos estén separados (art 24, LPDNNA).

En cuanto a tal derecho, en la jurisprudencia mexicana, la tesis aislada XXI.1o.C.T.1 C (10a) señala claramente:

El derecho de convivencia y visitas es una institución fundamental del derecho familiar en México, que tiene como finalidad regular, promover, evaluar, preservar y, en su caso, mejorar o reencauzar la convivencia en el grupo familiar respecto de menores y, por ello, se encuentra por encima de la voluntad de la persona a cuyo cargo se encuentre la custodia del menor, por tratarse de un derecho humano, principalmente dirigido a éste, aunque también favorezca indirectamente a sus ascendientes y a quienes conforman dicho grupo.

A ello se añade lo siguiente, en armonía con los documentos internacionales:

Los sujetos titulares del derecho de convivir con los parientes no son éstos, sino las niñas y niños, porque sólo de esta manera pueden existir situaciones o circunstancias que afiancen su desarrollo, dignidad y respeto a sus derechos, de modo que se garantice un entorno de seguridad, afecto y salud que les permita realizarse como sujetos. Consecuentemente, las medidas judiciales que se dicten respecto del derecho de convivencia de los menores con su familia ampliada deben garantizar que su goce no sea ilusorio, insuficiente o ineficaz, porque el titular de ese derecho son éstos y no los padres o sus parientes.⁴⁰

El art 9 de la CDN dispone lo relativo a la vida familiar del menor con sus padres. Esas relaciones que integran la vida familiar son fundamentales. En el caso del sistema europeo de derechos humanos, la Corte de Estrasburgo, según reseña **Kemelmajer**, ha considerado que el disfrute mutuo de la compañía entre padres e hijos, aun si las relaciones entre los padres se han roto, es un elemento fundamental de la vida familiar. Ésta comprende también las relaciones entre parientes próximos, como abuelos y nietos, por lo cual el Estado está obligado a actuar de manera que permita el desarrollo de tales relaciones tanto en los aspectos sociales y culturales como jurídicos (alimentos y herencias).⁴¹

Cuando los niños se encuentren en situación de orfandad y se vean definitivamente privados de su familia, el Estado se encargará de procurarles una familia sustituta. Mientras se encuentren bajo la tutela estatal, se les brindarán los cuidados especiales que requieran por su situación de desamparo familiar. Para ello, la vía será la adopción, preferentemente la adopción plena; la participación de familias sustitutas o la asistencia pública o privada (art 25, *LPDNN*). Dentro de la adopción podrá preverse la internacional (art 21, *CDN*).

El derecho a la vida familiar debe incluir la posibilidad de realizar traslados internacionales para la reunión de la familia. Según el art 10.1 de la CDN: “Toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva”. Abunda en esto el art 10.2, según el cual: “El niño cuyos padres residen en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres”. En consecuencia, “los Estados Partes respeta-

⁴⁰ **Menores de edad. Su derecho a la convivencia con la familia ampliada.** Tesis: XXI.1 o.C.T.1 C., 10a época, TCC, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, libro XXIII, tomo 3, agosto de 2013, pág 1681.

⁴¹ *Cfr* **Aída Kemelmajer de Carlucci**, ob cit, págs 43-44.

rán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país”.

8. *Derecho a la salud* (arts 24, CDN y 28, *LPDNNNA*).

9. *Derechos de niñas, niños y adolescentes con discapacidad*. Estos menores, además del goce de los derechos reconocidos indistintamente a la niñez, “tienen derecho a desarrollar plenamente sus aptitudes y a gozar de una vida digna que les permita integrarse a la sociedad, participando, en la medida de sus posibilidades, en los ámbitos escolar, laboral, cultural, recreativo y económico” (art 30, *LPDNNNA*).

10. *Derecho a la educación*. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a “una educación que respete su dignidad y les prepare para la vida en un espíritu de comprensión, paz y tolerancia” (art 32, *LPDNNNA*). La educación deberá estar encaminada a: desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; inculcar al niño el respeto de los derechos humanos; inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país del que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena; e inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural (art 29, CDN).

Tal derecho incluye la primera enseñanza, aquella que se les proporciona en el entorno familiar. Aquí, si bien proporcionar educación a los hijos es un deber, también es un derecho de los padres. No debe ser simplemente abandonado en manos de otros, ni obstaculizado injustamente por la autoridad. La función de la familia como primera agencia socializadora, encargada de dar la primera educación, es insustituible. Sin embargo, como advierte **Cobo del Prado**:

La educación completa de las personas, por su complejidad, requiere recursos que superan el ámbito de la familia, de ahí que la tarea educativa requiera la colaboración de la sociedad. Es necesaria la intervención comunitaria, pero con el límite del principio fundamental de subsidiariedad, según el cual una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo interior, privándola de sus competencias, sino que más bien debe sostenerla en caso de necesidad con miras al bien común.⁴²

⁴² Amparo Benet Cobo del Prado, “Paternidad responsable. Aspectos legales de la paternidad” en Alfonso Ortega Giménez *et al* (coords), *ob cit*, pág 258.

De ahí que, además de la primera enseñanza dada en familia, el derecho a la educación se refiere evidentemente a la enseñanza institucional, cuyo marco general es lo previsto en el art 3o de la Constitución.

11. *Derechos al descanso y al juego.* Éstos se consideran “factores primordiales de su desarrollo y crecimiento”; su goce incluye el disfrute “de las manifestaciones y actividades culturales y artísticas de su comunidad” (art 33, *LPDNN*).

12. *Libertad de pensamiento y derecho a tener una cultura propia.* Para el caso de los menores que pertenezcan a un grupo indígena, se reconoce su derecho a “disfrutar libremente de su lengua, cultura, usos, costumbres, religión, recursos y formas específicas de organización social” (art 37, *LPDNN*).

13. *Derecho a participar.* En este derecho se consideran incluidos la libertad de expresión (arts 13, *CDN* y 38, *LPDNN*), el derecho a la información (arts 17, *CDN* y 40, *LPDNN*) y el derecho a ejercer “sus capacidades de opinión, análisis, crítica y de presentar propuestas en todos los ámbitos en los que viven, trátase de familia, escuela, sociedad o cualquier otro” (art 39, *LPDNN*).

En particular, el derecho a expresar su opinión implica que se les tome su parecer respecto a los asuntos que los afecten y el contenido de las resoluciones que les conciernen (art 41, *LPDNN*). De acuerdo con el art 12 de la *CDN*: “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a 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”. Con tal fin, “se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte”.

Los derechos de los niños fijan deberes tanto para sus ascendientes, tutores y custodios como para el Estado que ha de velar por el cumplimiento de éstos. El art 18.1 de la *CDN* establece el principio de que “ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño”. En consecuencia, “incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño”. Toca al Estado, según el art 18.2, “prestar la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño”.

1.4.3 Interés superior del menor

El actual párr octavo del art 4o constitucional afirma: “En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del inte-

res superior de la niñez”. Este principio se incluyó en el artículo por reforma publicada en el *DOF* el 12 de octubre de 2011, mediante la cual también se adicionó la fracc XXIX-P del art 73, asignando al Congreso la facultad de expedir leyes para establecer la concurrencia de la Federación, los estados, el Distrito Federal y los municipios en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, velando en todo momento por el interés superior de aquellos. En dicho art 4o se señala: “Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez”.

Aunque su inclusión en el texto constitucional es relativamente reciente, el principio ya se usaba e invocaba con amplitud en el ámbito del derecho familiar, con ciertas dificultades y a veces en sentidos encontrados, dada su indeterminación como concepto.

La *LPDNN* señala el interés superior de la infancia como uno de los principios rectores de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes (art 3, A); de conformidad con él, las normas se entenderán dirigidas a procurarles, primordialmente, los cuidados y la asistencia que requieren para lograr un crecimiento y un desarrollo plenos dentro de un ambiente de bienestar familiar y social. Claramente se establece que el ejercicio de los derechos de los adultos no podrá, en ningún momento ni en ninguna circunstancia, condicionar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes (art 4).

En criterios reiterados, la jurisprudencia ha entendido por interés superior del menor:

El catálogo de valores, principios, interpretaciones, acciones y procesos dirigidos a forjar un desarrollo humano integral y una vida digna, así como a generar las condiciones materiales que permitan a los menores vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar personal, familiar y social posible, cuya protección debe promover y garantizar el Estado en el ejercicio de sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial, por tratarse de un asunto de orden público e interés social.⁴³

En complemento, se ha señalado lo siguiente:

El interés superior del menor implica que en todo momento las políticas, acciones y toma de decisiones vinculadas a esa etapa de la vida humana se realicen de modo que, en primer término, se busque el beneficio directo del niño o la niña a quien van dirigidos.⁴⁴

⁴³ **Interés superior del menor. Su concepto.** Tesis: 1.5o.C. J/16, 9a época, tcc, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, tomo XXXIII, marzo de 2011, pág 2 188.

⁴⁴ **Interés superior del menor. Alcances de este principio.** Tesis: 1.5o.C. J/14, 9a época, tcc, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, tomo XXXIII, marzo de 2011, pág 2187.

El interés superior del niño aparece en el plano internacional por primera vez en la *Declaración de Derechos del Niño* de 1959, la cual en el principio 2 indica: “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”. El principio 7 añade: “El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”.

El principio de interés superior se reitera en la CDN, explícitamente en el art 3.1, según el cual: “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 que se atenderá será el interés superior del niño”. El principio se reitera en otros artículos respecto a asuntos como: separación del niño de sus padres, relaciones y contacto con ellos (art 9), niños privados temporal o permanentemente de su medio familiar (art 20), adopción de niños (art 21), prohibición de la tortura, de la pena de muerte y de la prisión perpetua (art 37) y garantías judiciales en procedimientos penales (art 40).

Según ha expresado la Corte Interamericana, desarrollando el principio del interés superior del niño en la Opinión Consultiva oc-17/2002, éste es un criterio determinante al cual “han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos”. Para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, éste requiere “cuidados especiales” o “medidas especiales de protección”, que provienen “de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia”. En todo caso, a juicio de la Corte, es necesario ponderar “no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño”.⁴⁵

La Primera Sala de la SCJN, retomando la interpretación de la CIDH ha afirmado: “La expresión ‘interés superior del niño’ (...) implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados

⁴⁵ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica...*, ob cit, párrs 56-61.

como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.⁴⁶

Así, el principio de interés superior como criterio vinculante —cuyo contenido implica el deber de respetar los derechos de los niños, y la provisión de lo necesario para su crecimiento y un desarrollo plenos— muestra dos facetas: por un lado, obliga a las autoridades cuando sus actuaciones intervienen o inciden en el ámbito familiar; y por otro, obliga a los miembros de la familia o a otros individuos que intervengan en la vida del niño.

En la primera faceta, el principio vincula por igual a la actividad legislativa, administrativa y judicial. En la segunda faceta, el interés de los menores deben promoverlo los padres, como eje rector de sus obligaciones en la crianza, cuidado y desarrollo del niño, y puede establecerse una distinción entre el interés del menor y los intereses de los adultos que lo rodean. Esto cobra relevancia porque el Estado puede incluso *imponer* el interés superior del niño como una limitante a la autonomía de sus padres, cuando ello sea necesario, en los casos extremos y graves en que sea menester proteger al menor de su familia. Un ejemplo claro de esto es la imposición de la separación necesaria, “en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño” según lo previsto en el art 9.1 de la Convención.

La jurisprudencia mexicana se ha pronunciado sobre esta posible colisión entre el principio de interés superior del menor y el principio de mantenimiento del menor en la familia biológica, es decir, su no separación de sus padres contra la voluntad de éstos. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación advierte que en esos conflictos, “las soluciones más adecuadas al interés del niño pueden no ser las que favorezcan el mantenimiento o reinserción en la familia biológica”; por ello, se considera que tiene “superioridad jerárquica el deber de perseguir el interés del menor” frente a la directriz que ordena procurar la reinserción familiar. En consecuencia, “el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado a aquel que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor”.⁴⁷

⁴⁶ **Interés superior del menor. Su concepto.** Tesis: 1a./J. 25/2012, 10a época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, libro XV, tomo 1, diciembre de 2012, pág 334.

⁴⁷ **Interés superior del menor. Su posible colisión con el principio de mantenimiento del menor en la familia biológica en los casos de adopción de un menor de edad.** Tesis: 1a.

En el mismo sentido, la Primera Sala ha señalado que en el ámbito judicial el interés superior del menor:

Implica el reconocimiento de que el niño es una persona con intereses diferenciados que pueden coincidir con, pero no se reducen a, los de sus mayores. Por lo mismo, la coincidencia entre los intereses del menor de edad y los de su familia biológica no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá la justificación puntual de la decisión judicial en cada caso concreto.⁴⁸

En general, se ha señalado que la protección al interés superior del menor, como un imperativo de la sociedad, “se ubica incluso por encima de la que debe darse a los derechos de los adultos, con lo cual se cumple una trascendente función social de orden público e interés social”.⁴⁹

No obstante, lo más conveniente es considerar que no existe, por principio o como regla general, una oposición entre los intereses de los padres y del menor, sino que éstos son compatibles y el Estado debe promover su equilibrio y armonización. Como bien señala Seda: “No pueden entenderse los derechos emanados de la patria potestad como antagónicos de los derechos de los hijos menores de edad; por el contrario, deben armonizarse y lograr la conjunción en una concepción integradora”.⁵⁰

Otras tesis sobre el asunto señalan que el interés superior implica determinar “lo que es mejor para el menor”.⁵¹ Si bien esto consiste, esencialmente, “en respetar sus derechos y el ejercicio de éstos, para su sano desarrollo cognitivo, psicológico y emocional”, esto no conlleva de ningún modo “que se acate la voluntad o pretensiones individuales de un menor”, en atención a que la guarda y custodia que se ejerce sobre él “implica enseñar a éste las reglas sociales que debe cumplir”;⁵² es decir, el principio no obliga

LIV/2013, 10a época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, libro XVII, tomo 1, febrero de 2013, pág 825.

⁴⁸ **Interés superior del menor. Condiciones a las que se debe atender para acordar el retorno de un menor a su familia biológica conforme a este principio.** Tesis: 1a. LV/2013, 10a época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, libro XVII, tomo 1, febrero de 2013, pág 822.

⁴⁹ **Interés superior del menor. Su relación con los adultos.** Tesis: I.50.C. J/15, 9a época, TCC, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, tomo XXXIII, marzo de 2011, pág 2188.

⁵⁰ **Juan Antonio Seda** (comp), *La Convención sobre los Derechos del Niño y su aplicación en el ámbito educativo*, 2a ed, Homo Sapiens Eds., Rosario, Argentina, 2013, pág 34.

⁵¹ **Interés superior del menor. La apreciación de las pruebas donde se involucren derechos de menores constituye un tema de legalidad y, por ende, no es susceptible de impugnarse en amparo directo en revisión.** Tesis: 1a./J. 72/2013, 10a época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, libro XXIII, tomo 1, agosto de 2013, pág 296.

⁵² **Interés superior del menor. Dicho principio no implica que se acate su voluntad o pretensiones individuales, ni impide el cumplimiento a un mandato judicial.** Tesis: VI. I.o.C.36

a decidir lo que quiera el menor, sino lo que sea mejor racionalmente para su desarrollo y bienestar.

1.5 Instituciones del derecho familiar

No es el propósito de este trabajo desarrollar exhaustivamente el contenido de un curso de derecho de familia, de modo que en esta sección se establecerán solamente los conceptos y las generalidades de cada una de las instituciones que se regulan en esta rama del derecho.

Dado el federalismo legislativo que rige en nuestro país, las disposiciones que integran el derecho de familia varían sensiblemente de una entidad federativa a otra. Además de los comentarios doctrinales, se abundará en lo dispuesto en la legislación federal, en la del Distrito Federal y en las de las tres entidades que han implementado modelos de justicia oral en materia familiar: Estado de México, Nuevo León y Guanajuato, cuya legislación procesal se reseña en la unidad 3. Por su interés, también se comenta lo establecido en algunos de los *nuevos* códigos familiares, como el de Sonora de 2009 y la *Ley para la Familia* de Hidalgo de 2007.

1.5.1 Parentesco

Por parentesco se entiende el vínculo existente entre los miembros de la familia, que es reconocido jurídicamente. Esta relación de parentesco “tiene como características la de ser general, permanente y abstracta”.⁵³

La legislación civil reconoce tres tipos de parentesco: por consanguinidad, por afinidad y el civil. Los principios de éstos se regulan en el título sexto, capítulo I, arts 292 a 300 del *Código Civil Federal (CCF)*; mismos artículos en el caso del *Código Civil para el Distrito Federal (CCDF)*, en atención a que fueron un mismo ordenamiento hasta su separación en dos códigos en el año 2000.

Los tres tipos de parentesco también se reconocen en todas las entidades federativas, aunque “con pequeñas diferencias —casi todas relacionadas con los tipos de adopción y sus efectos”.⁵⁴ No se reconocen jurídica-

C, 10a época, TCC, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, libro XXII, tomo 2, julio de 2013, pág 1443.

⁵³ **María de Montserrat Pérez Contreras**, ob cit, pág 113.

⁵⁴ **Alicia Pérez Duarte**, ob cit, págs 55-56.

mente los lazos de compadrazgo, vínculos de “parentesco” sociales muy comunes entre la población, por medio de los cuales se establecen redes de solidaridad y apoyo.

1. Parentesco por consanguinidad: es el que existe entre las personas que descienden de un mismo progenitor. La *consanguinidad*, vocablo que procede del latín *consanguinitas*, alude al lazo biológico que existe entre quienes por compartir un tronco común tienen la *misma sangre*.

De acuerdo con el *CCDF*, también se da parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida (art 293).

En el caso de la denominada *adopción plena*, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquel que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo. Así, en la adopción plena existe una incorporación completa del menor a su nueva familia, ya que se crean vínculos entre el menor adoptado y toda la familia del adoptante, lo cual se ha considerado más adecuado para respetar el principio de interés superior del niño.

Según señala **Brena Sesma**, esta adopción plena la respaldan las corrientes doctrinales contemporáneas, las cuales consideran que genera “mayores beneficios tanto para el menor como para los adoptantes, pues resulta doloroso, en la adopción semiplena, mantener la relación con una familia que, aunque sea la consanguínea, está totalmente alejada del menor y no permite a la familia del adoptante vincularse jurídicamente con el adoptado a pesar de la cercanía afectiva”.⁵⁵

El parentesco por consanguinidad es una fuente importante de derechos y deberes, en materias como alimentos, sucesión legítima, tutela legítima, patria potestad, y los impedimentos para contraer matrimonio entre parientes consanguíneos, en virtud de la prohibición ancestral del incesto. Esas consecuencias suelen depender del grado de parentesco.

Los vínculos de parentesco entre dos personas se establecen en apego a un esquema de grados y líneas establecido en la legislación civil. Según el código federal, cada generación forma un grado y la serie de grados constituye lo que se llama línea de parentesco (art 296, *CCF*). La línea es recta o

⁵⁵ **Ingrid Brena Sesma**, *La adopción en México y algo más*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005, pág 29.

transversal: la recta consta de la serie de grados entre personas que descenden unas de otras; la transversal se compone de la serie de grados entre personas que sin descender unas de otras proceden de un progenitor o tronco común (art 297, *CCF*). La línea recta es ascendente o descendente: ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco del que procede; descendente es la que liga al progenitor con los que proceden de él. La misma línea es, pues, ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a que se atiende (art 298, *CCF*). En la línea recta los grados se cuentan por el número de generaciones, o por el de las personas, excluyendo al progenitor (art 299, *CCF*). En la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra; o por el número de personas que hay de uno y otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común (art 300, *CCF*).

2. Parentesco por afinidad: de acuerdo con el *CCF*, es el que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón (art 294).

En el caso del *CCDF*, también se adquiere ese parentesco por afinidad a consecuencia del concubinato. En cuanto a esta inclusión, señala **Gutiérrez y González**: “Hizo bien el legislador local de 2000 al incluir al concubinato (...) la única diferencia entre éste y el matrimonio es que el concubinato resulta de un contrato no solemne, sino sólo consensual y cuando mucho formal; por ello, hay razones iguales para considerar aplicable el parentesco por afinidad al caso del concubinato”.⁵⁶

Es oportuno aclarar que el parentesco por afinidad no se establece entre los cónyuges o concubinos, sino entre sus familias de origen. En este caso, señala **Pérez Duarte**, “las dos familias no guardan entre sí ningún tipo de parentesco. Las consecuencias jurídicas de este nexo son pocas”.⁵⁷

3. Parentesco civil: es el que nace de la adopción. Cuando se trata de adopción simple sólo existe entre adoptante y adoptado. En esta adopción simple se establecen vínculos de filiación entre adoptante y adoptado, pero no con el resto de la familia. La tendencia legislativa es a eliminar esta figura, de modo que en todo caso se establezca una adopción plena, la cual, como se señaló, se equipara jurídicamente al parentesco consanguíneo.

Así, en la legislación del Distrito Federal la figura fue derogada desde el año 2000. Para la legislación federal, el 8 de abril de 2013 se publicó en

⁵⁶ Ernesto Gutiérrez y González, ob cit, pág 158.

⁵⁷ Alicia Pérez Duarte, ob cit, pág 57.

el *DOF* el decreto que deroga la sección de la adopción simple (arts 402 al 410, *CCF*).

En el Estado de México, el código civil de la entidad (*CCEM*) señala expresamente: “El parentesco civil nace de la adopción y se equipara al consanguíneo” (art 4.120). Las disposiciones relativas a la adopción simple se derogaron por decreto publicado en el periódico del Estado el 15 de mayo de 2012.

El *Código Civil de Guanajuato* (*CCEG*) contempla ambos tipos de adopción como fuentes del parentesco civil (art 349). En el caso de Nuevo León, subsisten también los dos tipos de adopción; en esta entidad, el régimen de adopción se adicionó al código civil (*CCENL*) en febrero de 1996. De acuerdo con su art 410 bis I:

El adoptado por adopción plena adquirirá la misma condición de un hijo consanguíneo, es decir, la filiación completa, respecto al adoptante o adoptantes y a la familia de éstos, dejando sin efectos los vínculos que tuvo con su familia de origen, excepto para contraer matrimonio. El adoptado adquiere en la familia del adoptante o de los adoptantes los mismos derechos y obligaciones del hijo consanguíneo y debe llevar los apellidos del adoptante o adoptantes.

En Sonora, una de las entidades con un código de familia (*CFES*), dado en 2009, se distingue entre el parentesco por consanguinidad, por afinidad y el voluntario. Este último, según el art 206 del código de familia de la entidad, “es el que nace de la adopción; del nacimiento obtenido mediante técnicas de reproducción asistida con gametos ajenos, autorizadas por los cónyuges o concubinos, y de la afiliación o acogimiento de menores huérfanos, abandonados o entregados lícitamente por sus padres, siempre que la relación se prolongue por más de un año con todas las características y fines de la relación paterno-filial”.

En Hidalgo, la *Ley para la Familia* (*LFEH*) define el parentesco como “el vínculo subsistente entre los integrantes de una familia” y reconoce también las tres clases mencionadas (arts 148 y 149).

1.5.2 Matrimonio

Como se ha visto, el matrimonio se ha considerado tradicionalmente la principal vía para constituir una familia. Según **Bossert** y **Zannoni**, el matrimonio, desde el punto de vista sociológico,

constituye la institucionalización de las relaciones que tienen por base la unión intersexual (...) trasciende como una institución social, ya que está gobernado

por normas institucionalizadas, en cuanto marido, mujer y también los hijos conceptualizan posiciones sociales o roles que la sociedad reconoce, respeta y, de algún modo, organiza. El derecho, a su turno, constituye una recepción de la institución al establecer las condiciones mediante las cuales ha de ser legítima la unión intersexual entre un hombre y una mujer, en el sentido de que ha de ser reconocida y protegida como tal. El matrimonio es, desde este punto de vista, tributario de la noción sociológica, que a su vez incorpora también los componentes éticos y culturales que denotan el modo en que cada sociedad, en un tiempo o época dada, considera legítima la unión intersexual.⁵⁸

La noción de matrimonio que se ha sostenido en el derecho positivo mexicano encuentra su origen en la definición dada por el *Código Napoleón* (1804): “La sociedad del hombre y de la mujer que se unen para perpetuar la especie, para ayudarse mutuamente a llevar el peso de la vida y para compartir su común destino”. Esta noción se reprodujo en los códigos civiles mexicanos de 1870 y 1884, en los cuales se especificaba la indisolubilidad del vínculo.

En el siglo xx, con posterioridad a la promulgación de la *Ley de Divorcio* de 1914, la *Ley de Relaciones Familiares* de 1917 prevé la disolubilidad del matrimonio, el cual define como: “contrato civil de un solo hombre y una sola mujer que se unen en vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”. El texto original de la Constitución señalaba en el párr tercero del art 130: “El matrimonio es un contrato civil”, disposición derogada en 1992 con la reforma en materia de las relaciones Estado-Iglesia.

En la noción tradicional, que se puede denominar civilista, se afirma que la naturaleza jurídica del matrimonio es la de un contrato, en virtud de ser principalmente un acuerdo de voluntades. Esta concepción se reprodujo en numerosos ordenamientos civiles locales y la recogió gran parte de la doctrina nacional, que la considera también un contrato *sui generis*.

Diversos autores han discutido esta naturaleza contractual del matrimonio y han señalado que se trata de un acto jurídico solemne, de una situación, estado o relación jurídica, o de una institución. En principio, el matrimonio es tanto un acto jurídico como un vínculo o relación jurídica. Según explica **Pérez Contreras**: “El matrimonio implica tanto el vínculo jurídico que se crea entre los contrayentes, por efecto del acuerdo de voluntades, como el acto jurídico que le da origen, el cual se encuentra regulado en cuanto a su celebración por el código civil”. Se le ha clasificado así “como

⁵⁸ Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni, ob cit, pág 73.

un acto jurídico mixto que exige la voluntad de las partes y la voluntad del Estado, la cual se manifiesta, primero, en el reconocimiento de la validez del acto en virtud de cumplirse con los requisitos y formalidades exigidos por la ley, y, segundo, por el reconocimiento que da al acto jurídico del matrimonio a través de la resolución o acta de la autoridad administrativa competente”.⁵⁹

Bossert y **Zannoni** profundizan en esta distinción entre *acto jurídico matrimonial* y *relación jurídica matrimonial*. Primero, el matrimonio se celebra por medio del acto jurídico “en el cual deben coexistir las condiciones exigidas a las personas de los contrayentes, al consentimiento y demás solemnidades que establece la ley”; se trata en este rubro de un “acto humano y voluntario”, “libre y personalísimo de los contrayentes”. En segundo lugar, una vez celebrado el acto, “se inicia el desenvolvimiento de la relación jurídica matrimonial”, la cual “se traduce en deberes y derechos interdependientes y recíprocos entre los cónyuges” y “trasciende en el *estado de familia* que el matrimonio establece entre los cónyuges”, el cual “es indisponible, pues las relaciones jurídicas que implica el matrimonio se imponen generalmente en atención al interés familiar u orden público”. Así: “Mientras el acto matrimonial es fruto de la libertad de los contrayentes, el estado matrimonial se sujeta a la imperatividad de la ley y, como atribución subjetiva de relaciones jurídicas familiares, participa de los caracteres comunes del estado de familia”.⁶⁰

Desde otra perspectiva, **Pérez Duarte** considera que el matrimonio “es de naturaleza jurídica compleja y múltiple”, y su definición no puede agotarse en una sola de las diversas figuras propuestas por la doctrina. Respaldada su opinión en la “connotación afectiva y ética que debería prevalecer en esta relación particular entre un hombre y una mujer. La experiencia vivida que cada persona tiene en el ámbito amoroso afectivo nos inclina a cuestionar aquella definición de la naturaleza del matrimonio que implique una concepción de carácter patrimonial como la contractual”.⁶¹

El *CCF* no define al matrimonio, sino sólo alude a la solemnidad que se requiere para su celebración al señalar: “El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades que ella exige” (art 146). El mismo señalamiento se hace en el art 143 de *CCEG*.

Algunas entidades lo definen como una “unión”; por ejemplo, el *CCENL* dispone: “El matrimonio es la unión legítima de un solo hombre y una sola

⁵⁹ **María de Montserrat Pérez Contreras**, ob cit, pág 30.

⁶⁰ **Gustavo A. Bossert** y **Eduardo A. Zannoni**, ob cit, págs 74-75.

⁶¹ **Alicia Pérez Duarte**, ob cit, págs 76-79.

mujer para procurar su ayuda mutua, guardarse fidelidad, perpetuar la especie y crear entre ellos una comunidad de vida permanente” (art 147). Con palabras similares, el *CFES* establece: “El matrimonio es la unión legítima de un hombre y una mujer con el propósito expreso de integrar una familia, el respeto recíproco y la protección mutua, así como la eventual perpetuación de la especie” (art 11).

Otras entidades lo entienden como una “institución”. Así, el *CCEM* señala que se trata de “una institución de carácter público e interés social por medio de la cual un hombre y una mujer voluntariamente deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia” (art 4.1 bis).

La *LFEH* lo define como una: “institución social y permanente, por la cual se establece la unión jurídica de un solo hombre y una sola mujer, que con igualdad de derechos y obligaciones originan el nacimiento y estabilidad de una familia, así como la realización de una comunidad de vida plena y responsable” (art 8).

La principal controversia contemporánea acerca del concepto de matrimonio ha sido si éste puede contraerse sólo entre un hombre y una mujer, o si es posible su realización por dos personas del mismo sexo. Esto último sólo es factible en el Distrito Federal; tras la reforma de diciembre de 2009, el *CCDF* define en su art 146 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”.

Dicho matrimonio no existe en las legislaciones de las entidades federativas que definen la unión matrimonial como enlace entre un solo hombre y una sola mujer. La doctrina nacional está sumamente dividida al respecto y las posiciones se presentan en un amplio espectro, desde quienes muestran una postura favorable a las parejas homoparentales al aducir razones de no discriminación y respeto a derechos fundamentales, quienes aceptan estas uniones, pero las distinguen claramente del matrimonio, hasta quienes se oponen rotundamente a ellas por considerarlas contrarias a los fines naturales de la familia.

En general, es claro que las ideas acerca del matrimonio en el seno de la sociedad han cambiado considerablemente en el último medio siglo, en gran medida a consecuencia del auge de las ideas feministas que han controvertido los roles de género tradicionales.

Se han replanteado también los fines de la institución matrimonial. Para **Pérez Duarte**, son fines del matrimonio: estabilizar las relaciones sexuales; crear una familia y la libre procreación; generar en ella condiciones de

óptimo desarrollo e igualdad; la cohabitación y fidelidad; la ayuda mutua, así como la generación de deberes, derechos y obligaciones.⁶²

La procreación, que se entendía como el propósito principal y natural de la unión matrimonial, ha dejado de tener esa relevancia, tanto social como jurídicamente, en atención al reconocimiento del derecho fundamental a decidir respecto a tener o no hijos.

La preponderancia de las relaciones matrimoniales, según se comentaba con anterioridad, está en crisis frente a los nuevos modelos familiares. Incluso su estabilidad y permanencia como cuestiones fundamentales pierden terreno frente a una mayor libertad para terminar las relaciones matrimoniales, que ha recogido progresivamente el derecho, en la mayor flexibilidad que hoy en día presenta la regulación referente al divorcio.

Las transformaciones contemporáneas del derecho de familia, como han identificado diversos autores, parecen mostrar una tendencia a flexibilizar las rígidas normas que buscaban preservar las expectativas sociales respecto a la institución familiar considerada un asunto de orden público, en favor de una recuperación del sentido de la autonomía de la voluntad como elemento fundamental del respeto a la dignidad de la persona, en atención a que las personas viven en familia y al hacerlo dan forma y sentido a esa institución. Claro ejemplo de esto es la regulación en materia de divorcio, según se verá a continuación.

1.5.3 Divorcio

En el sentido más amplio, divorcio es la disolución del vínculo matrimonial. **Galindo Garfias** lo entiende como “la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas por la ley”.⁶³

Tradicionalmente, la figura del divorcio ha sido objeto de amplias controversias, en las que usualmente se han mezclado los argumentos jurídicos con los morales y aun con los de orden confesional. Según reseña **Sara Montero**, los opositores al divorcio aducen que es factor primordial de la disgregación familiar y la descomposición social; los que lo defienden exponen que el divorcio no es el origen de la ruptura del matrimonio, sino solamente la expresión legal y final del fracaso conyugal, cuyas causas son di-

⁶² **María de Montserrat Pérez Contreras**, ob cit, pág 29.

⁶³ **Ignacio Galindo Garfias**, *Derecho civil...*, ob cit, pág 577.

versas. El divorcio se ha llamado *un mal necesario* porque es la manifestación del rompimiento de la unidad familiar, pero a la vez evita la vinculación legal de por vida de quienes ya están desvinculados en los hechos, casos en los cuales, ante la real quiebra del matrimonio, es indebida, injusta y hasta inmoral la persistencia del vínculo legal que impide a los separados intentar una nueva unión que podría prosperar.⁶⁴

La doctrina ha distinguido diversos tipos de divorcio. El divorcio *vincular* es el que rompe definitivamente la unión matrimonial y deja a los cónyuges en posibilidades de contraer un nuevo matrimonio. El divorcio *no vincular* implica solamente la separación física de los cónyuges, la separación de cuerpos o la conyugal, mediante la cual terminan la convivencia y cohabitación, pero no otras obligaciones relacionadas con el matrimonio. Según **Belluscio**, la distinción fundamental entre estos dos divorcios radica en que se disuelva o no el vínculo familiar y, por consiguiente, en la posibilidad o imposibilidad de contraer nuevas nupcias.⁶⁵

En el divorcio vincular se distinguen: a) el divorcio voluntario, que puede ser administrativo o contencioso, según se solicite ante el oficial del Registro Civil o ante el juez de lo familiar; b) el divorcio causal o necesario, y c) el divorcio unilateral o incausado.

La naturaleza del divorcio se ha analizado en la doctrina, en la cual se distingue principalmente entre quienes encuentran en este instituto una *sanción* dirigida al cónyuge que ha incurrido en hechos que la ley sanciona con la disolución del vínculo; y quienes lo identifican como un *remedio*, como la vía mediante la cual se pone fin a una situación conflictiva entre dos personas que han perdido el deseo de mantener su vínculo marital.

En cuanto a lo anterior, **Mizrahi** señala que ambos divorcios (sanción y remedio) suponen la existencia de un conflicto, pero “la diferencia esencial entre ambos reside en que, en el último de ellos, no se indaga acerca del presunto responsable de esa quiebra conyugal”. Esto es, “no se juzgan las conductas de los esposos para dilucidar quién es el autor del desquicio matrimonial” en el entendido de que “la causa del divorcio es el conflicto mismo” y “el fracaso irremediable que haga insoportable la convivencia”. A juicio de este autor, se trata de un divorcio “que prioriza lúcidamente la realidad de la ruptura como situación sociopersonal y que ha tenido una nítida preferencia en la tendencia legislativa posmoderna, sin perjuicio de que,

⁶⁴ **Sara Montero Duhalt**, “Divorcio”, *Diccionario jurídico mexicano*, tomo III, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1985, pág 329.

⁶⁵ **Augusto César Belluscio**, ob cit, pág 360.

paralelamente, aún sean mantenidas las causales inculpatorias en gran parte de las leyes vigentes”.⁶⁶

El divorcio necesario es ejemplo de divorcio entendido como *sanción* y el divorcio voluntario es ejemplo de la institución entendida como *remedio*. El reconocimiento y la regulación de estos tipos de divorcio son diversos en las legislaciones de la República.

1.5.3.1 Separación de cuerpos

El divorcio no vincular o divorcio-separación fue la única figura de divorcio reconocida por los primeros ordenamientos civiles decimonónicos. Como se mencionó, básicamente en éste se autoriza a los cónyuges a terminar la vida en común sin que en lo jurídico se deshaga su vínculo matrimonial.

El *CCF* lo regula como suspensión de la obligación de cohabitar. Es procedente cuando uno de los cónyuges padezca alguna enfermedad de las previstas en las fracciones VI y VII del art 267: sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio, o enajenación mental incurable.

En tales supuestos, que son causa de divorcio, el art 277 del *CCF* prevé que el cónyuge que no quiera pedir el divorcio podrá solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

Un régimen similar se prevé en el art 277 del *CCDF*, el cual prevé que la persona que no quiera pedir el divorcio podrá solicitar la suspensión de la obligación de cohabitar cuando el cónyuge padezca enfermedad incurable, contagiosa o hereditaria; o impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada, o trastorno mental incurable.

Lo mismo se establece en el art 332 del *CCEG*, en relación con las causales de divorcio por enfermedad previstas en las fracciones VI y VII del art 323. Asimismo, el art 277 del *CCENL*, añade a las causas de enfermedad, impotencia e interdicción las conductas de violencia familiar cometidas por uno de los cónyuges que afecten al otro o a los hijos de ambos o de alguno de ellos.

El *CFES* regula con mayor detalle esta figura y en principio reconoce a los cónyuges el derecho opcional de solicitar la separación de cuerpos o el

⁶⁶ Mauricio Luis Mizrahi, *Familia, matrimonio y divorcio*, Astrea, Buenos Aires, 1998, págs 203-204.

divorcio (art 135). La separación de cuerpos decretada por el juez suspende la obligación de cohabitación física y sexual entre los cónyuges y deja subsistentes las demás obligaciones derivadas del matrimonio (art 136).

El cónyuge sano puede pedir no sólo la separación de cuerpos cuando el otro sufra una enfermedad grave y contagiosa, enajenación mental incurable, alcoholismo o drogadicción, sino también la conversión a divorcio con intervención del cónyuge enfermo o su representante legal, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones familiares y la liquidación del patrimonio social (art 142).

Además de la separación con motivo de la existencia de los anteriores padecimientos en la salud, el *CFES* prevé una separación *incausada*. Señala al respecto que esta separación de cuerpos podrá ser solicitada por los cónyuges, sin expresión de causa, siempre que éstos acuerden sobre la custodia de los hijos, los alimentos y la situación de los bienes. Transcurridos dos años desde que se suspendió la cohabitación, cualquiera de ellos puede solicitar, con audiencia del otro, la conversión a divorcio (art 141).

1.5.3.2 Divorcio necesario o causado

Se trata de la disolución del vínculo conyugal que se impone por sentencia judicial debido a la acreditación de una de las causas de separación previstas en la ley. De dicha causa es responsable uno de los cónyuges, a quien se estima culpable, y el otro solicita el divorcio. Se le nombra *necesario* porque, ante la gravedad de la causa, se juzga indispensable terminar el matrimonio.

Según comenta **Belluscio**, dichas causas de separación “son hechos que, en definitiva, implican graves violaciones a los deberes derivados del matrimonio”. Los hechos que fundan la separación culpable deben ser de tal gravedad que “hagan imposible moral o materialmente la vida en común de los esposos”; además, deben ser imputables “pues suponen una actitud culpable o dolosa del cónyuge al cual se atribuyen”. Respecto a su invocabilidad, “pueden ser invocados únicamente por el cónyuge agraviado, no por el que los cometió”; además, deben haberse presentado con posterioridad al matrimonio.⁶⁷

En el orden federal, el *CCF* prevé las hipótesis de divorcio causal o necesario en el art 267. De las XX fraccs, 18 pueden considerarse causas graves de divorcio necesario. Es posible distinguir aquellas que atentan contra el deber de fidelidad (adulterio, fracc I; alumbramiento por la mujer de hijo

⁶⁷ Augusto César Belluscio, ob cit, págs 370-371.

ilegítimo, fracc II); las que se refieren a la comisión de actos ilícitos (incitación a la prostitución de la mujer, fracc III; incitación a la violencia para cometer algún delito, fracc IV; corrupción de los hijos, fracc V; sevicia, amenazas o injurias graves, fracc XI; acusación calumniosa, fracc XIII; comisión de un delito infamante, fracc XIV; comisión de actos contra la persona o los bienes del cónyuge, fracc XVI; violencia familiar, fracc XIX, y reiteración en ésta tras intervención de la autoridad, fracc XX); las que aluden a trastornos graves en la salud e incapacidad para el acto sexual (enfermedad crónica, incurable, contagiosa o hereditaria, e impotencia incurable, fracc VI; enajenación mental incurable, fracc VII); las que se refieren al abandono del hogar conyugal (fraccs VIII y IX); la negativa a contribuir económicamente al mantenimiento del hogar (fracc XII), además de los hábitos de juego, embriaguez o uso de drogas (fracc XV) y la declaración de ausencia o de presunción de muerte (fracc X).

Como se observa, las causales aluden a hechos, circunstancias y condiciones personales de lo más diverso. En algunas realmente se aprecia una violencia ilícita e injustificable y en otras simplemente aparecen consideraciones de orden moral que parecen anacrónicas, o aun inconstitucionales, como la alusión al hijo “declarado ilegítimo” de la fracc II, que implica una violación al derecho a la igualdad de la niñez.

Este divorcio, según se ha dicho, se impone como una sanción, de modo que el *CCF* prevé ciertas consecuencias jurídicas negativas para el cónyuge que sea declarado culpable. Por ejemplo, perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste (art 286), deberá pagar alimentos al inocente (art 288) y no podrá volver a casarse sino hasta después de dos años (art 289).

En el caso de Nuevo León, el *CCENL* prevé un régimen similar al señalado y contempla las mismas causales de divorcio en su art 267. Igualmente se regula esta institución en el *CCEG*, cuyo texto enumera las causales de divorcio en el art 323.

El *CFES* establece un régimen más detallado para esta institución, para lo cual distingue entre el divorcio necesario por enfermedad o unilateral sin culpa (arts 148 a 151); divorcio necesario por causales objetivas, concretamente la separación por voluntad de ambos o la declaración de ausencia (arts 152 a 154), y el divorcio necesario por culpa, en el cual uno de los cónyuges es responsable, previéndose un catálogo de causales similares a las mencionadas en líneas anteriores (arts 155 y 156).

El divorcio necesario, en tanto requiere la identificación de un cónyuge “culpable”, lo han criticado diversos estudiosos de la materia familiar. **Pérez**

Duarte opina que este divorcio “es poco útil para nuestras relaciones conyugales y familiares. Son muchas las causales, la mayoría de ellas busca un culpable y con ello se propician conflictos aún mayores en las parejas que se divorcian, amén del desgaste emotivo que significa tratar de probar tales causales y el tiempo que esto se lleva”.⁶⁸

En cuanto al régimen de inculpación, **Mizrahi** destaca su inconveniencia porque puede atentar contra la justicia y la equidad, pues:

Durante el trámite de este proceso es harto improbable la determinación, con un grado razonable de certeza, del real responsable —si es que existe— del fracaso conyugal. En efecto, a pesar de que la sentencia recrea las figuras de culpable e inocente, el factor subjetivo de atribución es el que se presenta como sumamente endeble, precisamente porque se trata de efectuar una calificación que hay que deducir desbrozando aisladamente hechos de una serie de conductas y contingencias que son propias de la intimidad matrimonial.⁶⁹

De ahí que exista una tendencia legislativa a desaparecer el divorcio necesario. Actualmente, esta institución ya no existe en legislaciones como el *CCDF*, el *CCEM* y la *LFEH*.

1.5.3.3 Divorcio voluntario

Esta figura jurídica trata de la disolución del vínculo matrimonial decretado por autoridad competente, por solicitud y con el consentimiento de ambos cónyuges. En este divorcio no se entabla litigio ni procedimiento contencioso, como en el divorcio necesario, sino que la autoridad se encarga sólo de verificar el cumplimiento de ciertos requisitos, particularmente el respeto a los derechos de los involucrados, para dar valor jurídico a la voluntad de la pareja respecto a la conclusión de su vínculo.

Este divorcio voluntario por presentación conjunta, señalan **Bossert** y **Zannoni**, resulta más conveniente que el litigioso.

Ya que nada gana la sociedad exigiendo la alegación pública y la prueba de los hechos que provocan la separación o el divorcio. El desquicio del matrimonio es, antes que un problema jurídico, un problema psicológico y social. El proceso contradictorio no salvaguarda la institución del matrimonio ni a la familia. El conflicto conyugal, con divorcio o sin él, reconoce causas y conlleva consecuencias que sería pueril creer que se pueden resolver o ser encausadas sólo por imponer un proceso judicial más estricto, más formal, o en el que

⁶⁸ **Alicia Pérez Duarte**, ob cit, pág 196.

⁶⁹ **Mauricio Luis Mizrahi**, ob cit, págs 203 y 204.

necesariamente se debatan hechos que siempre interesan a la intimidad, y que el solo debate no mitiga, ni evita y, por el contrario, ahonda.⁷⁰

En el ámbito federal, la fracc XVII del art 267 del *CCF* prevé como causa de divorcio el mutuo consentimiento, punto de partida para el trámite de divorcio voluntario. Se ha distinguido que este divorcio puede ser administrativo o judicial, según la autoridad que se encargue del trámite: el oficial del Registro Civil o el juez de lo familiar.

En el primer caso, de acuerdo con el art 272 del *CCF*, procede este divorcio por convenio cuando ambos consortes sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hayan liquidado la sociedad conyugal. Cuando los cónyuges no cumplan tales requisitos, es decir, sean menores de edad o hayan tenido hijos, deberán seguir el trámite de divorcio por mutuo consentimiento ante el juez de lo familiar.

En el caso del *CCDF*, el art 272 prevé el divorcio administrativo por mutuo acuerdo ante el oficial del Registro Civil y establece como requisitos que haya transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, que ambos cónyuges sean mayores de edad, que hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, que la cónyuge no esté embarazada, que no tengan hijos en común o si los tienen que sean mayores de edad, y que éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges.

El *CCENL* admite ambos tipos de divorcio voluntario, administrativo y judicial, previendo para el primero requisitos similares a los señalados (art 272). Igualmente lo hace el *CCEM* (art 4.105). El *CCEG* no prevé el divorcio voluntario administrativo, pero sí el divorcio por mutuo consentimiento ante la autoridad judicial (art 328).

A su vez, el *CFES* prevé el divorcio voluntario ante autoridad judicial, que podrá solicitarse después de transcurrido un año de matrimonio (art 143), en cuyo caso los cónyuges están obligados a presentar un convenio acerca de los términos en que tras la disolución del vínculo se atenderán el cuidado de los hijos, el domicilio conyugal, los alimentos y la liquidación de los bienes de la sociedad conyugal, principalmente (art 144).

1.5.3.4 Divorcio unilateral, incausado o sin expresión de causa

En este último tipo de divorcio, para la disolución del vínculo matrimonial se requiere la manifestación de voluntad de uno solo de los cónyuges, sin

⁷⁰ Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni, ob cit, págs 358 y 359.

que éste deba señalar cuál es la causa que motiva su decisión. Se tramita ante la autoridad judicial.

En dicho tipo de divorcio se sobreentiende que la causa del divorcio es el conflicto, de modo que se atribuye fuerza vinculante a la mera expresión de una de las partes, sin tener que probar y alegar una causa ante la autoridad. Como aclara **Mizrahi**, “el divorcio incausado no significa, desde el punto de vista sociológico, la inexistencia de causales. Claro está que si se promueve una demanda de divorcio es porque las causas existen, sólo que será la voluntad unilateral la que operará con virtualidad propia, aunque en el fondo seguramente hallaremos las causas reales del conflicto. El pedido unilateral del divorcio exterioriza la ruptura de la comunidad de vida”. En estas circunstancias, la ley debe permitir la ruptura jurídica con el fin de evitar conflictos entre los cónyuges entre quienes se ha perdido el vínculo, pues “no existe interés alguno de la familia y de la sociedad en proteger un vínculo desprovisto de toda sustancia”.⁷¹

En el caso del Distrito Federal, el *CCDF* señala que dicho divorcio podrá solicitarse por uno de los cónyuges ante la autoridad judicial, manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita, siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del mismo (art 266). Además, se exige que el cónyuge que unilateralmente promueva el juicio de divorcio acompañe a su solicitud la propuesta de convenio sobre las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, convenio que deberá contener lo relativo a la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, el derecho de visitas, el cumplimiento de los deberes alimentarios, el uso del domicilio conyugal, además de lo relativo a los bienes (art 267).

De manera similar, en el Estado de México, el *CCEM* admite el divorcio incausado cuando cualquiera de los cónyuges lo solicita sin que exista necesidad de señalar la razón que lo motiva (art 4.89), después de un año de haberse celebrado el matrimonio (art 4.91).

Igualmente, la *LFEH* señala desde 2011 que el divorcio podrá solicitarse por uno de los cónyuges, manifestando únicamente su voluntad de no querer continuar con el matrimonio (art 103).

Respecto a la compatibilidad entre esta nueva institución y la protección que el Estado debe brindar a la familia, la Primera Sala de la *scjn* consideró en la tesis 1a. CCXXIX/2012 que este divorcio no atenta contra la institución familiar, sino que, al omitir la parte contenciosa del antiguo proceso, evita

⁷¹ **Mauricio Luis Mizrahi**, ob cit, págs 224-225.

que se afecte el desarrollo psicosocial de los integrantes de la familia y el libre desarrollo de la personalidad, pues es preponderante la voluntad del individuo cuando ya no desea seguir vinculado a su cónyuge. Por su interés, se reproduce la tesis respectiva:

Divorcio sin expresión de causa. El artículo 103 de la *Ley para la Familia del Estado de Hidalgo* que lo prevé no viola los artículos 4o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El fin que buscó el legislador al establecer el divorcio sin expresión de causa con la reforma del artículo 103 aludido, mediante decreto publicado en el Periódico Oficial de la entidad el 31 de marzo de 2011, fue evitar conflictos en el proceso de disolución del vínculo matrimonial cuando existe el ánimo de concluirlo y dejar de cumplir con los fines para los cuales se constituyó y con las obligaciones que de él deriven, como la cohabitación y la obligación alimentaria, lo que en el mundo fáctico puede manifestarse expresa o tácitamente a través de actos, omisiones o manifestaciones que así lo revelen y cuando los cónyuges no realicen los tendientes a regularizar esa situación con actos encaminados a reanudar la vida en común y a cumplir con los fines de éste. Así, este tipo de divorcio omite la parte contenciosa del antiguo proceso, para evitar que se afecte el desarrollo psicosocial de los integrantes de la familia; contribuir al bienestar de las personas y a su convivencia constructiva, así como respetar el libre desarrollo de la personalidad, pues es preponderante la voluntad del individuo cuando ya no desea seguir vinculado a su cónyuge, en virtud de que ésta no está supeditada a explicación alguna sino simplemente a su deseo de no continuar con dicho vínculo; lo anterior busca la armonía en las relaciones familiares, pues no habrá un desgaste entre las partes para tratar de probar la causa que lo originó, ya que ello podría ocasionar un desajuste emocional e incluso violencia entre éstas. Consecuentemente, el artículo 103 de la *Ley para la Familia del Estado de Hidalgo*, que prevé el divorcio sin expresión de causa, no atenta contra el derecho humano de protección a la familia, reconocido en los artículos 4o de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, porque el matrimonio no es la única forma de constituir o conservar los lazos familiares, además de que dichos instrumentos internacionales reconocen en los mismos preceptos que consagran la protección a la familia la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial, sin pronunciarse sobre procedimientos válidos o inválidos para hacerlo, pues dejan en libertad a los Estados para que en sus legislaciones establezcan aquellos que consideren más adecuados para regular las realidades propias de su jurisdicción, siempre y cuando ninguno de éstos se traduzca en un trato discriminatorio, ya sea en los motivos o en los procedimientos; de ahí que no pueda entenderse que legislar el divorcio sin expresión de causa atente contra la integridad familiar, pues el objeto de este derecho humano no es la permanencia del vínculo matrimonial en sí mismo, aunado a que su disolución es sólo el recono-

cimiento del Estado de una situación de hecho respecto de la desvinculación de los cónyuges, cuya voluntad de no permanecer unidos legalmente debe respetarse.

Tesis: 1a. CCXXIX/2012, 10a época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, libro XIII, tomo 2, octubre de 2012, pág 1200.

Sea por medio del divorcio voluntario cuando hay mutuo acuerdo o por el divorcio unilateral cuando una sola de las partes desea terminar la relación, en los últimos años se ha iniciado una tendencia legislativa, según se ha visto, a establecer como única causa de divorcio lo que históricamente se ha entendido como desaparición de la *affectio maritalis*, el cese en la pareja del deseo de seguir compartiendo vida juntos; la “pérdida de la relación de afectividad preexistente”, la “extinción en los cónyuges del deseo de mantener la comunidad de vida”.⁷²

1.5.4 Concubinato

Por concubinato se entiende en el sentido más amplio la relación marital permanente que establecen dos personas que no han celebrado un matrimonio. Se distingue de las uniones sexuales transitorias, que no conllevan el propósito de hacer vida en común.

Tradicionalmente, el concubinato había sido denostado en lo social e ignorado en lo jurídico. De hecho, estas parejas han ido ganando terreno progresivamente dentro del derecho de familia. La tendencia ha sido a considerar al concubinato como una vía legítima para constituir una familia y asignarle un régimen de derechos y deberes análogos a los que rigen para las relaciones matrimoniales, con el fin de proteger los derechos de los miembros, especialmente de los hijos cuando éstos existen. En general, la relación de concubinato adquiere efectos jurídicos por el nacimiento de hijos dentro de ésta o por el paso de cierto tiempo.

Para **Gutiérrez y González**, la única diferencia entre el matrimonio y el concubinato es la forma del contrato que constituye cada uno: mientras el matrimonio es un contrato solemne, el concubinato es un contrato consensual.⁷³

Bossert y Zannoni señalan entre los caracteres del concubinato la comunidad de vida, que confiere estabilidad a la unión y se proyecta en la posesión de estado como “matrimonio aparente, conceptuándolo como

⁷² **María Luisa Arcos Vieira**, *La desaparición de la affectio maritalis como causa de separación y divorcio*, Aranzadi, Navarra, 2000, pág 71.

⁷³ **Ernesto Gutiérrez y González**, ob cit, págs 222-223.

la situación de dos personas no casadas que viven como marido y mujer, haciéndose pasar por tales”. La estabilidad y permanencia son fundamentales, de ahí que “nada distingue *exteriormente* el estado de las personas casadas de las que viven en concubinato, y de allí otros caracteres que se subsumen: la *singularidad de la unión* respecto a cada uno de los concubinos, y la *fidelidad recíproca*”.⁷⁴

El *CCF* no define al concubinato, ni tampoco lo hace el *CCEG*; sin embargo, ambos ordenamientos reglamentan algunos efectos del concubinato, particularmente los que tienen relación con la filiación y las sucesiones.

En el caso del Distrito Federal, el *CCDF* tampoco establece una definición de esta relación, pero explica algunas de sus características y consecuencias jurídicas. De acuerdo con el art 291 bis, las concubinas y los concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio hayan vivido en común de forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones. No es necesario el transcurso de ese periodo cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común.

El *CCEM* da una definición de concubinato que recoge los caracteres señalados: “Se considera concubinato la relación de hecho que tienen un hombre y una mujer, que sin estar casados y sin impedimentos legales para contraer matrimonio, viven juntos, haciendo una vida en común por un periodo mínimo de un año; no se requerirá para la existencia del concubinato el periodo antes señalado cuando, reunidos los demás requisitos, se hayan procreado hijos en común” (art 4.403).

De igual modo, el *CCENL* dispone: “El concubinato es la unión de un hombre y una mujer, libres de matrimonio, que durante más de dos años hacen vida marital sin estar unidos en matrimonio entre sí, siempre que no tengan impedimentos legales para contraerlo” (art 291 bis).

El *CFES* define al concubinato como “la unión voluntaria de un hombre y una mujer, libres de impedimentos matrimoniales por vínculo no disuelto o por parentesco, con el propósito tácito de integrar una familia, el respeto recíproco y la mutua protección, así como la eventual perpetuación de la especie” (art 191). En esta legislación, para que nazca jurídicamente el concubinato se requiere de un plazo de tres años.

Dicho plazo se establece también en la *LFEH*. De acuerdo con el art 143 de esta ley: “El concubinato es la unión de un hombre y una mujer libres

⁷⁴ Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni, ob cit, pág 424.

de matrimonio, que durante más de tres años de manera pública y constante hacen o hicieron vida en común como si estuvieren casados”.

Dado que la ley condiciona el nacimiento jurídico del concubinato y con ello el establecimiento de derechos y deberes, a la determinación de los tiempos de inicio y finalización del concubinato, la clara indicación de estos tiempos suele ser motivo de conflicto. Como apunta **Castañeda Rivas**:

Continúa como grave problema en nuestro medio la determinación del inicio y la conclusión de la relación concubinaria (...) las fechas exactas en ocasiones las saben los interesados directamente; pero los testigos no siempre están conscientes sobre el día cierto y determinado de inicio y de conclusión de la vida en común, circunstancia que impide en un momento dado hacer efectivos los derechos y deberes generados al nacimiento y la terminación de la vida en común.⁷⁵

Es oportuno distinguir el concubinato, que —como se ha visto— tiende a considerarse un “matrimonio aparente” o “informal”, de otras relaciones que ha empezado a reconocer el derecho positivo mexicano: en concreto las sociedades de convivencia, reguladas en el Distrito Federal por la ley respectiva, dada en 2006.

De acuerdo con esta *Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal*, art 2, “la sociedad de convivencia es un acto jurídico bilateral que se constituye cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua”.

A diferencia del concubinato, que en términos generales es una relación de hecho que inicia con el simple establecimiento de la relación marital y genera sus efectos jurídicos tras el paso del tiempo señalado, las sociedades de convivencia requieren registrarse para generar efectos jurídicos. Entre éstos se cuentan el surgimiento de derechos alimentarios recíprocos entre los convivientes, así como derechos sucesorios.

Otra forma de vida familiar cercana al concubinato son las relaciones de hecho homosexuales. Según **Pérez Contreras**, éstas “tienen en común con el concubinato la convivencia, la solidaridad, la ayuda mutua, la permanencia, la publicidad, la igualdad, la fidelidad, la cohabitación y el respeto mutuo”. En los países que aceptan dichas uniones, el reconocimiento de éstas

⁷⁵ **María Leoba Castañeda Rivas**, “El concubinato como problema social y jurídico” en **Ruperto Patiño Manffer y Alma de los Ángeles Ríos Ruiz** (coords), *Derecho familiar. Temas de actualidad*, Editorial Porrúa, Facultad de Derecho de la UNAM, México, 2011, pág 74.

y sus efectos están condicionados a su registro, el cual tiene como consecuencias el inicio de la vida en común, el acuerdo económico de convivencia y la aceptación de los requisitos, derechos y obligaciones relacionados.⁷⁶

1.5.5 Filiación

La filiación se entiende, en un sentido elemental, como el nexo entre los hijos y sus padres reconocido por el derecho. Según **Bossert** y **Zannoni**: “La filiación es el vínculo jurídico, determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos”.⁷⁷

Salvo por los modelos utópicos de sociedades en las cuales los infantes se consideran “hijos de todos” los miembros del grupo, en nuestra tradición cultural ha sido de interés primordial para la sociedad precisar el nexo filial, esclarecer de quiénes son hijos los infantes y, por ende, determinar cuál es su familia. El derecho ha recogido este interés al estipular ciertas reglas para establecer el vínculo filial, como base del régimen de derechos y deberes entre padres e hijos.

Según señala **Pérez Duarte**, “a partir del hecho biológico de la reproducción, la filiación imprime estabilidad a la relación paterno-filial y contribuye a formar el núcleo social primario de la familia a través de un complejo de relaciones jurídicas que nacen del estado civil o estado de familia”.⁷⁸

En ese orden de ideas, la filiación está determinada en principio por el hecho biológico de la procreación. Asimismo, puede establecerse al margen de ese hecho, por vía jurídica, como en la adopción. Los retos para el derecho en este ámbito son adecuar las nociones jurídicas a las nuevas condiciones sociales en las que cobran auge los métodos de reproducción asistida, que no corresponden del todo con las ideas acerca de la paternidad y la maternidad, herencia de los códigos decimonónicos.

Como apunta **Zannoni**, la procreación constituye “el presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación jurídica paterno-filial”. No obstante,

esta relación puede constituirse sin atender al hecho biológico, como acaece en la adopción y en la legitimación adoptiva. En tales casos, la filiación constituida obedece a imperativos juzgados de interés familiar por la ley, que atañen al orden público. Del mismo modo, las modernas técnicas de fecundación asistida permiten disociar la procreación de la cópula entre los progenitores

⁷⁶ **María de Montserrat Pérez Contreras**, ob cit, págs 85-86.

⁷⁷ **Gustavo A. Bossert** y **Eduardo A. Zannoni**, ob cit, pág 439.

⁷⁸ **Alicia Pérez Duarte**, ob cit, pág 227.

—mediante la inseminación artificial o la fecundación extracorporal— e, incluso, la posibilidad de disociación entre madre biológica y madre portadora o sustituta, obliga a replantear la determinación de la maternidad por el parto.⁷⁹

El *CCDF* señala en su art 338: “La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia”.

El *CFES* dispone en su art 213: “La filiación consanguínea es el vínculo de parentesco que surge de la relación genética entre dos personas, por el solo hecho de la procreación, incluyendo la reproducción asistida con material genético de ambos padres”.

La *LFEH* define de manera amplia a esta institución en su art 162: “La filiación es la relación entre dos personas, que se da por el hecho de engendrar o concebir una a la otra, por la adopción o por el reconocimiento”.

La filiación es fuente de derechos y deberes, según se señalaba, entre los cuales se incluye el derecho fundamental de los menores a la identidad, a conocer su filiación y a tener los apellidos de sus padres. Asimismo, indica quiénes serán responsables del cuidado, manutención, educación y demás deberes para el desarrollo del hijo y, evidentemente, es determinante en las sucesiones.

Las legislaciones señalan diversas reglas para establecer jurídicamente la paternidad y la maternidad, así como para probar la filiación, la llamada legitimación y el reconocimiento de hijos. Como resume **Gutiérrez y González**, la filiación puede surgir de cinco fuentes: el nacimiento, las presunciones legales, el reconocimiento, una sentencia ejecutoriada que la declare y la adopción.⁸⁰

En general, se presume que son hijos de ambos cónyuges los nacidos a los ciento ochenta días después de celebrado el matrimonio, o dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del vínculo (en este sentido, arts 324 del *CCF*, 324 del *CCDF*, 381 del *CCEG*, 4.147 del *CCEM*, 324 *CCENL* y 214 del *CFES*).

Cuando nacen fuera del matrimonio, la filiación relacionada con la madre resulta por el solo hecho del nacimiento, y respecto al padre se establece por reconocimiento voluntario o por sentencia que declare la paternidad (en este sentido, arts 360 del *CCF*, 416 del *CCEG*, 4.162 del *CCEM* y 360 del *CCENL*).

⁷⁹ **Eduardo A. Zannoni**, *Derecho Civil. Derecho familiar*, tomo I, 2a ed, Astrea, Buenos Aires, 1993, págs 283-284.

⁸⁰ **Ernesto Gutiérrez y González**, ob cit, pág 417.

Otras legislaciones (como la española) distinguen entre filiación por naturaleza, que puede ser matrimonial y no matrimonial, y filiación por adopción, aunque todas surten los mismos efectos. En cuanto a la primera, se ha señalado:

El hecho del nacimiento de un nuevo ser humano de la madre gestante establece la maternidad de ésta y la filiación del hijo, si este hecho se manifiesta ante el derecho y sus instituciones; además, el derecho, dado que el hombre que mantuvo la relación sexual no es identificable “a primera vista”, interesa una serie de reglas y procedimientos para conocer la paternidad del hombre y la filiación del hijo a partir de una serie de presunciones, declaraciones de conocimiento o actos jurídicos. La determinación de quién son la madre y el padre por el simple hecho de la generación natural se llama *filiación por naturaleza*.⁸¹

Cabe señalar que hasta hace unas décadas se preveían regímenes de derechos distintos, según si los hijos hubieran nacido dentro o fuera del matrimonio. Este modelo de regulación, que distinguía entre “hijos legítimos” e “hijos naturales”, se ha superado paulatinamente por estimarse discriminatorio e inadecuado para nuestro tiempo. La tendencia legislativa es otorgar un trato igualitario a los hijos.

Según dispone el art 338 bis del *CCDF*: “La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen”. El art 196 de la *LFEH* señala: “Los hijos no recibirán calificativo alguno: son iguales ante la ley, la familia, la sociedad y el Estado”.

1.5.6 Adopción

La adopción es, en sentido llano, el acto por el cual una persona recibe como hijo a una persona que no lo es biológicamente. El derecho crea el vínculo entre el adoptante y el adoptado y lo equipara al parentesco que surge de la filiación. **Belluscio** señala que la adopción “es la institución en virtud de la cual se crea entre dos personas un vínculo similar al que deriva de la filiación”.⁸²

Históricamente, la adopción se entendió como un medio por el cual el derecho “suplía” o “imitaba” a la naturaleza, proveyendo una vía por medio de la cual las personas incapacitadas biológicamente para procrear

⁸¹ **Manuel Serrano Ruiz-Calderón et al**, *Los menores en protección*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2007, pág 169.

⁸² **Augusto César Belluscio**, ob cit, pág 253.

podían tener descendencia. Hoy en día, la adopción se entiende no sólo en función del interés que pueden tener los adultos que adoptan, sino también al dar especial relevancia al derecho que tiene todo menor a integrarse a un núcleo familiar en el cual desarrollarse.

Al hablar del parentesco civil se menciona la diferencia entre la *adopción simple*, en la cual se establece un vínculo sólo entre el adoptante y el adoptado, y la *adopción plena*, que se equipara a la filiación consanguínea y tiene como propósito la completa integración del menor a la familia del adoptante. Auténticamente, se trata de un procedimiento mediante el cual el vínculo creado por la adopción sustituye, para todos los efectos jurídicos, al vínculo biológico de origen del menor. Este último modelo tiende a generalizarse en las legislaciones contemporáneas, por considerarse más acorde con la protección de los derechos del niño.

Según establece **Pérez Duarte**, este nuevo enfoque:

Pretende equiparar lo más posible la situación del hijo o hija adoptivo con la del consanguíneo y establecer mecanismos que favorezcan la mayor desvinculación posible con la familia consanguínea de la persona adoptada. Esta tendencia contrasta con la anterior, que circunscribía prácticamente la adopción a un derecho de alimentos y los derechos sucesorios. De ahí que se explicara la adopción como un mero negocio jurídico, cuyo objeto era la transmisión de la guarda legal de la persona adoptada.⁸³

El *CCF* no define a la institución, como sí lo hacen otras legislaciones locales. El art 390 del *CCDF* define a la adopción como “el acto jurídico por el cual el juez de lo familiar constituye de una manera irrevocable una relación de filiación entre el adoptante y el adoptado, al mismo tiempo que establece un parentesco consanguíneo entre el adoptado y la familia del adoptante y entre éste y los descendientes del adoptado”. En su segundo párrafo añade: “Es un derecho del menor, de naturaleza restitutiva, que le garantiza vivir, crecer y desarrollarse de manera íntegra en el seno de una familia”.

El *CCEG* define en su art 446 a la institución del siguiente modo: “La adopción es un acto jurídico por el cual se confiere a uno o varios menores o incapacitados, aun cuando éstos sean mayores de edad, la posesión de estado de hijo del adoptante o de los adoptantes y a éstos los deberes inherentes a la relación de parentesco”.

Por lo que hace al *CFES*, su art 269 establece: “La adopción es una forma de parentesco civil y resulta del acto jurídico por el cual una persona o

⁸³ **Alicia Pérez Duarte**, ob cit, pág 280.

la pareja de cónyuges o concubinos asumen, respecto de uno o varios menores o incapacitados, los derechos y obligaciones inherentes a un hijo biológico”.

La *LFEH* dispone en su art 203: “Adopción es la integración a una familia de uno o varios menores de edad, como hijo o hijos biológicos, previo el procedimiento legal”.

Los ordenamientos prevén diversos requisitos para que sea procedente una adopción. Generalmente se señalan: la edad del adoptante; determinada diferencia de edad respecto al adoptado; que el adoptante demuestre contar con los medios suficientes para la manutención del adoptado; que la adopción resulte benéfica para el adoptado; que exprese su consentimiento la persona que ejerce la patria potestad o el tutor y, de no haber éstos, el Ministerio Público o la institución que tenga en acogida al menor.

La legislación mexicana reconoce también la adopción internacional, que se caracteriza por que el adoptante tiene nacionalidad extranjera y residencia fuera del país y que implica, por tanto, que el menor adoptado saldrá del territorio nacional. Esta adopción siempre será plena. Al respecto, el art 410 E del *CCF* establece: “La adopción internacional es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia habitual fuera del territorio nacional, y tiene como objeto incorporar en una familia a un menor que no puede encontrar una familia en su propio país de origen”.

1.5.7 Patria potestad

La denominación de esta institución es herencia del derecho romano; así, la *patria potestas* era el poder que el *pater* ejercía sobre sus descendientes, prácticamente ilimitado. El concepto ha evolucionado desde entonces y en el derecho familiar moderno tiende a entenderse como la autoridad que los padres ejercen sobre los hijos, de ningún modo ilimitada, sino sujeta a las leyes y específicamente al cumplimiento de deberes de protección y sostenimiento de los hijos. **Galindo Garfias** la define como “la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad no emancipados”.⁸⁴

Con más precisión, hoy en día se afirma que la patria potestad se integra por un conjunto de derechos que tienen los padres sobre las personas y los bienes de sus hijos no emancipados, otorgados por la ley no para beneficio de los padres, sino para el cumplimiento de sus deberes, es decir,

⁸⁴ **Ignacio Galindo Garfias**, *Derecho civil...*, ob cit, pág 656.

“para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto a su sostenimiento y educación que pesan sobre aquéllos y que está en función, y en consecuencia orientada en favor y servicio de los hijos y de acuerdo con su personalidad”.⁸⁵

En la institución de la patria potestad confluyen la dimensión jurídica integrada por los derechos y deberes señalados en la ley a los padres, con dimensiones y compromisos morales, afectivos y sociales. Según dice **Pérez Duarte**:

Este instituto tiene un contenido de orden natural derivado de la procreación, un contenido afectivo derivado del nexo que se establece en razón de este parentesco tan próximo; un carácter ético derivado del deber moral que tienen el padre y la madre por atender los intereses de sus hijos e hijas y el de éstos de respetar y obedecer a aquéllos, y finalmente un contenido social representado por la tarea que deben cumplir los progenitores en la socialización de su prole.⁸⁶

Por lo que hace a la legislación, el *CCF* no define a la institución, pero enuncia algunos de sus elementos. Al respecto, señala que en la relación entre ascendientes y descendientes deben imperar el respeto y la consideración mutuos (art 411); dispone que los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes (art 412) y establece que la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos (art 413).

Una regulación similar se prevé en el *CCDF* (arts 411 a 413), en el *CCEG* (arts 465 a 467), en el *CCENL* (arts 411 a 413) y en el *CCEM* (arts 4.201 y 4.202), el cual añade: “La patria potestad comprende la representación legal y la protección integral del menor en sus aspectos físico, psicológico, moral y social, su guarda y custodia, la administración de sus bienes y el derecho de corrección” (art 4.203).

Con mayor detalle, el *CFES* define en su art 308 a esta institución como “un conjunto de derechos y obligaciones que se otorgan e imponen legalmente a los padres o a los abuelos, en su caso, para cumplir las funciones nutricias, protectoras y normativas en favor de sus descendientes, así como para la correcta administración de sus bienes”.

En términos similares, la *LFEH* menciona en su art 215: “La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones reconocidos y otorgados por

⁸⁵ Manuel Serrano Ruiz-Calderón *et al*, ob cit, pág 220.

⁸⁶ Alicia Pérez Duarte, ob cit, pág 341.

la ley a los padres y, a falta de ellos o por imposibilidad, a los abuelos en relación con sus hijos o nietos, para cuidarlos, protegerlos y educarlos, así como a sus bienes, con base en valores que los formen como buenos ciudadanos en el futuro”.

La jurisprudencia ha coincidido en que el fundamento de la institución es la protección de los menores. Así, se ha señalado: “El derecho familiar se ocupa, de manera preponderante, de la protección de los menores a través del ejercicio de la patria potestad, considerada como la institución protectora de la persona y bienes de los hijos menores de edad no emancipados, que tiene su origen en la filiación y de manera concomitante se encarga de regular el derecho de visitas y convivencias”.⁸⁷

Entre las características de la institución, **Serrano Ruiz-Calderón** señala la *irrenunciabilidad*, la cual se deriva de que es una institución de orden público cuya renuncia supondría un perjuicio para el hijo en el incumplimiento de los deberes del padre; su *intransmisibilidad*, la cual no impide que los padres deleguen determinadas funciones en terceros; su *imprescriptibilidad*, al estar fuera del comercio; la *generalidad*, pues se refiere a la totalidad de los intereses del hijo sometido a ella tanto personales como patrimoniales, y la *temporalidad*, ya que se extingue al alcanzar el hijo la plena capacidad.⁸⁸

Aunque la institución es irrenunciable, las restricciones legales a la patria potestad se expresan claramente en la posibilidad de que ésta se pierda por resolución judicial. En el *CCF* se contemplan como causales de esta pérdida, entre otras, las costumbres depravadas de los padres, los malos tratamientos o el abandono de sus deberes cuando comprometan la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos; la exposición o el abandono por más de seis meses, así como la condena por la comisión de un delito doloso en el que la víctima sea el menor (art 444).

En el ámbito local, el *CCDF* establece entre las causas de pérdida de la patria potestad la violencia familiar en contra del menor; el incumplimiento injustificado de la obligación alimentaria por más de 90 días; el abandono injustificado de los menores por más de tres meses; la comisión de delito doloso contra la persona o bienes de los hijos, así como la sustracción o retención ilícita del menor (art 444).

Hipótesis similares se contemplan en el art 444 del *CCENL*, el art 497 del *CCEG*, el 338 del *CFES*, y el 4.224 del *CCEM*, el cual añade la mendicidad obli-

⁸⁷ **Menores de edad. Su protección en el derecho familiar.** Tesis: I.5o.C. J/12, 9a época, TCC, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, tomo XXXIII, marzo de 2011, pág 2232.

⁸⁸ **Manuel Serrano Ruiz-Calderón et al**, ob cit, págs 224-225.

gada, el trabajo forzado o cualquier otra forma de explotación de los menores.

Es posible afirmar que la tendencia contemporánea es a restringir la autoridad que los padres han ejercido tradicionalmente sobre los hijos, o reinterpretarla a la luz de los derechos de los infantes y su interés superior. Esto exige replantear el papel que desempeñan los menores en la familia, para entenderlos no como incapaces sujetos al arbitrio de los padres, sino como personas en formación y titulares de derechos, cuyo cumplimiento deben promover los padres.

En ese sentido, la Primera Sala de la SCJN ha estimado en la tesis aislada 1a. LXIII/2013 que la patria potestad no es un derecho, sino una función que se encomienda a los padres en beneficio de sus hijos, dirigida a la protección, educación y formación integral de éstos. Por su interés, se transcribe la tesis completa:

Patria potestad. Su configuración como una institución establecida en beneficio de los hijos. La configuración actual de las relaciones paterno-filiales ha sido fruto de una importante evolución jurídica. Con la inclusión en nuestra Constitución del interés superior del menor, los órganos judiciales deben abandonar la vieja concepción de la patria potestad como poder omnímodo del padre sobre los hijos. Hoy en día, la patria potestad no se configura como un derecho del padre, sino como una función que se encomienda a los padres en beneficio de los hijos y que está dirigida a la protección, educación y formación integral de estos últimos, cuyo interés es siempre prevalente en la relación paterno-filial, acentuándose asimismo la vigilancia de los poderes públicos en el ejercicio de dicha institución en consideración prioritaria del interés del menor. Es por ello que abordar en nuestros días el estudio jurídico de las relaciones paterno-filiales y en particular de la patria potestad requiere que los órganos jurisdiccionales partan de dos ideas fundamentales, como son la protección del hijo menor y su plena subjetividad jurídica. En efecto, por un lado, el menor de edad está necesitado de especial protección, habida cuenta el estado de desarrollo y formación en el que se encuentra inmerso durante esta etapa vital. La protección integral del menor constituye un mandato constitucional que se impone a los padres y a los poderes públicos. Al mismo tiempo, no es posible dejar de considerar que el menor es persona y, como tal, titular de derechos, estando dotado además de una capacidad progresiva para ejercerlos en función de su nivel de madurez.

Tesis: 1a LXIII/2013, 10a Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, libro XVII, tomo 1, febrero de 2013, pág 828.

De este modo, el enfoque de respeto a los derechos humanos que se generaliza hoy en día da nuevos tintes a las instituciones del derecho familiar. Así como la protección al libre desarrollo de la personalidad ha impul-

sado un replanteamiento de la legislación en materia de divorcio, el estudio jurídico de la patria potestad requiere considerar que el menor es titular de derechos y que, si bien está sujeto a la guarda y protección que le brinden sus padres, éstos han de considerar que la protección y el cuidado a sus hijos tiene como propósito permitir su desarrollo personal para que en el futuro puedan ejercer plenamente sus derechos.

1.5.8 Alimentos

La palabra *alimento* proviene del vocablo latino *alimentum*, que significa comida o sustento. Al principio de este capítulo, al aproximarnos al concepto de familia, señalábamos que entre las funciones primigenias de la institución familiar se encuentra la de satisfacer las necesidades materiales básicas de sus miembros. El término *alimentos* en el ámbito del derecho familiar se refiere a ese abasto esencial de la familia, que incluye —además de la alimentación— el vestido, la habitación y los gastos médicos. Según sintetiza **Sara Montero**, “alimentos son los elementos materiales que requiere una persona para vivir como tal”.⁸⁹

De acuerdo con el *CCDF*, en su art 308, los alimentos abarcan en términos generales la comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y, en su caso, los gastos de embarazo y parto. Respecto a los menores, incluyen los gastos para su educación y para proporcionarles un oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales. Adicionalmente, para las personas con algún tipo de discapacidad o declaradas en estado de interdicción, abarcan lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo. Por cuanto hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, incluyen todo lo necesario para su atención geriátrica.

Disponen lo propio, con mayor o menor detalle en el listado, el art 308 del *CCF*, el 308 del *CCENL*, el 362 del *CCEG*, el 4.135 del *CCEM*, el 513 del *CFES* y el 118 de la *LFEH*.

El fundamento de la institución alimentaria se encuentra en el deber moral mínimo que existe entre los miembros de una familia de velar por su bienestar y proporcionarse mutuamente lo necesario para la subsistencia. Es un compromiso de solidaridad humana imprescindible, respaldado y promovido por las instituciones sociales, pero que puede encontrar su origen

⁸⁹ **Sara Montero Duhalt**, *Derecho de familia*, 5a ed, Editorial Porrúa, México, 1992, pág 238.

en la innata sociabilidad del ser humano, sin la cual no habría subsistido la especie.

Pérez Duarte encuentra que el fundamento primario de la institución es el derecho a la vida: dado que los alimentos son el elemento material que permite a hombres y mujeres satisfacer sus impulsos biológicos positivos e integrarse a la humanidad, la obligación alimentaria gravita sobre toda la comunidad, pero las personas con nexos afectivos y biológicos están llamadas a cumplir en primera instancia con esta obligación de solidaridad humana.⁹⁰

El derecho interviene cuando el deber moral o la solidaridad no han sido suficientes, y la persona obligada a proveer de todo lo necesario a los miembros de su familia no cumple voluntariamente con ese compromiso. En estos casos, resulta necesario asegurar con la fuerza de la ley el cumplimiento de ese deber. Jurídicamente, la institución toma la forma de un derecho y una obligación recíprocos: en principio, los miembros de la familia tienen tanto el derecho a pedir como el deber de dar alimentos. En términos generales, según señala el *CCF*, están obligados a dar alimentos: los cónyuges entre sí y los concubinos cuando haya transcurrido el tiempo que la ley prevé para el reconocimiento de esta unión (art 302); los padres a los hijos o, a falta o por imposibilidad de los padres, los ascendientes (art 303); los hijos a los padres o, a falta o por imposibilidad de los hijos, los descendientes (art 304); a falta o por imposibilidad de ascendientes o descendientes, los hermanos del padre y la madre, los de madre solamente y en último término los de padre solamente (art 305); faltando todos los anteriores parientes, los colaterales dentro del cuarto grado (art 305), así como el adoptante y el adoptado (art 305). Un régimen similar, con un orden de prelación de la obligación en función de la cercanía en el parentesco, se prevé en las legislaciones locales.

La jurisprudencia ha señalado que la base de la obligación alimenticia se encuentra en la solidaridad que debe existir entre los miembros de una familia, la cual puede subsistir aún disuelta la relación familiar cuando uno de sus ex integrantes esté imposibilitado para sostenerse por sí mismo. Por su interés, se transcribe la siguiente tesis, que extiende esta obligación a los ex concubinos:

Alimentos. Los ex concubinos tienen derecho a alimentos después de terminada la relación de concubinato en los mismos términos que lo tienen los ex cónyuges (legis-

⁹⁰ Cfr **Alicia Pérez Duarte**, ob cit, pág 393.

laciones de Tamaulipas, Guerrero y Distrito Federal, aplicadas en los casos contendientes). La obligación alimenticia tiene como base la solidaridad que debe manifestarse entre las personas con algún vínculo familiar, la cual puede subsistir una vez disuelta la relación familiar, en virtud de la imposibilidad de uno de los miembros del grupo de allegarse alimentos por sí mismo. A su vez, dado que la familia, más que un concepto jurídico es un concepto sociológico, queda claro que el concubinato constituye una relación familiar. En tal sentido, debe concluirse que los ex concubinos tienen derecho a una pensión alimenticia ya que se constituyó, de hecho, una relación familiar. Ahora bien, en tanto los códigos civiles de Tamaulipas, Guerrero y del Distrito Federal, aplicados en los casos contendientes, no prevén disposiciones expresas para el trámite de los alimentos en caso de terminación del concubinato, deberán aplicarse las reglas generales que regulan dicha institución alimenticia, así como los requisitos y límites que se establecen para el caso del divorcio. Así, para la procedencia de la pensión alimenticia entre ex concubinos, deberá atenderse a las posibilidades del deudor alimenticio, las necesidades del acreedor, la capacidad para trabajar de éste y su situación económica. Este derecho subsistirá por el tiempo que duró la relación de concubinato y en tanto el acreedor no contraiga nupcias o se una en concubinato con otra persona.

Tesis: 1a./J. 83/2012, 10a época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, libro XIX, tomo 1, abril de 2013, pág 653.

La designación específica de los obligados en cada contexto familiar depende de las circunstancias personales, concretamente de las posibilidades económicas y la situación de necesidad en que se encuentre cada uno de los parientes, según la noción de pariente *necesitado*. **Bossert y Zannoni** señalan que la obligación se trata de “una prestación que asegure la subsistencia del pariente *necesitado*. Esta relación, de índole netamente *asistencial*, trasunta principios de solidaridad familiar ante las contingencias que puedan poner en peligro la subsistencia física de uno de sus miembros y que le impidan circunstancial o permanentemente procurarse los medios necesarios para asegurar esa subsistencia”.⁹¹

En este entendido, suele hablarse propiamente de deudor y acreedor alimentario (denominado *alimentista* por la doctrina) cuando se ha establecido jurídicamente, por convenio o sentencia, quién está en posibilidades de dar los alimentos y quién los necesita. Según señala el *CCDF* en su art 311 bis, los menores, las personas con discapacidad, los sujetos a estado de interdicción y el cónyuge que se dedique al hogar gozan de la presunción de necesitar alimentos.

⁹¹ **Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni**, ob cit, pág 46.

En tanto derecho a pedir alimentos, se coincide en que se trata de una prerrogativa irrenunciable, inalienable o no sujeta a transacción, intransferible, inembargable e imprescriptible.

El monto que se fije para el cumplimiento de la obligación ha de ser proporcionado a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlos. Si fueren varios los que deben dar los alimentos y todos tuvieren posibilidad para hacerlo, se repartirá el importe entre ellos en proporción a sus haberes. Si sólo algunos tuvieren posibilidad, entre ellos se repartirá el importe de los alimentos; y si sólo uno la tuviere, él cumplirá únicamente la obligación. En esto coinciden el *CCF* (arts 311, 312 y 313), el *CCDF* (arts 311, 312 y 313), el *CCENL* (arts 311, 312 y 313), el *CCEG* (arts 365, 366 y 367) y el *CFES* (arts 523, 524 y 525).

La regla suele ser el cumplimiento de la obligación mediante la asignación de una pensión suficiente al acreedor alimentario. En general, la obligación cesa cuando el alimentista deja de necesitar el respaldo para su subsistencia. Como es una obligación recíproca, si quien proporcionó los alimentos los requiere en el futuro, quien los haya recibido estará obligado a darlos. Esto es de nuevo reflejo de la mínima solidaridad humana: así como los padres proveen para el bienestar de sus hijos, así los hijos deben respaldar durante su vejez a los padres si éstos tienen la necesidad.

Más allá del derecho familiar, el interés social en el buen funcionamiento de esta institución ha conducido a que se respalde incluso por la vía penal. Es el caso de la tipificación en las legislaciones punitivas de conductas como el abandono de personas y, específicamente, el incumplimiento de la obligación alimentaria.

UNIDAD 2

Generalidades del derecho procesal familiar

2.1 Concepto

2.1.1 Derecho procesal

Previamente a profundizar en la noción de derecho procesal familiar, es necesario señalar lo que la doctrina ha entendido como derecho procesal en sentido general. Dada la conocida polisemia del término *derecho*, la expresión *derecho procesal* puede entenderse referida tanto al conjunto de normas jurídicas que regulan los procedimientos seguidos ante los órganos jurisdiccionales del Estado como a la rama del derecho encargada del estudio, sistematización y crítica de esas normas. En su primer sentido, se habla del *derecho procesal* dado por el legislador y de las normas procesales en materia civil, penal, familiar o cualquiera otra de las ramas del orden jurídico positivo. En el segundo sentido se alude a la llamada *ciencia del derecho procesal*.

Según distinguen **De Pina y Castillo Larrañaga**:

Considerado como una rama de la enciclopedia jurídica, el derecho procesal es la disciplina que tiene por objeto el estudio del sistema de las instituciones mediante las cuales el Estado cumple una de sus funciones características, la función jurisdiccional. Considerado como una rama de la legislación, el derecho procesal es el conjunto de normas destinadas a regular el ejercicio de la función jurisdiccional, a la constitución de sus órganos específicos y a establecer la competencia de éstos.¹

Entendido como una rama de la legislación, el derecho procesal se denomina usualmente *derecho adjetivo*, en oposición al *derecho sustantivo* o *de fondo* que se encarga de establecer el régimen de derechos y obligaciones que integran el contenido central de cada una de las materias del orden jurídico. Esto es porque, al igual que los adjetivos desempeñan la función gramatical de calificar o determinar a los sustantivos, así también las normas adjetivas determinan el contenido de las normas sustantivas al permitir su aplicación a situaciones concretas en las que su alcance es controversial, mediante la intervención de los órganos jurisdiccionales competentes.

De ahí que, como señala **García Máynez**, el derecho procesal se entiende como el conjunto de reglas destinadas a la aplicación de las normas del derecho a casos particulares, ya sea con el fin de esclarecer una situación jurídica dudosa, ya con el propósito de que los órganos jurisdiccionales declaren la existencia de determinada obligación y, en caso necesario, ordenen que se haga efectiva.²

Sin embargo, cabe puntualizar que esa caracterización de las normas del derecho procesal como derecho adjetivo no significa de modo alguno que se trate de normas de menor relevancia. Las normas adjetivas son fundamentales en tanto permiten el cumplimiento del derecho sustantivo o, más bien, aseguran la observancia de éste mediante la *garantía jurisdiccional*. Como señala el jurista italiano **Calamandrei**, cuando los individuos no cumplen voluntariamente las normas sustanciales, el Estado impone su observancia mediante la garantía jurisdiccional y entonces entra en juego el derecho procesal:

La providencia en que esta garantía se concreta no puede, en efecto, darse si por el órgano judicial y por las personas interesadas en la providencia no han sido cumplidas ciertas actividades preordenadas a aquella finalidad común, en

¹ **Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga**, *Instituciones de derecho procesal civil*, 28a ed, Editorial Porrúa, México, 2005, pág 18.

² **Eduardo García Máynez**, *Introducción al estudio del derecho*, 53a ed, Editorial Porrúa, México, 2002, pág 143.

la forma y el orden que la ley prescribe; y son precisamente las normas jurídicas que regulan esas actividades —o sea, la conducta que las partes y el órgano judicial deben tener con el proceso— las que constituyen en su conjunto el *derecho procesal*.³

De este modo, entendido como una rama de la legislación, el derecho procesal reúne las normas que se ocupan de regular todo lo concerniente al proceso como vía mediante la cual se resuelve una controversia al aplicar al caso concreto las normas sustantivas o exigir su cumplimiento por medio de la garantía jurisdiccional, así como sus etapas y la intervención que en éstas tienen el órgano judicial y los sujetos procesales.

Ahora bien, en el segundo sentido, se ha dicho que el derecho procesal es la disciplina dedicada al estudio, sistematización y crítica de las normas procesales. Según **Eduardo B. Carlos**, “es la ciencia que estudia el conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso por cuyo medio el Estado, ejercitando la función jurisdiccional, asegura, declara y realiza el derecho”.⁴

Es de relevancia mencionar que la ciencia del derecho procesal consolidó durante el siglo xx la idea de la “unidad esencial de lo procesal”, es decir, la tesis según la cual, independientemente de la materia sustantiva de que se trate, todo proceso comparte ciertos elementos estructurales. Éstos son, según **Cipriano Gómez Lara**:⁵ “El contenido de todo proceso es un litigio entre dos partes con intereses contrapuestos, cuya solución es la finalidad del proceso; todo proceso supone la existencia de una organización judicial, que se concreta en un juez al que ambas partes se supeditan; en todo proceso existe una secuencia de etapas, cuando menos la instrucción y el juicio, así como un principio general de impugnación”.

A partir de esa estructura similar dispuesta por las normas adjetivas de las distintas materias, se han construido teóricamente los conceptos y principios comunes a todas las ramas procesales. La doctrina coincide en señalar tres conceptos fundamentales de la ciencia procesal: jurisdicción, proceso y acción. Los tres conceptos están interrelacionados estrechamente: la jurisdicción (del latín *iuris dictio*, decir el derecho) es la facultad que tienen los órganos judiciales del Estado para resolver las controversias que sean de su competencia, mediante la aplicación del derecho al caso concreto. El

³ **Piero Calamandrei**, *Instituciones de derecho procesal civil*, vol I, Eds. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973, pág 367.

⁴ **Eduardo B. Carlos**, *Introducción al estudio del derecho procesal*, Eds. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, pág 29.

⁵ *Cfr* **Cipriano Gómez Lara**, *Teoría general del proceso*, 10a ed, Oxford University Press, México, 2004, pág 31.

proceso es la secuencia ordenada de actos jurídicos mediante los cuales se ejercita la jurisdicción. La acción es el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales que tienen los gobernados, cuyo ejercicio permite la apertura de un proceso.

2.1.2 Derecho procesal familiar

Visto el anterior marco, se entiende que el concepto de derecho procesal familiar tiene dos acepciones: es un conjunto de normas y la ciencia jurídica que se encarga de su estudio. Sintéticamente se expresa que por derecho procesal familiar se entiende la disciplina encargada de estudiar el conjunto de normas jurídicas que regulan todo lo concerniente a los procedimientos jurisdiccionales que tienen como propósito la resolución de un litigio o controversia relativos al régimen jurídico de la familia, es decir, al conjunto de derechos y obligaciones establecidos por las normas que integran el derecho familiar.

Además del estudio y sistematización de las normas, la disciplina del derecho procesal identifica los principios que fundamentan su aplicación. De este modo, según **Jorge L. Kielmanovich**, el derecho procesal de familia es “aquella rama del derecho procesal que estudia los principios y normas que regulan los procedimientos extracontenciosos y contenciosos que tienen por objeto acordar eficacia a una relación o situación jurídica o resolver un conflicto fundado en el derecho de familia”.⁶

Cabe advertir que, a diferencia de los estudios dedicados al derecho familiar sustantivo, no es abundante todavía la bibliografía nacional especializada en derecho procesal familiar. Usualmente, su estudio se ha ubicado dentro del derecho procesal civil como reflejo de la falta de autonomía legislativa del derecho familiar, cuya polémica se mencionó en la unidad anterior. No obstante, es claro que el proceso regulado por las normas adjetivas familiares es distinto del proceso civil, al grado de que la doctrina ha señalado que es un proceso publicístico y no dispositivo, como es el civil.

Por ejemplo, **Fix-Zamudio** y **Ovalle Favela** retoman, para el análisis del derecho procesal mexicano, la clasificación que divide al derecho procesal en tres grandes sectores: *a) derecho procesal dispositivo*, regido por ese principio y que abarca el derecho procesal civil y el mercantil; *b) derecho procesal social*, orientado por el principio de justicia social, dentro del cual se

⁶ **Jorge L. Kielmanovich** y **Diego Benavides Santos** (comps), *Derecho procesal de familia. Tras las premisas de su teoría general*, Ed. Jurídica Continental, San José de Costa Rica, 2008, pág 14.

agrupan los derechos procesales del trabajo, agrario y de la seguridad social, y c) *derecho procesal inquisitorio* o *publicístico*, en el que se contienen los derechos procesales penal, administrativo, familiar y del estado civil y constitucional. Por lo que toca al *derecho procesal familiar y del estado civil*, estos autores destacan que se encuentra todavía subsumido en la legislación procesal civil, no ha alcanzado autonomía ni se ha orientado a lo que **Calamandrei** denominó *proceso civil inquisitorio*, en oposición al proceso civil patrimonial de carácter dispositivo.⁷

La distinción suele establecerse en virtud de que, a diferencia del derecho procesal dispositivo —en el que las partes pueden disponer del proceso y del derecho sustancial objeto del litigio— en el derecho procesal familiar los derechos en juego no suelen estar disponibles porque no son meramente particulares, en atención a que las disposiciones relativas a la familia son de orden público e interés social. El propósito del litigio en materia familiar es no sólo, como en materia civil, determinar a cuál de las partes del conflicto le asiste la razón jurídica como base para declararla vencedora, sino también en el fondo subyace el fin de proteger las relaciones de familia.

Asimismo, el juez de lo familiar tiene un papel más activo que el del juez civil o mercantil, con mayor ámbito de acción frente a las pretensiones de las partes. Según puntualiza **Ovalle Favela**: “En el proceso familiar se han otorgado al juzgador, tomando en cuenta la trascendencia social de las relaciones familiares, mayores atribuciones para la dirección del proceso y particularmente para la obtención de las pruebas. En tal proceso, los derechos que se controvierten generalmente son irrenunciables, por lo que no caen dentro del ámbito de la libertad de disposición de las partes”.⁸

La mayor intervención del juez familiar es notoria cuando están en juego los derechos de los infantes, pues la protección de su interés superior es un principio rector del proceso familiar.

2.2 Principios del derecho procesal familiar

El derecho procesal familiar, según quedó señalado, es la ciencia jurídica que se encarga del estudio de los principios y las normas que determinan el proceso familiar.

⁷ **Héctor Fix-Zamudio** y **José Ovalle Favela**, *Derecho procesal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1991, págs 8 y 23.

⁸ **José Ovalle Favela**, *Derecho procesal civil*, 9a ed, Oxford University Press, México, 2005, pág 335.

Para caracterizar al proceso familiar es necesario comentar, en primer término, los principios que lo fundamentan. Antes de dar paso al estudio de esos principios que la doctrina ha identificado como característicos del proceso familiar, se dedican unos párrafos a analizar el derecho de acceso a la justicia, por considerar que éste se relaciona estrechamente con el fundamento del derecho procesal. En su contenido se señalan los primeros principios que han de observar todos los órganos jurisdiccionales: prontitud, completitud, imparcialidad, gratuidad y efectividad de las resoluciones.

Además, cabe advertir que se omite en este apartado el estudio de principios procesales como la publicidad, inmediación, continuidad y concentración, los cuales se analizan en la siguiente unidad, pues en la legislación procesal contemporánea aparecen estrechamente vinculados con el modelo de justicia oral.

2.2.1 Acceso a la justicia

En el orden constitucional mexicano, el segundo párr del art 17 constitucional señala: “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”.

El derecho reconocido en este precepto, denominado en diversas fuentes *derecho de tutela judicial efectiva*, a la jurisdicción, a la administración o impartición de justicia o de acceso a la justicia, expresa el medio jurídico e institucionalizado que el Estado provee a las personas para que resuelvan sus controversias y sustenten la defensa de sus intereses y derechos: la jurisdicción.

Como dicha labor es sustancial al Estado moderno y fundamento de éste, el establecimiento de tribunales expeditos no se entiende como una concesión facultativa, sino como un auténtico deber estatal. Según escribe **Castro y Castro**, “si se tiene derecho a la justicia, se tiene derecho a la jurisdicción que la declara, ya que los órganos encargados de impartir justicia no lo hacen por *gracia* sino por *deber*”.⁹ De este modo, abunda **Fix-Fierro**, “el derecho del individuo de acceso a la jurisdicción se traduce correlativamente en la obligación que tiene el Estado de instituir la administración de justicia como *servicio público*. Para ello, debe crear los tribunales y otros

⁹ **Juventino V. Castro y Castro**, *Garantías y amparo*, 15a ed, Editorial Porrúa, México, 2011, pág 219.

organismos (...) en número suficiente y con una distribución territorial adecuada”.¹⁰

La metodología contemporánea para abordar el análisis de los derechos humanos propone la identificación de sus componentes, en el entendido de que un derecho puede estar integrado por varios *subderechos* que es necesario identificar para proceder a su debida comprensión. En el caso del derecho que nos ocupa, del texto constitucional se colige que aquél se integra por los subderechos a la justicia expedita, a la justicia pronta, a la justicia completa, a la justicia imparcial, a la justicia gratuita y a la justicia efectiva, lo cual otra doctrina ha entendido también como principios de la jurisdicción. Los párrafos siguientes se dedican al estudio de cada uno de éstos.

2.2.1.1 Justicia expedita

El acceso a los tribunales ha de ser expedito, esto es, libre de estorbos indebidos, ya sean materiales (condiciones de cualquier índole) o formales, establecidos en las normas. Según dispone la Primera Sala de la SCJN en la tesis 1a./J. 42/2007, esta prevención significa que el poder público, ya sea Ejecutivo, Legislativo o Judicial, no puede supeditar el acceso a los tribunales a condiciones innecesarias, excesivas o no razonables, pues éstas constituirían un obstáculo entre los gobernados y la administración de justicia. Por su interés, se transcribe la tesis completa:

Garantía a la tutela jurisdiccional prevista en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sus alcances. La garantía a la tutela jurisdiccional puede definirse como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión. Ahora bien, si se atiende a que la prevención de que los órganos jurisdiccionales estén expeditos —desembarazados, libres de todo estorbo— para impartir justicia en los plazos y términos que fijen las leyes, significa que el poder público —en cualquiera de sus manifestaciones: Ejecutivo, Legislativo o Judicial— no puede supeditar el acceso a los tribunales a condición alguna, pues de establecer cualquiera, ésta constituiría un obstáculo entre los gobernados y los tribunales, por lo que es indudable que el derecho a la tutela judicial puede conculcarse por normas que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del

¹⁰ **Héctor Fix-Fierro**, “Artículo 17” en **Miguel Carbonell** (coord), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, tomo I, 20a ed, Editorial Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009, pág 357.

acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carentes de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador. Sin embargo, no todos los requisitos para el acceso al proceso pueden considerarse inconstitucionales, como ocurre con aquellos que, respetando el contenido de ese derecho fundamental, están enderezados a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida, como es el caso del cumplimiento de los plazos legales, el de agotar los recursos ordinarios previos antes de ejercer cierto tipo de acciones o el de la previa consignación de fianzas o depósitos.

Tesis: 1a/J. 42/2007, 9a época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, tomo XXV, abril de 2007, pág 124.

2.2.1.2 Justicia pronta

La prontitud se refiere a la celeridad que debe caracterizar a la impartición de justicia; se trata del derecho a un proceso libre de dilaciones indebidas, lo cual es reflejo del proverbio que reza: *justicia retardada es justicia denegada*.

La prontitud de los procedimientos tiene una faceta formal y otra material. La primera está determinada normativamente: las reglas del proceso señalan cuáles son los términos y plazos legales que deberán observarse en la práctica jurisdiccional en cada materia. Al respecto, la Segunda Sala de la SCJN ha señalado que “la justicia pronta se traduce en la obligación de las autoridades encargadas de su impartición de resolver las controversias ante ellas planteadas, dentro de los términos y plazos que para tal efecto establezcan las leyes”.¹¹

La faceta material de la prontitud de la justicia resulta más difícil de esclarecer. En principio, requiere que los plazos establecidos en las leyes sean razonables, según se deriva del art 8.1 de la CADH.¹² La razonabilidad quiere decir que los plazos y términos sean adecuados, justos y no excesivos. En sentido estricto, un plazo con estas características tendría que ser sólo el necesario para cumplir en el ámbito de la vida real las distintas etapas procesales.

¹¹ Acceso a la impartición de justicia. El artículo 17 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* establece diversos principios que integran la garantía individual relativa, a cuya observancia están obligadas las autoridades que realizan actos materialmente jurisdiccionales, Tesis 2a./J. 192/2007, 9a época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, tomo XXVII, octubre de 2007, pág 209.

¹² Convención Americana de Derechos Humanos, art 8.1: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

El derecho a la justicia pronta requiere, en un segundo momento, que las condiciones materiales permitan el cumplimiento cabal de los plazos y términos legales. En este ámbito, la situación es preocupante, pues —como se señala cotidianamente— los órganos jurisdiccionales padecen problemas evidentes que obstaculizan la celeridad procesal.

Para el ámbito de la justicia familiar, se ha indicado que la falta de presupuesto, la falta de personal y el número limitado de juzgados insuficiente para la carga de trabajo es la diaria realidad.¹³ En el mismo sentido, se observa de manera cotidiana falta de personal suficiente para desahogar periciales técnicas como estudios psicológicos, que en realidad resultan imprescindibles a todo proceso familiar, aunque para ello se debe esperar turno, lo cual puede demorar varias semanas.

Dichas deficiencias materiales inciden directamente en la percepción que los usuarios tienen de la actividad jurisdiccional. A nadie escapa que parte de la desconfianza que el común de los ciudadanos siente hacia la actividad jurisdiccional deriva de la duración excesiva de los procedimientos. Tal situación resulta aún más preocupante cuando el objeto sobre el que se espera la resolución jurisdiccional compromete los derechos personalísimos que implica el proceso familiar.

De ese modo, la cuestión es clara: las dilaciones judiciales debidas a carencias materiales son contrarias al derecho de acceso a la justicia de las personas, y es responsabilidad del Estado generar la estructura institucional necesaria para solventar esas deficiencias. La protección a la familia derivada del mandato constitucional se traduce en este rubro en la exigencia de la eficacia procesal, deber que puede incumplirse de modo omisivo, pues no dar justicia adecuada a las necesidades conflictuales de la familia es también una forma de fallar con esos compromisos en materia de derechos humanos.

En el rubro específico de la justicia familiar, el Tribunal Europeo ha insistido en que los procedimientos relativos al estado y capacidad de las personas exigen “una diligencia especial en sus operadores”. Esta diligencia implica que, objetivamente, resulta intolerable que una persona deba esperar años en la incertidumbre para obtener una declaración acerca de su identidad, tema que involucra una acción de filiación. El Estado debe garantizar que el procedimiento se desarrolle de modo rápido y eficaz.¹⁴

¹³ Cfr. **Gabriel Moreno Sánchez**, “Algunas propuestas para lograr los beneficios de la oralidad en los procedimientos familiares” en **María Antonieta Magallón Gómez** (coord), *Juicios orales en materia familiar*, 2a ed, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2012, págs 145-146.

¹⁴ Cfr. **Aida Kemelmajer de Carlucci**, *El nuevo derecho de familia. Visión doctrinal y jurisprudencial*, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010, pág 45.

2.2.1.3 Justicia completa

La completitud de la justicia significa que el órgano judicial debe enfocarse a la solución del conflicto que ha motivado su intervención. Esto implica que la resolución no debe dejar *cabos sueltos*, sino que todo reclamo procedente de las partes debe recibir su oportuna respuesta jurídica.

La Segunda Sala de la scjn ha señalado:

La completitud es el principio consistente en que la autoridad que conoce del asunto emita pronunciamiento respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos cuyo estudio sea necesario, y garantice al gobernado la obtención de una resolución en la que, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva si le asiste o no la razón sobre los derechos que le garanticen la tutela jurisdiccional que ha solicitado.¹⁵

2.2.1.4 Justicia imparcial

La imparcialidad significa que el juzgador, al emitir su resolución, debe apegarse a lo que señale el derecho, sin mostrar favoritismos respecto a alguna de las partes o inclinarse por la arbitrariedad.

A mayor abundamiento, la Primera Sala de la scjn ha considerado que el principio de imparcialidad de los juzgadores

consiste en el deber que tienen de ser ajenos o extraños a los intereses de las partes en controversia y de dirigir y resolver el juicio sin favorecer indebidamente a ninguna de ellas. Así, el referido principio debe entenderse en dos dimensiones: a) la subjetiva, que es la relativa a las condiciones personales del juzgador, misma que en buena medida se traduce en los impedimentos que pudieran existir en los negocios de que conozca, y b) la objetiva, que se refiere a las condiciones normativas respecto de las cuales debe resolver el juzgador, es decir, los presupuestos de ley que deben ser aplicados por el juez al analizar un caso y resolverlo en un determinado sentido.¹⁶

La imparcialidad de los juzgadores está en estrecha relación con la independencia judicial, también llamada *autonomía*, consistente en la capacidad que deben tener los jueces y magistrados para resolver en apego estricto al

¹⁵ Acceso a la impartición de justicia. El artículo 17 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* establece diversos principios que integran la garantía individual relativa, a cuya observancia están obligadas las autoridades que realizan actos materialmente jurisdiccionales. Tesis 2a./J. 192/2007, 9a época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, tomo XXVII, octubre de 2007, pág 209.

¹⁶ Imparcialidad. Contenido del principio previsto en el artículo 17 constitucional. Tesis 1a./J. 1/2012 (9a), 10a época, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, libro V, tomo I, febrero de 2012, pág 460.

derecho, al margen de presiones de otros órganos del Estado o de intereses particulares.

El Pleno de la SCJN ha afirmado que los principios de independencia o autonomía judicial se refieren a “la capacidad para emitir sus decisiones con plena imparcialidad y en estricto apego a la normativa aplicable al caso, sin acatar o someterse a indicaciones, instrucciones, sugerencias o insinuaciones de sus superiores jerárquicos, de otros poderes del Estado o, incluso, de personas con las que guardan alguna relación de afinidad política, social o cultural.”¹⁷

La doctrina constitucional distingue dos facetas de la independencia judicial: *a) externa*, que se refiere a la judicatura en su conjunto y tiene como principal garantía el respeto a la división de poderes, es decir, la no intervención de los otros poderes en el ámbito propio de actuación de los órganos judiciales, y *b) interna*, que abarca una serie de condiciones de que deben gozar jueces y magistrados en lo particular, tendientes a asegurar esa independencia de decisión frente a otros órganos y funcionarios de la misma estructura judicial. Esta independencia interna se integra por cuatro principios que ha señalado también el Pleno de la SCJN: “los principios básicos que garantizan la autonomía e independencia judicial, cuyo contenido se integra por los de permanencia, estabilidad en el ejercicio del cargo, seguridad económica y la consagración de la carrera judicial”.¹⁸

2.2.1.5 Justicia gratuita

La parte final del segundo párr del art 17 constitucional, en referencia a la labor desempeñada por los tribunales, señala: “Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”. Esta prohibición, proveniente del texto constitucional de 1857, se refiere —comenta **Burgoa**— al antiguo derecho que tenían los jueces de percibir honorarios por la función que desempeñaban, como en la actualidad sucede con los árbitros.¹⁹ De este modo, no deben considerarse incluidas en la prohibición las “costas” a que aluden los ordenamientos procesales, las cuales —aclara **Castro y Castro**— cuando se decretan “constituyen de hecho una sanción

¹⁷ **Tribunales electorales locales. Las normas que les impiden funcionar en forma permanente e ininterrumpida violan los principios de independencia y autonomía judicial.** Tesis P./J. 73/2010, 9a época, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, tomo XXXII, agosto de 2010, pág 1558.

¹⁸ Ídem.

¹⁹ **Ignacio Burgoa Orihuela**, *Las garantías individuales*, 41a ed, Editorial Porrúa, México, 2011, pág 638.

impuesta a la parte perdidosa por haber obligado a su contraparte a litigar, no existiendo una base sólida para la imposición del proceso”.²⁰

Al respecto, el Pleno de la SCJN ha establecido con claridad: “Lo que prohíbe el art 17 constitucional es que el gobernado pague a quienes intervienen en la administración de justicia por parte del Estado una determinada cantidad de dinero por la actividad que realiza el órgano jurisdiccional, pues dicho servicio debe ser gratuito”.²¹

El núcleo de este precepto es el principio de gratuidad del servicio jurisdiccional. Este principio no sólo se dirige al Poder Judicial, sino también limita al Poder Legislativo en el sentido de que no podrán promulgarse leyes que prevean el cobro a los particulares por servicios judiciales. A su vez, da pauta para la tipificación en los ordenamientos penales de conductas como la concusión judicial.

Este derecho a la justicia gratuita, en relación con el principio de no discriminación, busca evitar que las personas no acudan a los tribunales por razones de precariedad económica; sin embargo, en los tiempos modernos, cabe considerar si la mera declaración constitucional de la gratuidad de la justicia es suficiente para contrarrestar las barreras económicas. Como reseña **Fix-Fierro**, con independencia de que se respete el mandato constitucional, “la justicia es costosa para quien la solicita”; los procesos implican muchos gastos, como copias, preparación y desahogo de pruebas, contratación de peritos y, en particular, honorarios de abogados.²² Tales gastos, aun si son secundarios, condicionan sin duda el ejercicio del derecho.

De lo anterior se colige que en un Estado social de derecho resulte necesario prever mecanismos adicionales tendientes a facilitar el acceso a la justicia de las personas con menor poder adquisitivo; ejemplo de esto son los servicios de asesoría jurídica gratuita a cargo del erario y las defensorías de oficio.

2.2.1.6 Justicia efectiva

El actual párr sexto del art 17 constitucional dispone: “Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones”. Lo relativo a la independencia de los tribunales se comentó en incisos ante-

²⁰ **Juventino V. Castro y Castro**, ob cit, pág 222.

²¹ **Costas judiciales. Alcance de su prohibición constitucional**. Tesis P./J. 72/99, 9a época, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, tomo X, agosto de 1999, pág 19.

²² **Héctor Fix-Fierro**, “Artículo 17”..., ob cit, pág 360.

riores; por lo que hace a la plena ejecución de los fallos, ésta significa que el orden jurídico debe garantizar el cumplimiento de las resoluciones judiciales y su plena ejecución.

Evidentemente, un sistema de justicia incapaz de hacer cumplir sus decisiones es contrario al derecho que reconoce el artículo en comento. El cumplimiento de la sentencia es, auténticamente, la materialización de la justicia para el caso concreto. La sentencia es no sólo un ejercicio retórico o un discurso acerca de la legalidad, sino también un mandato que exige su materialización en el mundo de los hechos. Según dice **Liborio Hierro**: “Si alguien dicta, crea o enuncia una norma sin pretender su cumplimiento, simplemente juega con el lenguaje normativo”.²³ Sin ejecución de lo resuelto, sencillamente no hay justicia.

En relación con el derecho de acceso a la justicia previsto en el art 8.1 de la CADH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que la efectividad de las sentencias depende de su ejecución, de modo que el proceso debe tender a materializar la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento. Los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción, para determinar los derechos y obligaciones de éstas. Sin embargo, la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten la decisión o sentencia, sino se requiere, además, que el Estado garantice los medios para ejecutar dichas decisiones definitivas.²⁴

En sentido análogo, la Corte Europea, en relación con el art 6 de la Convención Europea, ha señalado en diversos casos que un Estado que respeta la preeminencia del derecho no puede permanecer inoperante en detrimento de una parte. En consecuencia, la ejecución de una decisión judicial no se debe impedir, invalidar, ni retardar de manera excesiva. La administración constituye un elemento del Estado de derecho cuyo interés se identifica con el de la buena administración de la justicia; si la administración se rehúsa, omite o tarda en ejecutar las decisiones, las garantías que beneficiaron al justiciable durante la fase judicial perderán su razón de ser.

El cumplimiento de las resoluciones judiciales tiene particular relevancia en el ámbito del proceso familiar, en atención a la naturaleza de los

²³ **Liborio Hierro**, *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Madrid, 2003, págs 115 y 116.

²⁴ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá) Competencia. Sentencia del 28 de noviembre de 2003*, párrs 73 a 79.

derechos en juego. La dilación en su cumplimiento no sólo implica violaciones al derecho de acceso a la justicia o irregularidades normativas, según se ha visto, sino también compromete la integridad de las personas: piénsese en la sentencia en materia de alimentos o en cualquier otra cuando hay niños involucrados. Auténticamente, la ejecución en materia de justicia familiar es no sólo debida, sino también urgente.

El incumplimiento de los deberes estatales en materia de acceso a la justicia conduce a la grave situación que denuncia **Gómez Fröde**, pues en la realidad “la mayoría de las controversias familiares se resuelven por vías autotutelares. La violencia y el hacerse justicia por propia mano siguen siendo ‘más efectivas’ (...) El común denominador de la población mexicana no cree en la efectividad y funcionalidad de las sentencias que resuelven los conflictos familiares”.²⁵

2.2.2 Principio publicístico

Al inicio de esta unidad se indicó que si bien el derecho procesal familiar no ha alcanzado autonomía legislativa y a consecuencia de ello su estudio se realiza dentro del derecho procesal civil, la doctrina ha identificado que en el proceso de familia cobra mayor relevancia el principio publicístico, frente al principio dispositivo que caracteriza al proceso civil de contenido patrimonial. Esto es consecuencia de la naturaleza particular del derecho de fondo involucrado, intermedia entre lo público y lo privado. Como se ha dicho, el derecho familiar, “si bien es parte integrante del derecho privado, por esa intervención e interés social en el mismo, sus normas sobrepasan los límites de éste, el privado, para entrar en las del derecho público”.²⁶

Según afirma **Couture**, se entiende por principio de disposición aquel que deja liberada a las partes la disponibilidad del proceso. Este principio se apoya en la suposición, absolutamente natural, de que en aquellos asuntos en los cuales sólo se dilucida un interés privado, los órganos del poder público no deben ir más allá de lo que desean los propios particulares.²⁷

Por aplicación del principio dispositivo, se entiende que las partes son los sujetos activos del proceso; a ellas les corresponde iniciarlo y determinar

²⁵ **Carina Gómez Fröde**, “Los juicios orales familiares vistos desde la visión tridimensional del derecho procesal familiar” en **María Antonieta Magallón Gómez** (coord), ob cit, pág 39.

²⁶ **Bernardo Moreno Quesada et al**, *Curso de derecho civil IV. Derechos de familia y sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág 37.

²⁷ **Eduardo J. Couture**, *Fundamentos de derecho procesal civil*, vol I, 3a ed, Depalma, Buenos Aires, 1974, pág 186.

su objeto, ofrecer las pruebas que respaldan sus pretensiones y, en su caso, ejercer la facultad de desistir del proceso o llegar a una transacción sobre el objeto de la controversia (rige en esto la autonomía de su voluntad). Según destaca **Calamandrei**:

Así como el requerir la jurisdicción para tutela del propio derecho es un modo de disponer del mismo, así también del poder que el particular tiene de renunciar a los propios derechos o de enajenarlos negocialmente deriva, por lógica consecuencia, el poder de renunciar a la tutela jurisdiccional, aun después de haberla pedido, o de ponerse de acuerdo con el adversario en modo de hacer cesar, antes de que el juez haya decidido, la materia de la contienda, dejando así privada de finalidad práctica la continuación del proceso.²⁸

En general, en el proceso dispositivo, el juez carece de iniciativa, conduce el proceso y dicta la resolución según el principio de congruencia, en atención a lo que las partes ponen a su consideración, sin poder excederse de lo demandado y según lo que las partes hayan probado. De este modo, suele pesar en las partes el impulso procesal.

Cabe aclarar que en el proceso civil contemporáneo, el principio dispositivo no es absoluto al grado de convertir al juez en un sujeto totalmente pasivo, carente de obligaciones. Si bien se rechaza su libre actuar oficioso, como director del proceso le corresponde vigilar el cumplimiento general de las reglas y el avance de las etapas, así como decidir en cuestiones sensibles como la preparación y admisión de las pruebas. Así lo ha señalado la Primera Sala de la SCJN en un criterio aislado reciente, que por su interés se transcribe:

Principio dispositivo. Su alcance frente al juzgador como director del proceso. La circunstancia de que el principio dispositivo impida la actuación oficiosa del juzgador en asuntos en los que la controversia sólo atañe a los particulares no implica que el juez sea un ente totalmente pasivo, carente de obligaciones que incidan en el impulso del procedimiento, pues si bien la iniciación de éste y su impulso están en manos de los contendientes y no de aquél, no debe soslayarse que él es el director del proceso y como tal no sólo debe vigilar que se cumplan a cabalidad las reglas del contradictorio, sino que tiene a su cargo diversas obligaciones, tales como seguir el orden previamente establecido en la legislación para el desarrollo del proceso y estar al pendiente de las peticiones formuladas por las partes, a fin de que tengan una respuesta oportuna y congruente no sólo con el estado procesal en que se encuentre el proceso, sino con lo solicitado, pues ello forma parte de las obligaciones que le incumben. Así, si bien las partes deben ofrecer las

²⁸ **Piero Calamandrei**, *Instituciones...*, ob cit, pág 399.

pruebas que estimen convenientes, preparándolas para su desahogo, es el juzgador quien debe decidir si su preparación es o no adecuada, si deben o no admitirse, pronunciarse sobre el correspondiente desahogo y, una vez que las partes cumplen con esa carga, debe acatar la obligación que de ella se derive; de ahí que, por regla general, resulta innecesario que las partes insistan en peticiones que a pesar de haberse formulado oportunamente sean omitidas, pues esa omisión representa una traba innecesaria, carente de razonabilidad en el derecho de acceso a la justicia, en tanto deriva del incumplimiento injustificado de una obligación a cargo del juzgador.

Tesis: 1a. CCVII/2013, 10a época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, libro XXII, tomo 1, julio de 2013, pág 567.

La distinción entre el principio dispositivo que rige en los juicios civiles y el principio inquisitivo que opera en los juicios de derecho público se aclara en la siguiente tesis, también de la Primera Sala de la SCJN:

Cargas procesales relacionadas con el impulso procesal. Atento al principio dispositivo, el legislador puede establecerlas con fundamento en el artículo 17 de la Constitución General de la República. En los juicios de derecho público, en los que normalmente se ventilan cuestiones que interesan y afectan a toda la sociedad, prevalece el principio inquisitivo del procedimiento, en términos del cual el juzgador tiene la facultad y la función de llegar a la verdad de los hechos mediante el empleo de todos los medios a su alcance. En cambio, en los juicios de derecho privado, donde se afectan únicamente intereses particulares, como son, salvo excepciones muy concretas, los juicios del orden civil, debe prevalecer el principio dispositivo sobre el inquisitivo, pues en términos del primero son las partes quienes encauzan y determinan el desarrollo del procedimiento, porque en éste se ventilan sus propios intereses; de manera que el juez debe conformarse con llegar a la mayor veracidad posible respecto de los hechos controvertidos, a través de los medios de convicción y argumentos que aporten las partes. Esto es, en este tipo de procedimientos pesa sobre las partes el impulso procesal; de ahí que al regular estos juicios, atento al mencionado principio dispositivo, el legislador puede establecer cargas procesales relacionadas con el impulso procesal, con fundamento en el artículo 17 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en aras de procurar una pronta impartición de justicia y dar celeridad al procedimiento, el cual es una concatenación sucesiva de etapas en que la procedencia y naturaleza de cada una dependen de la manera en que concluyó la anterior.

Tesis: 1a. CLVII/2009, 9a época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, tomo XXX, septiembre de 2009, pág 438.

En cuanto al proceso familiar, las normas prevén diversas salvedades al principio dispositivo en atención a que en estos litigios no sólo intervienen intereses particulares, sino también está en juego un interés público como expresión del deber de tutelar jurídicamente a la familia. De manera explíci-

ta, el *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (CPCDF)* dispone en su art 940 que todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad. Similar señalamiento se establece en el art 952 del *Código de Procedimientos Civiles de Nuevo León (CPCENL)* y en el 5.2 del *Código de Procedimientos Civiles del Estado de México (CPCEM)*. En el mismo sentido, el art 1 del *Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo (CPFEH)* señala que sus disposiciones son de orden público.

En su desarrollo legislativo, la noción de orden público acerca el proceso familiar a los procesos publicísticos en los que rige el principio inquisitivo, caracterizado porque el juzgador tiene la facultad y la función de llegar a la verdad de los hechos con el empleo de todos los medios a su alcance, como sucede en el proceso penal o el administrativo, sin que esto implique que el proceso de familia pierda sus rasgos distintivos.

Kielmanovich habla del fenómeno de *publicización* de los procedimientos judiciales en materia familiar, o de su transformación en procesos predominantemente inquisitivos. Con ejemplos de la legislación argentina, dicho autor señala que en los procesos de familia rigen excepciones —o flexibilizaciones— del principio dispositivo característico del proceso civil, especialmente en cinco rubros: *a)* ordenación oficiosa de medidas en el proceso cautelar de familia, y legitimación de la autoridad ministerial para iniciar ciertos procedimientos; *b)* papel activo del juez en la determinación del *thema probandum*, esto es, en lo que atañe a la conformación de los hechos que habrán de ser materia de la prueba; *c)* no sujeción estricta del juez al principio de congruencia o correspondencia en aquellos procesos que interesan materias absolutamente indisponibles; *d)* facultades del juez para ordenar y adquirir pruebas de oficio, sea que con ello se supla o no la negligencia u omisión de las partes, y *e)* no aplicación de la facultad de las partes de concluir el proceso en el momento y de la manera como así lo decidan, por no ser válida la renuncia o transacción de los derechos en juego o del estado de familia.²⁹

De este modo, el proceso familiar se caracteriza por la *publicización* de cinco rubros característicos del proceso dispositivo: principio de demanda privada, principio de disposición de los hechos, principio de congruencia o correspondencia, principio de disposición de pruebas y principio de disposición de la conclusión del proceso.

²⁹ Cfr **Jorge L. Kielmanovich**, *Procesos de familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, págs 13 y siguientes.

En términos generales, dichas situaciones coinciden con las características que **Calamandrei** daba al proceso familiar, como *proceso civil inquisitorio*: acción e intervención del Ministerio Público; poderes de iniciativa del juez; pruebas ordenadas de oficio; ineficacia probatoria de la confesión espontánea, y prohibición del arbitraje.³⁰

Veamos ahora cómo se ha establecido en diversas legislaciones de las entidades federativas esa *publicización* del proceso familiar, en la que destacan dos rubros: oficiosidad y prueba para mejor proveer.

2.2.2.1 Oficiosidad

En la legislación de las entidades, el proceso familiar tiene un inicio dispositivo, es decir, a petición de parte. La generalidad de los procedimientos de familia requiere la presentación de una demanda o solicitud por persona legitimada para ello; no obstante, iniciado éste, rige el impulso oficioso del juez, quien evitará toda dilación innecesaria y tomará las medidas pertinentes para impedir su interrupción indebida.

Las legislaciones locales prevén algunas excepciones al principio de demanda privada, que permiten a la autoridad ministerial iniciar algunos procedimientos especiales ante el juez familiar.

El *CPCDF* otorga acción al Ministerio Público en los casos siguientes: para dar inicio al procedimiento de la pérdida de la patria potestad de menores acogidos por una institución pública o privada de asistencia social (art 430) y para pedir la declaración del estado de minoridad o de incapacidad de persona que quedará sujeta a tutela (art 902). Asimismo, de acuerdo con el *CCDF*, la representación social puede ejercer acción de nulidad de matrimonio por parentesco, adulterio o atentado contra la vida de uno de los cónyuges (arts 242, 243 y 244).

El *CPFEH* otorga acción al Ministerio Público para iniciar el juicio escrito de la investigación de la paternidad o maternidad (arts 464 y 465); igualmente, para solicitar la declaración de estado de minoridad, interdicción o inhabilitación, previa al nombramiento de tutor (art 490); para solicitar la autorización judicial sobre la enajenación o el gravamen de bienes de menores o incapacitados (art 507); para tramitar el juicio escrito relativo a la nulificación, reposición, convalidación y rectificación de las actas del Registro del Estado Familiar (art 519) y para pedir la declaración de ausencia (art 545).

³⁰ **Piero Calamandrei**, *Estudios sobre el proceso civil*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, pág 256 apud **José Ovalle Favela**, ob cit, pág 336.

En el Estado de México, el *CPCEM* señala que el Ministerio Público tiene legitimación para solicitar se declare el estado de minoridad o interdicción y se haga el nombramiento de tutores y curadores (art 2.327).

En Nuevo León corresponde al Ministerio Público la acción en el juicio especial sobre pérdida de la patria potestad cuando se trate de menores acogidos por una institución pública o privada de asistencia social (art 732 bis, *CPCENL*).

Lo anterior es aplicable, independientemente de que en los distintos procedimientos familiares se prevé el deber de dar vista de las actuaciones al Ministerio Público y su intervención necesaria en las audiencias con el fin de velar y resguardar los intereses del menor y de las personas.

Además de las anteriores excepciones al principio dispositivo de la acción, se autoriza la intervención oficiosa del juez cuando el interés público en el asunto de la controversia así lo reclame. En el ámbito del Distrito Federal, de esa manera lo dispone el art 941 del *CPCDF*: “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 a la familia y proteger a sus miembros”.

Análoga disposición se establece en otras entidades; el *CPCEM* señala en el segundo párr del art 5.1 que en las controversias de derecho familiar está facultado el juzgador para actuar de oficio, especialmente tratándose de menores, discapacitados, en materia de alimentos y de las cuestiones relacionadas con violencia familiar. Por su parte, el art 954 del *CPCENL* señala que el juez de lo familiar está facultado para decretar, en cualquier momento del trámite de un asunto del orden familiar, las medidas cautelares que sean necesarias para preservar a la familia y proteger a sus miembros, particularmente tratándose de menores u otros incapaces.

En Hidalgo, el *CPFEH* establece en su art 227 que durante el procedimiento el juez familiar podrá intervenir de oficio, en asuntos que afecten el interés de la familia, de las niñas, los niños y los adolescentes, así como de incapaces, atendiendo siempre al interés supremo de éstos, en términos de la ley para la protección de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes. Asimismo, está facultado para decretar las medidas que tiendan a preservar a la familia, así como a proteger a sus miembros y su patrimonio.

De este modo, la intervención oficiosa del juez familiar se concentra en el decreto de las medidas cautelares o providencias precautorias que considere oportunas. Estas medidas pretenden evitar daños irreparables a las partes, que puedan suceder durante la tramitación del proceso.

Específicamente, en el ámbito del Distrito Federal, el art 282 del *CCDF* dispone que desde la presentación de la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y sólo mientras dure el juicio, el juez dictará las medidas provisionales pertinentes de oficio. Entre éstas se enumeran: en casos de violencia familiar, las que considere adecuadas para salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados con la más amplia libertad para prever la protección de las víctimas; señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda; las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes, ni en los de la sociedad conyugal en su caso; y revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado.

En el caso de Hidalgo, el *CPFEH* dispone en su art 472 que, luego de la presentación de la solicitud de divorcio, se dictarán de oficio las medidas provisionales pertinentes, mismas que subsistirán durante el tiempo que sea necesario, pudiendo ser ratificadas o modificadas en la audiencia; en concreto: la separación de los cónyuges; señalar y asegurar las cantidades que, a título de alimentos, debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que correspondan las medidas que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes, ni en los de la sociedad conyugal, en su caso; dictar, en su caso, las medidas respecto a la mujer que quede embarazada; poner a los hijos al cuidado del cónyuge que, de común acuerdo, designen los mismos, así como las modalidades del derecho de visita y convivencia con el progenitor que no tenga la custodia, atendiendo a que los menores de doce años quedarán al cuidado de la madre, salvo que se afecte el interés superior del menor.

Medidas precautorias similares a las mencionadas se prevén en el art 282 del *CCENL* y en el art 4.95 del *CCEM*. Este último ordenamiento señala en su art 4.96 que en la resolución que decreta el divorcio voluntario, el juez acordará de oficio cualquier providencia que considere benéfica para los hijos o los sujetos a tutela.

La oficiosidad en el proceso familiar se expresa también en la flexibilización del principio de congruencia, el cual consiste en términos generales en que el juez debe fallar de conformidad con lo alegado y probado por las partes en el proceso, pero está imposibilitado a resolver cuestiones no planteadas en la demanda. Por ejemplo, en Hidalgo, el *CPFEH* señala en su art 435 que si durante la tramitación del juicio sobre nulidad de matrimonio apareciere, además de la causa o causas invocadas para la nulidad, otra que

también sea motivo de ella, el juez la examinará de oficio y estudiará en la sentencia definitiva.

En último término, las partes tampoco podrán disponer acerca de la conclusión anticipada del proceso cuando su objeto se trate de derechos irrenunciables. El ejemplo más claro son las controversias sobre alimentos. Según el art 321 del *CCDF*, el derecho a recibir alimentos no es renunciable, ni puede ser objeto de transacción. Igual señalamiento se establece en el art 123 de la *LFEH*, el 321 del *CCENL*; el 4.145 del *CCEM* y el 376 del *CCEG*.

Asimismo, se admite que ciertos procesos puedan concluir anticipadamente cuando las partes se avengan por exhortación del juez o se siga la vía del procedimiento conciliatorio. Parte del actuar oficioso del juez implica proponer a los miembros de la familia en crisis vías de solución que mitiguen la confrontación y permitan llegar a acuerdos. Este escenario se analizará más adelante en el apartado de la desjudicialización.

2.2.2.2 Prueba para mejor proveer y favor en la prueba

En el proceso dispositivo, según se ha mencionado, rige en términos generales el principio de aportación de las pruebas por las partes, a las cuales corresponde la carga procesal de acreditar sus pretensiones. En el proceso familiar, este principio se ve atenuado por el llamado *principio de investigación*, en atención al cual el juez tiene potestad para inquirir la verdad de los hechos. Mediante este principio, el juez tiene facultades para decretar, aunque no lo haya solicitado alguna de las partes, el desahogo de diligencias probatorias.

Según señala **Carina Gómez Fröde**, dicho principio “representa la posibilidad de que se traigan al proceso familiar elementos de prueba que no han sido ofrecidos por las partes y que el propio tribunal familiar considera importante y conveniente examinar precisamente para conocer la verdad material (...) Es decir, las facultades de un juez o magistrado en materia familiar deben ser amplísimas”.³¹

De este modo, en el procedimiento de familia, la amplitud probatoria como búsqueda de la verdad objetiva pretende que el juzgador, al decidir, lo haga con la mayor certeza posible sobre los hechos. Esta búsqueda de la verdad impulsa el proceso, lo cual se manifiesta en las facultades otorgadas al juzgador para profundizar o ampliar las pruebas que las partes le ofrecen en ejercicio de su iniciativa probatoria.

³¹ **Carina Gómez Fröde**, *Derecho procesal familiar*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 2013, pág 18.

Bertoldi y Ferreyra vinculan este principio de búsqueda de la verdad, el impulso procesal de oficio y el de moralidad con el *principio de autoridad*, el cual consiste en el poder de conducción o dirección del proceso por el juez, y el de esclarecer la verdad de los hechos, aumentando los poderes del juez para dirigir el proceso, en la formación del material de cognición, o la vigilancia de las conductas de los justiciables. Según aclaran las autoras, no se trata de aumentar legislativamente los poderes del juez sino de concebir al juez como autoridad mediante la actuación de poderes-deberes, como decretar las medidas conducentes para que la resolución definitiva concuerde con la verdad real.³²

Por lo que hace a la legislación, en el ámbito del Distrito Federal, el *CPCDF* dispone en el art 208 que tratándose de la solicitud de separación de personas, el juez podrá practicar las diligencias que a su juicio sean necesarias antes de dictar la resolución. El art 282 establece que para determinar en la sentencia de divorcio la situación de los hijos menores de edad, el juez podrá allegarse durante el procedimiento de los elementos necesarios. El mismo ordenamiento señala en su art 941 bis que para resolver sobre la custodia provisional de los menores, el juez de lo familiar valorará todos los elementos que tenga a su disposición, pudiendo incluir valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia. De igual manera, según el art 941 ter, se prevé que el juez, antes de regular el derecho de convivencia de manera provisional, deberá tomar en cuenta todos los elementos que estén a su alcance para decidir según el principio del interés superior del menor, pudiendo solicitar valoración psicoemocional que determine si existen síntomas en el menor de haber vivido cualquier tipo de violencia familiar.

Claramente el art 226 del *CPFEH* dispone que el juez familiar tendrá las más amplias facultades para investigar la verdad. Concretamente en el capítulo de pruebas se señala (art 152) que, al rendir la prueba confesional —absueltas las posiciones— el tribunal puede interrogar libremente a las partes sobre los hechos y circunstancias que sean conducentes a la averiguación de la verdad. Lo mismo es aplicable cuando se trata del desahogo de la prueba testimonial, en la que el juez podrá hacer a los testigos las preguntas que considere convenientes según el art 197. Por otro lado, el art 186 señala que la inspección judicial podrá practicarse de oficio si el juez lo cree necesario.

³² Cfr **María Virginia Bertoldi de Fourcade y Angelina Ferreyra de la Rúa**, *Régimen procesal del fuero de familia*, Depalma, Buenos Aires, 1999, págs 54-58.

El *CCEM* señala en el art 4.228 que cuando sólo uno de quienes ejercen la patria potestad deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda y custodia de un menor, el juez dispondrá de manera oficiosa la práctica de pruebas periciales en materia de trabajo social y de psicología familiar. En complemento, el art 1.251 del *CPCEM* señala que cuando se deba decidir sobre la guarda y custodia de los menores, si las partes o el Ministerio Público no han solicitado la realización de pruebas periciales en materia de trabajo social y psicología familiar, para demostrar cuál persona es la más idónea para hacerse cargo de manera definitiva del menor, el juez las mandará realizar oficiosamente.

En Guanajuato, el *CPCEG* dispone que en el procedimiento oral, cuando sea en beneficio de niños, niñas, adolescentes o incapaces, el juez podrá ordenar el desahogo de cualquier medio probatorio (art 796).

En el tema de la prueba, la doctrina habla de que en el proceso familiar rige también el principio de favor en la prueba (*favor probationem* o *favor probationes*, según la fuente). En virtud de este principio, se flexibilizan las reglas clásicas de admisión y valoración de la prueba y se faculta al juzgador para que en determinados casos de dificultades probatorias facilite la probación, decretando en favor de la admisión de los elementos. Ello es un criterio que, reconociendo que la presentación de pruebas forma parte del derecho al debido proceso, propone una interpretación de las normas procesales que optimice el ejercicio de ese derecho. En materia familiar, refuerza la búsqueda de la verdad frente al rigor formalista.

De acuerdo con **Kielmanovich**, el principio *favor probationes* supone que en casos de duda en torno de la producción, admisión, conducencia o eficacia de las pruebas habrá de estarse por un criterio amplio en favor de ella, de modo que debe preferirse la apertura a prueba de la causa antes que una declaración de puro derecho, pues la falta de demostración de los hechos puede ocasionar a las partes un gravamen de imposible reparación ulterior, mientras que la superflua, si se quiere, actividad probatoria, en el peor de los casos, habría de incidir en la duración de los trámites, siempre corregible a partir de algo más de inmediatez.³³

La caracterización doctrinal de este principio no es clara. Según **Muñoz Sabaté**, el *favor probationem* no es estrictamente un principio establecido en las normas y posee una motivación psicológica antes que jurídica: es una necesidad que siente el juzgador de salirse de su fría posición de espectador

³³ Cfr **Jorge L. Kielmanovich**, *Derecho procesal de familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, pág 19.

para coadyuvar en pro de la parte que encuentra más dificultades en la producción y estimación de la prueba, que se lleva a la práctica como un criterio más elástico de admisibilidad, como una mayor consideración a las testimoniales, o como un análisis más a fondo de las presunciones, complementada con diligencias para mejor proveer.³⁴

De este modo, el criterio de favor en la prueba complementa el de la prueba oficiosa, lo cual implica mayor intervención del juez en la admisión, desahogo y valoración de las pruebas, en respaldo de la parte que aparezca más débil en el proceso. En materia familiar, el principio será de la mayor relevancia si se atiende a que múltiples hechos suelen ocurrir en el ámbito íntimo de las personas sobre el cual no hay constancias o en el hogar, lo que dificulta su transmisibilidad pues se trata de situaciones que suceden sin la presencia de testigos o, en su caso, con testigos cuyo conocimiento de los hechos puede resultar equívoco según un criterio formal. Cuando se presenta esto, el principio aconseja mayor laxitud en la apreciación de sus declaraciones y admitir, por ejemplo, una menor exigencia de precisión o aun la admisibilidad del testimonio de oídas o indirecto.

En la legislación de las entidades federativas existen disposiciones relacionadas con este principio, en la flexibilización de las reglas y formas que rigen generalmente en materia probatoria. Por ejemplo, en el *CPCDF*, dentro de la tramitación del juicio ordinario, la regla general es que se presumirán confesados los hechos de la demanda que se dejen sin respuesta en la contestación; sin embargo, según exceptúa el art 271, cuando se trate de asuntos que afecten las relaciones familiares o el estado civil de las personas, no se presumirá la confesión, sino que se tendrán por contestados en sentido negativo.

Para el caso de la prueba pericial, según el último párr del art 346 del *CPCDF*, no se aplicarán las reglas generales de la prueba, sino que el juez deberá señalar perito único.³⁵

El *CPFEH* prevé en su art 137 una excepción al criterio formal de admisión de la prueba, al señalar que no serán admitidas las pruebas que no hayan sido relacionadas con los hechos motivo de la litis, salvo cuando se encuentren inmersos intereses de menores.

³⁴ Cfr **Luis Muñoz Sabaté**, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 4a ed, Praxis, Barcelona, 1993, pág 179.

³⁵ Disposición que se ha estimado inconstitucional por la Primera Sala de la *scjn*. Véase **Prueba pericial en asuntos en materia familiar. El artículo 346, último párrafo, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, viola las garantías de audiencia y debido proceso**. Tesis: 1a. III/2011, 10a época, *tc*, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, libro III, tomo 3, diciembre de 2011, pág 2317.

El *CPCEM* en su libro quinto, relacionado con las controversias sobre el estado civil de las personas y del derecho familiar, prevé en el capítulo III reglas particulares para las pruebas (arts 5.32 a 5.39), flexibles frente a las que rigen para el proceso civil.

El *CPCEG* establece una excepción a la regla general de que los honorarios de los peritos son a costa de las partes. El art 146-A prevé que tratándose de juicios sobre reconocimiento, desconocimiento y contradicción de paternidad, el juez podrá disponer, atendiendo al interés superior del menor, que la prueba pericial en genética molecular del ácido desoxirribonucleico (ADN) se realice a costa del presupuesto del Ejecutivo estatal cuando la parte oferente acredite con un estudio socioeconómico elaborado por institución oficial que carece de recursos económicos para cubrir su importe.

En relación con la prueba genética que se ha aludido, cuya utilidad es evidente dentro de los juicios en los que el objeto de controversia es la filiación, no se encuentra regulada expresamente en todas las legislaciones, aunque suele ser admisible como prueba pericial. El *CPCENL* prevé que el juzgador pueda ordenar a quien se impute la filiación que se someta a la prueba de ADN, incluso con medidas de apremio, y dispone que en caso de negativa reiterada a someterse a dicha prueba operará la presunción de la filiación (arts 190 bis a 190 bis VIII).

En el mismo sentido, el art 382 del *CCDF* señala que la paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios; si se propusiera cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre.

Lo anterior es aplicable en virtud del interés superior del menor, para que su derecho a la identidad no quede condicionado a la voluntad de un particular. Al respecto se ha pronunciado la Primera Sala de la SCJN en la siguiente tesis por unificación de criterios, que por su interés se transcribe:

Juicios de paternidad. En los casos en que a pesar de la imposición de medidas de apremio los presuntos ascendientes se niegan a practicarse la prueba pericial en materia de genética (ADN) opera la presunción de la filiación controvertida (legislaciones de Nuevo León y del Estado de México). Conforme a los artículos 4o de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 3o, 6o, 7o y 8o de la Convención sobre los Derechos del Niño y 22 de la *Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, los menores tienen derecho a conocer su identidad, y la importancia de ese derecho fundamental no sólo radica en la posibilidad de que conozcan su origen biológico (ascendencia), sino en que de ese conocimiento

deriva el derecho del menor, constitucionalmente establecido, a que sus ascendientes satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, además de que puede implicar el derecho a una nacionalidad determinada. Por otra parte, los Códigos de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León y del Estado de México establecen medidas de apremio a través de las cuales los jueces y magistrados pueden lograr que sus determinaciones se cumplan. Así, cuando en un juicio de paternidad se ordena el desahogo de la prueba pericial en materia de genética (ADN) y el presunto ascendiente se niega a que se le practique, es constitucional que se le apliquen dichas medidas para que se cumpla la determinación del juzgador, pero si a pesar de esas medidas no se logra vencer la negativa del demandado para la realización de la prueba, esto no significa que se deje a merced de la voluntad del presunto ascendiente el interés superior del menor y que dicha negativa u oposición para la práctica de la prueba quede sin consecuencia alguna, ya que en todo caso debe operar la presunción de la filiación controvertida porque, por una parte, el artículo 190 bis V del *Código de Procedimientos Civiles de Nuevo León* así lo señala expresamente y, por otra, aunque la legislación del Estado de México no precisa esa circunstancia en una norma expresa, atendiendo al interés superior del niño y de una interpretación extensiva y analógica de los artículos 1.287 y 2.44 del código procesal civil de esa entidad federativa, que establecen los supuestos de confesión ficta y reconocimiento de documentos, se concluye que, ante la negativa del presunto ascendiente a practicarse la mencionada prueba, debe operar la presunción de la filiación, salvo prueba en contrario, pues, como se ha dicho, considerarlo de otra manera llevaría a dejar el interés superior del niño a merced de la voluntad del presunto progenitor y no se respetaría su derecho fundamental a conocer su identidad.

Tesis: 1a./J. 101/2006, 9a época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, tomo XXV, marzo de 2007, pág 111.

Dicho criterio coincide con la opinión internacional en materia de derechos del menor, expresada, por ejemplo, por el Tribunal Europeo, el cual ha insistido en que en la justicia familiar es inadmisibles el exceso de rigor formalista, que puede conducir a que por formalismos procesales dejen de valorarse pruebas fundamentales como la genética, que comprometen el interés superior del niño.³⁶

Para finalizar este apartado, la mayor intervención del juez en materia probatoria no debe entenderse como potestad arbitraria, ni como la total supresión del principio de disposición de las pruebas por las partes. La guía y el límite del juzgador deben ser siempre el interés superior de los menores o de la parte en desventaja; así, decretar diligencias para mejor proveer ha de entenderse como un complemento necesario o más bien como una la-

³⁶ Cfr Aída Kemelmajer de Carlucci, ob cit, pág 46.

bor de cooperación, y no como la sustitución de lo que las partes por sí mismas ofrezcan. En relación con ello, la tesis XXIII.1o. (IX Región) 1 C, relativa a la carga de la prueba, apunta que si bien en los procedimientos de naturaleza familiar los órganos jurisdiccionales cuentan con amplias facultades para ordenar oficiosamente la práctica, el desahogo o el perfeccionamiento de pruebas necesarias a fin de llegar al conocimiento de la verdad, aun cuando éstas no sean ofrecidas expresamente por las partes, esto no implica que el juzgador haya de convertirse en investigador a ultranza, sino que debe partir de los datos de hechos, personas o circunstancias específicas y objetivas que proporcionen las partes en sus escritos de demanda y contestación o durante la secuela del juicio, que le permitan suplir la deficiencia en lo conducente.³⁷

2.2.3 Suplencia

La suplencia de las partes en los planteamientos de derecho tiene un sentido eminentemente tutelar al pretender proteger a la parte más débil en el conflicto familiar. Busca evitar que por el total desconocimiento de la norma, por impericia en su invocación o mal respaldo técnico jurídico, se pierda el juicio y con éste el derecho. De algún modo, apela a la justicia de fondo frente a la observancia de formalismos legalistas que en la práctica judicial la han ocultado.

De acuerdo con **Gómez Fröde**: “La suplencia en los planteamientos de derecho entraña la posibilidad del juez o tribunal de traer al proceso los razonamientos o las argumentaciones no aducidas por una parte torpe o débil (...) La suplencia deroga lógicamente los principios dispositivo y de autonomía de la voluntad, ya que tiende a proteger intereses en materia familiar que antes no se encontraban protegidos”.³⁸

Lo anterior no ha de entenderse como una excepción al principio de igualdad procesal, sino como la afinación de éste según un criterio de igualdad sustancial, que persigue atenuar las desigualdades materiales y equilibrar las condiciones de las partes dentro del proceso, según la clásica máxima de que la justicia es dar un trato igual a los iguales y un trato desigual a quienes no lo son. No es que el juez actúe con parcialidad o que se

³⁷ **Carga de la prueba en materia familiar. Alcance del artículo 868 del Código Familiar para el Estado de Michoacán, que establece que en las controversias o juicios de esa naturaleza, son inaplicables las reglas sobre aquélla.** Tesis: XXIII.1o.(IX Región) 1 C, 10a época, TCC, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, libro XXIII, tomo 3, agosto de 2013, pág 1607.

³⁸ **Carina Gómez Fröde**, *Derecho procesal...*, ob cit, pág 17.

le autorice a ejercer un activismo judicial, sino que, sujeto siempre al derecho, garantice la aplicación de las protecciones que el derecho brinda a los menores y a las personas en situación de desventaja.

Según **Tenorio Godínez**:

El juez debe ser imparcial para resolver, entendida la imparcialidad como el ánimo libre de prejuicios o ideas preconcebidas o de intereses personales en el resultado del proceso. El juez es imparcial cuando resuelve no por simpatía, ni por inclinación subjetiva hacia determinada parte, ni por compromiso, ni por presión, sino que conserva su imparcialidad cuando resuelve conforme a la ley y debe entenderse que la tutela o la protección a determinada clase o grupo, al menos en materia estrictamente procesal, se limita a procurar que la contienda sea leal.³⁹

El principio de suplencia se prevé expresamente en la legislación de las entidades. De acuerdo con el segundo párr del art 941 del *CPCDF*, 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.

El art 952 del *CCENL* amplía el alcance del principio, al extender la obligación del juez a suplir la deficiencia de la queja en los planteamientos de hecho y de derecho y demás aspectos de la demanda y de otras promociones legales. Los arts 441 y 446 confirman este deber en el ámbito de la apelación.

Según el *CPCEM*, en su art 5.8, en el conocimiento y decisión de las controversias relacionadas con el derecho familiar y del estado civil de las personas el juez podrá suplir la deficiencia de la queja. Esto se reitera en el art 5.40.

El *CPFEH* limita la aplicación del principio a los casos en que se ventilen asuntos de menores e incapaces; en otros asuntos, jueces y magistrados podrán ordenar en cualquier etapa del procedimiento que se subsane cualquier omisión o irregularidad procesal que notaren en la sustanciación, pero sin que ello implique suplencia de la queja (art 37).

De modo similar en Guanajuato, el *CPCEG* dispone que en el procedimiento oral, cuando sea en beneficio de niños, niñas, adolescentes o incapaces, el juez deberá suplir la deficiencia de la queja (art 796).

La Primera Sala de la *SCJN* ha extendido el alcance del principio al señalar que conforme al carácter no dispositivo de los juicios y procedimientos de orden familiar, más cercanos al principio inquisitivo, así como al interés superior de los menores de edad, la suplencia de la queja es aplicable a

³⁹ **Lázaro Tenorio Godínez**, *La suplencia en el derecho procesal familiar*, Editorial Porrúa, México, 2004, pág 420.

favor de los menores de edad, de las víctimas de violencia familiar y cuando no haya menores de edad, la suplencia puede hacerse “a favor de la familia misma”. Por su interés se transcribe la jurisprudencia correspondiente:

Divorcio necesario. En la segunda instancia procede la suplencia de la queja deficiente a favor de los menores de edad, de las víctimas de violencia familiar y a falta de los primeros, a favor de la familia misma (legislación del estado de Tlaxcala). La interpretación sistemática y funcional de los artículos 1387 a 1389, 1391, 1393 a 1395 del *Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Tlaxcala*, vistos conforme al carácter alejado del principio dispositivo y más cercano al inquisitivo de los juicios y procedimientos de orden familiar, así como el interés superior de los menores de edad previsto en la normativa nacional e internacional, lleva a la conclusión de que la suplencia de la queja deficiente en los agravios formulados en el recurso de apelación, dentro de los juicios de divorcio necesario, en principio sólo es aplicable a favor de los menores de edad cuando los haya en la familia respectiva, para atender a su interés superior en todos los aspectos que les concierna, por ejemplo: en las decisiones sobre alimentos, custodia, visitas y convivencias con sus padres y patria potestad, que son consecuencias inherentes al divorcio, o en la prueba de las causales donde puedan verse inmiscuidos, como la negativa de alguno de los cónyuges para otorgarles alimentos, el conato o tolerancia en la corrupción de los menores o la violencia familiar en su contra, entre otros supuestos. También puede aplicarse la suplencia a favor de las víctimas de violencia familiar cuando ésta forme parte de la litis, entre las cuales pueden figurar los propios menores de edad y/o alguno de los cónyuges, en la medida en que tal suplencia resulte necesaria para proveer a su protección y atención, a fin de evitar la continuación de la violencia en su contra y restablecer su salud integral. Por último, en los casos donde no haya menores de edad, la suplencia puede hacerse a favor de la familia misma, como ente colectivo, que en los casos de divorcio tendría lugar para procurar, en la medida de lo posible, mantener la unidad entre sus miembros durante el procedimiento de divorcio y luego de su conclusión, de manera que éste no se convierta en fuente de rivalidad o disgregación innecesarias, sobre todo entre los hijos y sus padres.

Tesis: 1a./J. 138/2012, 10a época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, libro XVII, tomo 1, febrero de 2013, pág 450.

En relación específica con el derecho a gozar de alimentos, la jurisprudencia ha señalado que el tribunal de alzada en asuntos que versen sobre derechos de familia debe suplir la falta de agravios o su deficiencia, en atención preferentemente a los intereses de los menores de edad o incapaces y, si no los hubiere, a los de la familia. Por su interés se transcribe la tesis:

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). La institución de la suplencia en la expresión de los agravios formu-

lados ante el tribunal de alzada en asuntos que versen sobre derechos de familia, prevista en el artículo 509, fracción I, del *Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Puebla*, vigente hasta el 31 de diciembre de 2004, así como en los diversos 398, fracciones I y II, y 677, fracciones I, inciso b) y VI, de la legislación actualmente en vigor, 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.

Tesis: VI.2o.C. J/310, 9a época, TCC, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, tomo XXIX, mayo de 2009, pág 861.

Desde la óptica más favorable al interés superior del menor, la tesis aislada XXIV.1o.11 C ha extendido la suplencia de la queja deficiente no sólo para tutelar los derechos de naturaleza familiar, sino también para aplicarla en los amparos y en toda clase de juicios o controversias con independencia de cuál sea la naturaleza de las acciones que se ejecuten, previéndose la necesidad de que la autoridad que conozca de la controversia, cualquiera que sea su naturaleza o instancia, quede investida de facultades amplísimas al grado de que pueda actuar de oficio para hacer valer acciones y argumentaciones y allegarse de pruebas que conduzcan a la verdad real para resolver la controversia y lograr el bienestar del menor.⁴⁰

Ovalle Favela hace una interpretación restrictiva del principio de suplencia y considera que no se trata de ningún principio de protección excepcional del ámbito familiar, sino de la confirmación del deber del juez de decir el derecho que rige también en todo proceso civil. Se trata de “la aplicación del principio *iura novit curia*, de acuerdo con el cual el juez es quien conoce el derecho y a quien compete decidir en cada caso cuál es el derecho aplicable. En virtud de este principio, las alegaciones de derecho formuladas por las partes no vinculan al juez, por lo que éste, en todo caso y a pesar de los errores u omisiones de las partes en la cita de los preceptos jurídicos, es quien determina el derecho aplicable”.⁴¹

⁴⁰ **Menores de edad. La suplencia de la queja deficiente procede aunque los derechos cuestionados no provengan de una controversia de naturaleza familiar.** Tesis: XXIV.1o.11 C, 9a época, TCC, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, tomo XXXII, septiembre de 2010, pág 1346.

⁴¹ **José Ovalle Favela**, ob cit, pág 338.

Si bien no constituye estrictamente un acto de suplencia de parte del juez, la legislación prevé también el requisito de equilibrar a ambas partes en la defensa, ante la posibilidad de que a quien no cuente con abogado se le designará uno de oficio (arts 943, *CPCDF*; 5.40.1, *CPCEM* y 955, *CPCENL*).

2.2.4 Simplificación de las formas

La doctrina ha coincidido en que en el proceso familiar debe privilegiarse la sencillez de formas y la simplificación procesal; sin embargo, esto no es lo mismo que ausencia total de formalidades, sino flexibilización de las que rigen en el proceso civil. El propósito evidente es lograr celeridad procesal, además de reducir las cargas que significa para las partes acudir a la jurisdicción. Este criterio se traduce principalmente en la facilitación del inicio del proceso (menores requisitos de admisibilidad de la demanda, con comparecencia oral), la simplificación procesal en el decreto de las medidas cautelares, y en los casos más sensibles basta la simple solicitud reforzada con la facultad del órgano para ordenarlas de oficio y la no sujeción a los términos de caducidad.

En la legislación, el *CPCDF* dispone en el art 942 que no se requieren formalidades especiales para acudir ante el juez de lo familiar cuando se solicite la declaración, preservación, restitución o constitución de un derecho o se alegue la violación de éste o el desconocimiento de una obligación, cuando se trate de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre cónyuges sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de padres y tutores y en general de todas las cuestiones familiares análogas que reclamen la intervención judicial. Cabe agregar que, según dicho artículo, esta flexibilidad en las formalidades no es aplicable a los casos de divorcio o de pérdida de la patria potestad.

El *CPFEH* estipula en el art 228 que, salvo en los casos en que se establezca en el código lo contrario, no se requiere formalidad especial para ocurrir ante un juez familiar.

En el *CPCEM* se prevé en el art 5.40 que en las controversias suscitadas con motivo de alimentos, guarda y custodia, convivencia, régimen patrimonial, patria potestad, parentesco, paternidad, nulidades relativas a esta materia y las demás relacionadas con el derecho familiar no se requerirán formalidades especiales para acudir ante el juez.

Una excepción particular prevista en el *CPCEM* se refiere al requisito de firma en las promociones. Mientras para la generalidad de los procedimien-

tos la falta de firma del licenciado en derecho que patrocine el asunto tiene como consecuencia que no se dé curso a la promoción, el art 1.94 prevé que en los juicios de violencia familiar y de alimentos, cuando falte la firma en la demanda, para que el demandante no quede en estado de indefensión, el juez designará defensor público que hará suya o ratificará la demanda.

En otro rubro, el art 743 del *CPCEG* dispone que para decretar el depósito de menores o incapacitados que se hallen sujetos a la patria potestad o a tutela y que fueren maltratados por sus padres o tutores o reciban de estos ejemplos perniciosos a juicio del juez, o sean obligados por ellos a cometer actos reprobados por las leyes, y de huérfanos o incapacitados que queden en abandono por la muerte, ausencia o incapacidad física de la persona a cuyo cargo estuvieren, no son necesarias formalidades de ninguna clase y sólo se asentarán en una o más actas las diligencias del día.

Con el mismo fin de no dejar en estado de indefensión al demandante en controversias familiares se establecen excepciones a la regla de caducidad por inactividad procesal. Así, el *CPCEG* señala en el art 390 que la caducidad operará en todos los procedimientos regulados por el código, excepto en los juicios de alimentos y en los relativos a derechos de menores e incapaces.

En el mismo sentido, el art 598 del *CPFEH* estipula que es improcedente decretar la caducidad de la instancia en cualquier procedimiento en el que existan intereses de menores o incapaces y que con la declaración se pueda causar perjuicio a aquéllos.

En el *CPCDF*, el art 137 bis, fracc VIII dispone que no tendrá lugar la declaración de caducidad en los juicios de alimentos. Lo mismo dispone el *CPCEM* en el art 1.249, fracc III y el *CPCENL*, en el último párr del art 3.

La simplificación de las formas procesales debe extenderse al propio actuar del juez familiar, quien ha de actuar sin solemnidades innecesarias, sin abuso de fórmulas ni tecnicismos, promoviendo un acercamiento natural a las partes, buscando generar empatía, en un lenguaje claro y preciso, para atenuar la experiencia traumática que puede causar al acudir ante un tribunal y colaborar con ello en la mejor resolución del conflicto.

A su vez, el principio tiende a interpretarse en el sentido de que cuando las partes sean omisas en el cumplimiento de requisitos de forma en sus promociones u omitan señalar completamente los hechos y las pruebas en la demanda por comparecencia, al no ser peritos en derecho es deber del juzgador colaborar para que esto se subsane, exhortando a la parte intere-

sada a que complete lo faltante y ofrezca las pruebas que a su derecho convenga.

En este sentido, respecto a la legislación del Distrito Federal, se ha opinado en la tesis aislada I.14o.C.75 C que si en la demanda formulada por comparecencia se omite exponer completamente los hechos en que se funde la acción, no podrá atribuirse al actor esa omisión si no es perito en derecho, pues en todo caso el juicio de reproche debería dirigirse contra el juez, bajo cuya supervisión se elabora el acta correspondiente, pero no podría afectar al demandante cualquier omisión o irregularidad que se presentara en cuanto al cumplimiento de los requisitos enunciados en el art 255 del *CPCDF*, si la demanda por comparecencia no está sujeta a las mismas exigencias procesales que las que atañen a una demanda redactada en escrito formulado por la parte actora.⁴²

En complemento, cabe señalar que **Kielmanovich** habla también del principio del favor por el trámite más breve en caso de duda, según el cual, en casos de duda acerca del procedimiento aplicable, si corresponde el trámite ordinario o el sumarísimo, el intérprete habrá de inclinarse por el más rápido y se apartará del criterio general que indicaría que en tales supuestos debería adoptarse la solución que mejor o con mayor amplitud asegure el derecho de defensa en juicio, prefiriéndose así el juicio ordinario.⁴³ Lo anterior, se entiende, tiene el propósito de favorecer la celeridad procesal.

2.2.5 Interés superior y derecho del niño a ser oído

La Primera Sala de la SCJN ha señalado que el principio de interés superior del menor cumple con dos funciones normativas: “a) como principio jurídico garantista, y b) como pauta interpretativa para solucionar los conflictos entre los derechos de los menores”.⁴⁴

⁴² Véase **Controversia del orden familiar. Ausencia de formalidades en la demanda por comparecencia y consecuencias procesales de cualquier irregularidad u omisión en el acta relativa**. Tesis: I.14o.C.75 C, 9a época, tcc, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, tomo XXXIII, enero de 2011, pág 3169. En sentido similar: **Controversia del orden familiar. Ausencia de formalidades en la demanda por comparecencia y consecuencias procesales de cualquier irregularidad u omisión en el acta relativa**. Tesis: I.14o.C.84 C, 9a época, tcc, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, tomo XXXIV, julio de 2011, pág 1991.

⁴³ Cfr **Jorge L. Kielmanovich**, *Derecho...*, ob cit, pág 57.

⁴⁴ **Interés superior del menor. Sus alcances y funciones normativas**. Tesis: 1a. CXXII/2012, 10a época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, libro IX, tomo 1, junio de 2012, pág 261.

En la unidad anterior se estudiaron su concepto y alcances como principio jurídico, que obliga a todas las autoridades del Estado en el ámbito de sus respectivas competencias. Ahora se verán dentro de su segunda faceta, como criterio interpretativo, algunos puntos en los cuales se ve reflejado este principio, entre los asuntos familiares en los que intervienen menores, considerando que la tendencia legislativa es a expandir las facultades judiciales cuando están en juego los derechos de los niños, en una inclinación claramente tutelar que busca materializar la protección y no limitarla por cuestiones meramente procesales.

Respecto a lo anterior, se considera que en general los órganos judiciales al proteger el interés superior del niño deben atender a criterios mínimos (por ejemplo: la satisfacción de las necesidades del menor, tanto las materiales básicas como las de tipo espiritual, afectivas y educacionales). Asimismo, se ha de atender a sus deseos, sentimientos y opiniones, de acuerdo con su personal madurez o discernimiento. En ello se estima que mantener el *statu quo* material y espiritual del menor debe ser la regla general, siempre en atención a la incidencia que toda alteración del menor pueda tener en su personalidad y para su futuro.

Tales criterios se desarrollan en la siguiente tesis aislada dada por la Primera Sala de la SCJN, que por su interés se transcribe:

Interés superior del menor. Su configuración como concepto jurídico indeterminado y criterios para su aplicación a casos concretos. Resulta ya un lugar común señalar que la configuración del interés superior del menor, como concepto jurídico indeterminado, dificulta notablemente su aplicación. Así, a juicio de esta Primera Sala, es necesario encontrar criterios para averiguar, racionalmente, en qué consiste el interés del menor y paralelamente determinarlo en concreto en los casos correspondientes. Es posible señalar que todo concepto indeterminado cabe estructurarlo en varias zonas: una primera zona de certeza positiva, que contiene el presupuesto necesario o la condición inicial mínima. Una segunda zona de certeza negativa, a partir de la cual nos hallamos fuera del concepto indeterminado. En tercer y último lugar la denominada zona intermedia, más amplia por su ambigüedad e incertidumbre, donde cabe tomar varias decisiones. En la zona intermedia, para determinar cuál es el interés del menor y obtener un juicio de valor, es necesario precisar los hechos y las circunstancias que lo envuelven. En esta zona podemos observar cómo el interés del menor no es siempre el mismo, ni siquiera con carácter general para todos los hijos, pues éste varía en función de las circunstancias personales y familiares. Además, dicha zona se amplía cuando pasamos —en la indeterminación del concepto— del plano jurídico al cultural. Por lo anterior, es claro que el derecho positivo no puede precisar con exactitud los límites del interés superior del menor para cada supuesto de hecho plan-

teado. Son los tribunales quienes han de determinarlo moviéndose en esa “zona intermedia”, haciendo uso de valores o criterios racionales. En este sentido, es posible señalar como criterios relevantes para la determinación en concreto del interés del menor, en todos aquellos casos en que esté de por medio la situación familiar de un menor, los siguientes: a) se deben satisfacer, por el medio más idóneo, las necesidades materiales básicas o vitales del menor y las de tipo espiritual, afectivas y educacionales; b) se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento, y c) se debe mantener, si es posible, el *statu quo* material y espiritual del menor y atender a la incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro. Asimismo, es necesario advertir que para valorar el interés del menor, muchas veces se impone un estudio comparativo y en ocasiones beligerante entre varios intereses en conflicto, por lo que el juez tendrá que examinar las circunstancias específicas de cada caso para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor, principio consagrado en el artículo 4o. constitucional.

Tesis: 1a. LXVII/2013, 10a época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, libro XVII, tomo 1, febrero de 2013, pág 824.

En un primer momento, según se vio en incisos anteriores, en virtud del principio de investigación y de la prueba para mejor proveer, el juzgador tiene facultades para ordenar el desahogo de pruebas no solicitadas por las partes. En relación con el respeto al interés superior del menor, la tendencia legislativa es a autorizar al juzgador a que ordene las diligencias probatorias que sean necesarias antes de decidir acerca de la guardia y custodia de los menores y el régimen de convivencias con los padres separados; con el fin de que, sobre todo en este último rubro, pueda tomar la mejor decisión para el menor con independencia de los intereses de sus progenitores. Así lo confirman las siguientes tesis jurisprudenciales:

Interés superior del menor. Para preservarlo, el juzgador está facultado para recabar y desahogar de oficio las pruebas que considere necesarias. Con independencia de que la admisión de las pruebas ofrecidas por las partes en el juicio es uno de los aspectos procesales más relevantes y que con mayor cuidado debe observar el juzgador, tratándose de los procedimientos que directa o indirectamente trascienden a los menores y a fin de velar por su interés superior, previsto en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la *Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, el juez está facultado para recabar y desahogar de oficio las prue-

bas necesarias para preservar dicho interés, practicando las diligencias que considere oportunas y conducentes para el conocimiento de la verdad respecto de los derechos controvertidos.

Tesis: 1a./J. 30/2013, 10a época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, libro XVIII, tomo 1, marzo de 2013, pág 401.

Guarda y custodia. Debe determinarse considerando el interés superior de niñas, niños y adolescentes conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño. El derecho a la guarda y custodia de una niña, niño y adolescente implica considerar no sólo las pruebas ofrecidas por las partes con las que pretendan demostrar una adecuada capacidad para el cuidado del menor, sino que, atendiendo al beneficio directo de la infancia, el juzgador también debe considerar el interés superior de la niña, niño y adolescente como presupuesto esencial para determinar quién tiene derecho a la guarda y custodia. Ello porque, conforme a lo dispuesto por el artículo 4o constitucional que establece el desarrollo integral, el respeto a la dignidad y derechos de la niñez, así como los artículos 3o, 7o, 9o, 12, 18, 19, 20 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México el veintiuno de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, que establece que los Estados garantizarán que los tribunales judiciales velen por el interés superior del niño, los juicios en los que se vean involucrados derechos inherentes de las niñas, niños y adolescentes, como el caso en que se demande la guarda y custodia, debe tenerse como presupuesto esencial el interés superior del niño y darle intervención al Ministerio Público, para que en su carácter de representante de la sociedad vele por los derechos de los infantes y adolescentes.

Tesis: II.3o.C. J/4, 9a época, TCC, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, tomo XVI, octubre de 2002, pág 1206.

Derecho de visitas y convivencias. Su importancia en momentos de crisis familiar. Este derecho y específicamente la implementación del régimen de visitas y convivencias adquieren una importancia inusitada en situaciones de crisis matrimoniales, extramatrimoniales o de malos entendidos entre los miembros de una familia, pues en esos casos el ejercicio del derecho de visitas y convivencias constituye un remedio o recurso de protección excepcional al reactivar la convivencia que se ha perdido o desgastado en un sinnúmero de situaciones. En estos casos de crisis llega a ocurrir que alguno de los progenitores, o ambos, tomen partido y frecuentemente, en lugar de buscar acuerdos convenientes a los intereses de los menores, cierran toda posibilidad al otro de ver o tener contacto con ellos, lo que provoca que los niños se vuelvan verdaderas víctimas de las desavenencias del matrimonio, y no en pocas ocasiones son utilizados como instrumentos para que los cónyuges o custodios se ofendan o dañen entre sí, siendo los hijos los más perjudicados. Por ello, en este tipo de crisis, la autoridad jurisdiccional competente debe implementar el régimen de visitas y convivencias a favor de los hijos menores de edad, de la manera más conveniente, atendiendo a su interés superior, con independencia de los intereses y derechos de sus pro-

genitores, para incentivar, preservar y reencausar la convivencia en el grupo familiar.

Tesis: I.5o.C. J/28, 9a época, TCC, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, tomo XXXIII, junio de 2011, pág 965.

Específicamente en las controversias acerca de la filiación también se plantea que el juzgador está obligado a ordenar la práctica, repetición o ampliación de cualquier diligencia probatoria que resulte pertinente, entre ellas la pericial (en la cual se incluye la prueba genética); de modo que aun si las partes no la solicitan, procede su desahogo oficioso con el propósito de establecer la verdad.

Así lo señala la siguiente tesis aislada en relación con el juicio de reconocimiento de paternidad, que por su interés se transcribe:

Interés superior del menor. Sus alcances en un juicio de reconocimiento de paternidad. La reforma al artículo 4o de la Carta Magna, que elevó a rango constitucional el interés superior del menor, se sustentó en la necesidad de reconocer que el infante, por su falta de madurez física y mental, necesita una protección legal reforzada que le asegure el ejercicio pleno de sus derechos, incluidos los reconocidos a nivel internacional, mismos que no se agregaron en forma expresa al citado artículo 4o para evitar el error de establecer un catálogo que resultase incompleto; no obstante, quedaron comprendidos todos los reconocidos a nivel internacional, en especial los contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, mismos que nuestro país se obligó a respetar a través de sus diversas autoridades, incluidas las de índole jurisdiccional. Así, para cumplir con esa obligación, en primer lugar es necesario que el juzgador tenga presente cuáles son los derechos que la Constitución y los tratados internacionales reconocen a favor de la niñez; después es preciso que se interpreten y apliquen adecuadamente, es decir, de la manera que más favorezca a los infantes, teniendo siempre en cuenta su condición personal, a efecto de salvaguardar su sano desarrollo en todos los ámbitos posibles. Por tanto, cuando se demande el reconocimiento de paternidad, el juzgador está obligado a tener presente que dicha demanda no sólo se relaciona con el derecho que tiene el menor a indagar y conocer la verdad sobre su origen, sino que además ese conocimiento involucra una serie de derechos que le resultan fundamentales, pues derivado de esa investigación se podrá establecer si existe o no una filiación entre él y quien se considera es el padre y, de ser así, no sólo podrá acceder a llevar el apellido de su progenitor como parte del derecho a la identidad que le permite tener un nombre y una filiación, sino que se verá beneficiado en su derecho a la salud; así, en cumplimiento del artículo 4o constitucional, el juzgador está constreñido a atender todas las circunstancias o hechos que se relacionen con la niñez, ya sea que formen parte de la litis o surjan durante el procedimiento, de ahí que esté obligado a ordenar la práctica, repetición o ampliación de cualquier diligencia probatoria que resulte perti-

nente, entre ellas la pericial, esto con el fin de dictar una sentencia en la que tenga plena convicción de que lo decidido en relación con la infancia no le resultará nocivo ni contrario a su formación y desarrollo integral. En consecuencia, si en un juicio de reconocimiento de paternidad se omite ordenar el desahogo, perfección, ampliación o repetición de la prueba pericial o, en su caso, no impone los apercibimientos respectivos, resulta inconcuso que no sólo habrá incumplido con la obligación imperiosa de otorgar una protección legal reforzada al menor, proveyendo lo necesario para el respeto pleno de sus derechos, sino que, además, dejará de atender el interés superior del menor, en tanto que habrá dictado una sentencia sin contar con los elementos objetivos necesarios, lo cual no sólo se traduce en una violación a las formalidades esenciales del procedimiento, en especial las relacionadas con la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas, sino que además conlleva una afectación al derecho de acceso efectivo a la justicia. Por lo anterior, aun si en el referido juicio no se ofrece la prueba idónea o se hace deficientemente, el juzgador deberá ordenar, incluso de oficio, su desahogo.

Tesis: 1a. LXXI/2013, 10a época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, libro XX, tomo 1, mayo de 2013, pág 541.

La omisión en el desahogo de la prueba pericial en genética en estos juicios de paternidad tiende incluso a considerarse una transgresión al derecho de acceso efectivo a la justicia del menor, pues le niega la protección legal reforzada, la cual obliga ordenar de oficio el desahogo de dicha prueba. En ese sentido, es aplicable la siguiente tesis jurisprudencial, que sostiene que el interés superior del menor en un juicio de reconocimiento de paternidad debe prevalecer al enfrentarse con la institución procesal de la cosa juzgada, cuando en el primer procedimiento se omitió el desahogo de la prueba comentada:

Reconocimiento de paternidad. El interés superior del menor debe prevalecer en el juicio relativo frente a la institución de la cosa juzgada. Cuando en un segundo juicio de reconocimiento de paternidad, el presunto progenitor opone la excepción de cosa juzgada bajo el argumento de que en un primer juicio ya fue absuelto, pero ello obedece a que en éste se omitió desahogar la prueba pericial en genética, la cual resulta ser la idónea para el esclarecimiento de la verdad, esa excepción no debe prosperar pues la cosa juzgada presupone que el juicio del cual deriva “cumplió con las formalidades esenciales del procedimiento”, lo que no puede considerarse satisfecho cuando en el primer juicio, pasando por alto el interés superior del menor, se omite ordenar el desahogo, ampliación o perfeccionamiento de esa prueba, ya que esa omisión no sólo infringe la formalidad relacionada con la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas, sino que además transgrede el derecho de acceso efectivo a la justicia del menor, pues, aunque no le niega acceder a los órganos jurisdiccionales para que se resuelva la controversia,

este derecho se vuelve ineficaz si dentro del procedimiento no se reconoce que por su propia condición requiere una protección legal reforzada, la cual obliga a ordenar, incluso de oficio, su desahogo. Así, aun cuando se podría considerar que opera la excepción de la cosa juzgada formal, en tanto que cualquier violación cometida en perjuicio del menor pudo impugnarse oportunamente a través de los medios ordinarios o extraordinarios de defensa derivados del primer juicio, no opera la cosa juzgada material, pues el interés superior del menor en un juicio de reconocimiento de paternidad debe prevalecer al enfrentarse con dicha institución procesal, por ser el que resulta de mayor entidad, pues si bien es cierto que la cosa juzgada implica la imposibilidad de volver a discutir lo decidido en un juicio, porque la rigidez e inmutabilidad de la sentencia descansa en los principios de seguridad y certeza jurídica, consagrados en los artículos 14 y 17 de la Constitución Federal, también lo es que esos principios no pueden prevalecer frente al derecho del menor de indagar y conocer la verdad sobre su origen, ya que derivado de esa investigación podrá establecerse si existe o no una filiación entre él y el presunto progenitor; y de ser así, no sólo podrá acceder a llevar su apellido como parte del derecho a la identidad que le permite tener un nombre y una filiación, sino que, en conexión con tal derecho, se beneficiará el relativo a la salud; además, preferir el derecho derivado de la cosa juzgada implicaría pasar por alto la obligación que el artículo 4o de la Carta Magna impuso al Estado de propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el pleno ejercicio de sus derechos, lo cual podría anular la obligación que el propio precepto impone a los progenitores, en el sentido de satisfacer sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, sobre todo cuando la cosa juzgada que se pretende oponer frente al derecho del menor deriva de un procedimiento en el que resulta evidente que se pasaron por alto sus derechos.

Tesis: P./J. 13/2011, 9a época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, tomo XXXIV, agosto de 2011, pág 872.

En otro rubro, el interés superior del menor respalda el progresivo reconocimiento de su derecho a ser escuchado por el tribunal en aquellos procesos que le conciernan y a que se tenga en cuenta su opinión, derecho previsto en los arts 41 de la LPLDNN y 12 de la CDN.

En cuanto a este derecho, la CIDH ha expresado que el grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de 18 años, con lo cual, evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16. Por ello, debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos. El aplicador del derecho en el ámbito judicial deberá tener en cuenta las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus dere-

chos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su caso.⁴⁵

De este modo, suele enlazarse el ejercicio de tal derecho con la noción de autonomía o capacidad progresiva del menor en función de su grado de madurez. Al respecto, según puntualiza **Mónica González Contró**, reconocer al niño la capacidad para formarse una opinión sobre los asuntos que le atañen no implica que se le dé la facultad para decidir por sí solo, pues podría ser objeto de manipulación por los padres. “Es en estos casos donde la falta de experiencia del niño puede afectar su percepción de la realidad, por lo que este derecho en particular debe atender a un delicado equilibrio entre el ejercicio de la autonomía reflejado en el deber de escucharle por parte de la autoridad y la protección que llevaría a tomar una decisión”.⁴⁶

El derecho a ser escuchado implica reconocer capacidad de elección al menor, en el entendido de que ni los padres ni el juez han de decidir por él, sino, conforme lo permita su desarrollo, han de dialogar con el niño para encontrar la mejor solución. Según apunta **Grosman**, con el reconocimiento de este derecho, el eje se desplaza hacia una instancia de diálogo, en la que la voz del niño se considera respecto al derecho cuya realización se hace efectiva mediante su mejor interés. El niño sabe que sus padres son responsables por él y que deben guiarlo; al mismo tiempo, éstos deben conocer que el paso de cada etapa evolutiva de aquél determina una mayor participación en la toma de decisión que lo involucra.⁴⁷

El derecho a ser escuchado se plantea cuando el menor intervenga en calidad de parte procesal como en la demanda de filiación, o cuando pueda verse alcanzado por el resultado del litigio, como en los juicios de divorcio o nulidad del matrimonio, en los cuales su intervención se torna mucho más sensible cuando se aprecie que existen intereses contrapuestos entre el niño y sus representantes, cuando se han dictado medidas cautelares por violencia familiar o se cuestione su custodia o el régimen de convivencias con el progenitor no conviviente u algún otro familiar. Cuando el niño muestre

⁴⁵ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/2002*, 28 de agosto de 2002, párrs 101-102.

⁴⁶ **Mónica González Contró**, “Los derechos fundamentales del niño en el contexto de la familia” en **Rosa María Álvarez de Lara** (coord), *Panorama internacional de derecho de familia. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006, pág 71.

⁴⁷ **Cecilia Grosman**, “Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las Relaciones de Familia”, *La Ley*, núm 1089, 1993, pág 48.

suficiente madurez, el derecho a ser escuchado se planteará no sólo como que se tome en cuenta su opinión, sino también puede interpretarse como una auténtica garantía de audiencia.

En la legislación, este derecho se reconoce especialmente en las decisiones sobre su guardia y custodia. En el ámbito del Distrito Federal, dentro del capítulo de las controversias del orden familiar, el *CPCDF* dispone en el art 941 bis que cuando a petición de parte interesada se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus padres, esto se decidirá en audiencia con la presencia de las partes, en la que el juez escuchará a los menores, quienes a su criterio podrán ser asistidos por el agente del Ministerio Público de la adscripción y por el asistente de menores correspondiente adscrito al Sistema Integral de la Familia del Distrito Federal (DIFDF). Quien tenga a los menores bajo su cuidado los presentará a la audiencia para tal fin.

El *CPCEM*, en la regulación de las controversias familiares, dispone en su art 5.35 que de existir menores, a petición de parte o de oficio, el juez tomará las providencias necesarias para que sin formalidad alguna expresen de manera libre su opinión en los asuntos que les afecten. A su vez, el art 5.16 establece que el interés superior de los menores y su derecho a ser escuchado son principios rectores que el juez debe tener siempre como consideración primordial en la tramitación y resolución del asunto sometido a su conocimiento.

Por lo que hace al *CPCENL*, este ordenamiento prevé que el juzgador sólo escuchará a los menores que tengan más de doce años, en el procedimiento de separación de cónyuges (art 170), separación cautelar por violencia familiar (art art 180 bis VII), custodia provisional (art 1076) y convivencia (art 1078).

El *CPCEG* señala en su art 408 que para decretar la custodia de un menor que se encuentre en poder de ambos progenitores o de uno de ellos, cuando los menores tengan catorce años o más, siempre serán citados a la audiencia para que, si lo desean, manifiesten las razones y su opinión de con quién de las personas que disputan su custodia prefieren vivir. Los menores que aún no hayan cumplido catorce años también podrán ser citados y escuchados a juicio del juez.

El mismo *CPCEG* prevé en el art 796 que dentro del procedimiento oral, en todos los asuntos en que se vean involucrados derechos de niños, niñas, adolescentes e incapaces, el juez —en función de la edad y madurez de éstos— deberá oírlos directamente en un entorno que propicie la manifestación libre y espontánea de sus opiniones.

El *CPFEH* señala en su art 227 que en todas las controversias en que estén inmersos intereses de menores, el juez deberá escucharlos y podrá contar con la presencia de los padres y el Consejo de Familia, a su criterio.

Es preciso distinguir que el niño no comparece en calidad de testigo, por lo cual su aportación no debe sujetarse a las formalidades que rigen para el desahogo de esa prueba. Más que someterlo a un interrogatorio formal, lo recomendable es que el juzgador le permita expresarse libremente y guiarlo con prudencia. Así lo estima la siguiente tesis aislada:

Menores, testimonio de los, en los juicios de controversia del orden familiar. Su recepción y desahogo no están sujetos a las formalidades que rigen la prueba testimonial, porque se trata de un elemento de convicción que debe ser apreciado libremente para decidir con base en el interés superior del niño. En los juicios de controversia del orden familiar en los que interviene un niño o niña no es prudente someterlo a responder un interrogatorio de prueba testimonial con las formalidades estrictas que dicha prueba requiere, pues precisamente por su corta edad no está en condiciones de expresar sus conocimientos en relación con las cuestiones debatidas, atendiendo al principio contenido en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, que establece que los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten; de manera que es necesario que su opinión sea escuchada libremente a fin de que el juzgador tenga bases para determinar si la convivencia del niño o niña con determinada persona puede lesionar su interés superior; de ahí que será el prudente arbitrio del director del proceso el que sirva de guía para establecer el mecanismo del interrogatorio y su contenido, para lograr que se cumpla cabalmente y de modo objetivo con la tutela especial del infante y el compromiso de dirimir la contienda relativa bajo el principio rector del interés superior del niño, pues las partes deben sujetar sus propios derechos procesales a la observancia de este alto principio, máxime que éste cobra mayor relevancia en el sentido de que no sería deseable someter al infante a una estructura formal o rígida de un interrogatorio que pudiera ocasionarle perturbación.

Tesis: II.3o.C.55 C, 9a época, TCC, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, tomo XVIII, julio de 2003, pág 1153.

El interés superior del niño también rige las decisiones que el juez puede tomar en los casos de separación de los padres, en los cuales puede rechazar o decidir en contra del acuerdo suscrito por los cónyuges cuando perjudique gravemente a uno de ellos o no proteja el interés del menor.

2.2.6 Especialización y cooperación interdisciplinaria

Aunque todavía se debata respecto a la autonomía legislativa del derecho procesal familiar, en lo relativo a la autonomía judicial hay consenso en que estos procedimientos deben conducirlos órganos especializados en la materia. En el ámbito del Distrito Federal, desde 1971 se crearon los juzgados de lo familiar en sustitución de los denominados juzgados pupilares. Su actual competencia se determina en el art 52 de la *Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (LOTSJDF)*.

La especialización se ha puntualizado y hoy se afirma que no basta con que los órganos judiciales se dediquen exclusivamente a los asuntos de familia, sino también se exige su adecuada capacitación en todo lo que implica solventar este tipo de controversias, en atención al contenido ético de éstas, desde el cual se vislumbra que no es posible decidir problemas humanos mediante la mera aplicación de fórmulas o leyes, sino se exige una sensible atención a las circunstancias del caso que valore la situación que sufren la familia y los menores.

De este modo, según la CIDH, la eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia ha de brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas. No basta con que se trate de organismos jurisdiccionales, sino es preciso que éstos cuenten con todos los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior del niño. Tampoco basta con disponer protecciones y garantías judiciales si los operadores del proceso carecen de capacitación suficiente sobre lo que supone el interés superior del niño y, consecuentemente, sobre la protección efectiva de sus derechos.⁴⁸

Lo anterior incide directamente en la efectividad que de automático se asocia hoy en día a los principios de oralidad e inmediación, según se estudiará en la siguiente unidad. Se tiende a establecer una *mejor* estructura formal del proceso que posibilite la interacción directa entre el juez y las partes, pero de nada sirve que el juez conozca directamente a las partes si no tiene la capacitación técnica mínima para que ese conocimiento y contacto directo rinda frutos. La mejor solución apunta no a convertir al juez en psicólogo, consejero emocional o trabajador social, sino a promover la formación de equipos interdisciplinarios en los juzgados de familia, con los cuales pueda acompañarse el juzgador en las valoraciones que le permitan

⁴⁸ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica...*, ob cit, párrs 78-79.

dictar la mejor solución jurídica a los problemas, la cual es finalmente la función que le corresponde.

Según opina **Kielmanovich**:

El conflicto de familia normalmente involucra no sólo a sus protagonistas inmediatos, sino también a los integrantes del grupo familiar conviviente y en particular a los hijos menores, en una intensidad que normalmente supera el daño o beneficio patrimonial que puede derivarse del mismo y se extiende al personal, en forma, además, muchas veces irreversible. Por esta razón y para dotar al juez de los elementos necesarios para resolver con mayor justicia el caso, se establece la cooperación interdisciplinaria para solucionar o prevenir el agravamiento o la extensión del entuerto, mediante la intervención de asistentes sociales, psicólogos, etc., adscritos al tribunal o designados de oficio o a petición de parte y para decidir con solvencia las peticiones formuladas en procesos extracontenciosos.⁴⁹

Se habla así del abordaje interdisciplinario, el cual parte de considerar que el abordaje exclusivamente legal del conflicto es insuficiente porque en el proceso de familia cobra mayor relevancia saber cómo deben enfrentarse los conflictos familiares y no sólo cuál es la respuesta legal al caso. Se plantea la especialización de los órganos judiciales mediante su respaldo en especialistas de las distintas materias científicas relacionadas con los problemas familiares: psicólogos, médicos, pedagogos, trabajadores sociales y antropólogos deben sumar esfuerzos en la labor jurisdiccional.⁵⁰

Como señala **Berizonce**, la temática familiar no se agota en lo jurídico, sino que en ésta confluyen aspectos propios de la personalidad de las partes y de los componentes del núcleo parental, necesitados de enfoques diversos, desde perspectivas interdisciplinarias que suponen el laboreo en equipo, para el auxilio de la labor jurisdiccional, como también para el encausamiento de conflictos, conductas y actitudes, siempre bajo supervisión del juez. Este apoyo se recibe así desde la psicología, la psiquiatría, el trabajo social y la psicopedagogía, entre otros.⁵¹

La tendencia legislativa, según se comentó con anterioridad, es el decreto oficioso de la práctica de pruebas periciales en materia de trabajo social y de psicología familiar, en particular antes de que el juez decida sobre la guarda y custodia del menor y el régimen de convivencias. Se prevé así la participación del equipo interdisciplinario como peritos.

⁴⁹ Jorge L. Kielmanovich, *Derecho...*, ob cit, pág 29.

⁵⁰ Amplias ideas en ese sentido las vierte **Gabriel Moreno Sánchez**, ob cit, págs 143-160.

⁵¹ **Roberto O. Berizonce**, *Derecho procesal civil actual*, Librería Editora Platense, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, pág 549.

En la mayoría de las entidades se prevé esta participación de los peritos psicólogos no adscritos a los tribunales. Se ha propuesto que dichos equipos darían mejor resultado si los profesionales en psicología y demás disciplinas se integraran al personal de los poderes judiciales. En este sentido, **Kuljacha Lerma** y **Andrade Favela** manifiestan:

La adscripción de psicólogos como servidores públicos en los tribunales contribuirá a la agilización de las diligencias en las que pueden participar por cuestiones de su perfil profesional y auxiliará con ello a los funcionarios judiciales que tienen la obligación de llevar a cabo el proceso, lo que necesariamente debe disminuir las cargas de trabajo que se presentan en los juzgados, atacando eficazmente el rezago que en materia de impartición de justicia existe en la actualidad, independientemente de que ésta elevaría su calidad y se brindaría un servicio especializado más humanizado.⁵²

Un esquema así rige en otras naciones, como Argentina, donde los tribunales del fuero de familia de la Provincia de Buenos Aires cuentan como personal adscrito con dos consejeros de familia, que son abogados y un cuerpo técnico auxiliar que asiste interdisciplinariamente y colabora con los jueces y los consejeros de familias en las tareas y funciones que éstos les asignen, integrado por un médico psiquiatra, un psicólogo y tres asistentes sociales. Con este equipo interdisciplinario, según refiere **Frega**, el abordaje interdisciplinario es como el funcionamiento de una orquesta musical: cada músico es un especialista pero todos ejecutan una partitura común, la partitura es el problema familiar, la demanda social, y cada uno de los miembros del equipo de trabajo la aborda desde su instrumento. Esto, con actitudes cooperativas, flexibilidad, cooperación recurrente y reciprocidad.⁵³

En algunas entidades de la República se han establecido órganos interdisciplinarios como parte de la estructura del Poder Judicial local. Por ejemplo, en el Distrito Federal se ha creado el Centro de Convivencia Familiar Supervisada, órgano del Tribunal Superior de Justicia con autonomía técnica y operativa, que tiene por objeto facilitar la convivencia paterno-filial en aquellos casos que, a juicio de los titulares de los juzgados y salas de lo familiar, ésta no puede realizarse de manera libre o se ponga en riesgo el interés superior del menor. Dicho órgano estará integrado por el cuerpo de

⁵² **Elsa Amalia Kuljacha Lerma** 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 **Rosa María Álvarez de Lara** (coord), ob cit, págs 98-99.

⁵³ *Cf.* **Gerardo Frega** y **Osvaldo Fernández Santos**, *Procedimiento judicial en el fuero de familia*, La Rocca, Buenos Aires, 2004, págs 55 y siguientes.

trabajadores sociales y psicólogos necesarios para el cumplimiento de sus funciones (art 169, *LOTSJDF*).

En Hidalgo se ha creado la institución del Consejo de Familia, regulada en la *LFEH*. Según este ordenamiento, el consejo actuará como auxiliar de la administración de justicia y el juez familiar escuchará la opinión de este Consejo de Familia cuando esto sea procedente (arts 358 y 359). Estarán integrados cuando menos por un licenciado en derecho, un psicólogo o profesor, un médico general y un trabajador social (art 360). Entre sus funciones se señalan: velar que los tutores cumplan con sus deberes, especialmente en la educación de los menores, dando aviso al juez familiar de sus fallas; vigilar el ejercicio de la tutela; dar cuenta al juez familiar cuando los titulares de la patria potestad no cumplan con sus obligaciones, y organizar conferencias de orientación en materia familiar (art 361). Se le otorga personalidad jurídica de mandatario judicial del acreedor alimentario, en aquellos casos en que un cónyuge abandone a otro y a sus hijos sin recursos económicos para satisfacer sus necesidades (art 362).

Además, el *CPFEH* prevé la intervención de este Consejo de Familia en todos los asuntos relativos a las cuestiones familiares (art 225).

2.2.7 Contenido ético del proceso familiar

En diversos apartados se ha señalado la importancia de la familia como célula de la sociedad, como ámbito primigenio de la socialización humana y espacio natural para el libre desarrollo de la personalidad de sus miembros. En virtud de su relevancia merece la protección jurídica que dispone el mandato constitucional, ya que auténticamente del bienestar de las familias depende el bienestar del conglomerado social.

Es evidente que todo grupo familiar está sujeto a los vaivenes y conflictos de intereses que caracterizan a toda convivencia entre seres humanos, que pueden ser de mayores o menores dimensiones, pero que sin duda están presentes en todas partes. La noticia del mundo social revela que las familias perfectas, libres de controversias entre sus miembros, no existen más que en la fantasía. Así, vemos que:

Muchas veces la realidad se aleja de aquella imagen estereotipada, feliz, rosada y armónica que de la familia, la socialización, nuestra cultura y los medios de comunicación nos ofrecen. Esta otra realidad de la familia, el lado oscuro, poco atractivo, pero no menos real, entraña conflictos, hostilidades, desencuentros, que conducen por un lado a situaciones traumáticas, algunas llegan-

do a extremos rechazables, muy peligrosos para algunos de los protagonistas y componentes de la familia, como los abusos, los malos tratos y la violencia doméstica.⁵⁴

Cada núcleo familiar, en mayor o menor medida, puede entrañar conflictos y desavenencias. Cuando son leves, cabe esperar que los integrantes de la familia estén capacitados para solventarlos. En el extremo, cuando los miembros no pueden atenderlos y se ha llegado a situaciones que comprometen el goce de los derechos de las personas, su libre desarrollo, o de otro tipo que puedan incidir negativamente en la formación y desarrollo de los menores, resulta necesaria y justificable la intervención del Estado por medio del órgano jurisdiccional.

Así, para el derecho procesal familiar cobra todo sentido la observación que refiere **Lasarte**: “Donde hay familia no tiene cabida el derecho y su correlato de que la aplicación del derecho supone la desaparición de la familia”.⁵⁵ Donde hay familia, esto es, donde subsisten los vínculos afectivos, de solidaridad y apoyo mutuo que llevan a las personas a unirse para compartir la vida con todos los altibajos que ésta presenta, la ley y los jueces no son necesarios. Cuando se han roto esos vínculos, la familia ya no existe humanamente o está en crisis, es necesaria la intervención del derecho para que con los procedimientos correspondientes se consiga, si no restablecer la concordia familiar, sí garantizar principios superiores como el interés de los menores y el cumplimiento de los deberes previstos en la norma.

En este trasfondo se ubica el contenido ético del derecho procesal familiar. Los conflictos familiares, antes de ser jurídicos, son conflictos humanos que conllevan pasiones e inciden en la vida íntima de las personas. En consecuencia, una vez desatado un conflicto en el seno de la familia, la intervención jurisdiccional debe perseguir el propósito no sólo de dar una solución jurídica al conflicto, sino también de darle la *mejor* solución. Esto debe ser en el entendido de que la restauración de la familia no puede imponerse con base en obligaciones legales, ni valen las ataduras artificiales para lazos que estén quebrantados humanamente, pero sí toca al derecho evitar que en el desenlace se cause violencia o más sufrimiento. En esto, **Bertoldi** y

⁵⁴ **Jacinto M. Porro Gutiérrez**, “La familia desde una perspectiva psicológica” en **Ramón Ruiz Rodríguez** y **José Ignacio Navarro Guzmán** (coords), *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Tirant lo Blanch, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Valencia, 2004, pág 521.

⁵⁵ **Carlos Lasarte**, *Principios de derecho civil*, tomo VI, *Derecho de familia*, 5a ed, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág 14.

Ferreyra señalan que el derecho de familia también tiene como objetivo encontrar una solución pacífica a los conflictos familiares; es el instrumento que ha de procurar destrabar el conflicto familiar y en ese cometido debe agotar todas las posibilidades que el derecho brinda y recurrir a soluciones acordes con la sensibilidad y el sentido común.⁵⁶

Las normas procesales en materia familiar deben recoger ese propósito de algún modo restaurador de la vida familiar y los órganos jurisdiccionales han de orientarse por esos fines éticos al intervenir. Esto es, en todo punto deben sujetarse al cumplimiento de la norma, pero en el entendido de que la norma procesal familiar no sólo busca terminar con la contienda señalando al ganador y al vencedor, sino también persigue como función última pacificar los conflictos familiares. Según señalan **Bertoldi** y **Ferreyra**, los tribunales familiares cumplen una función jurisdiccional diversa, una función docente que concierne a su labor y no escapa a la propiamente jurisdiccional sino que la complementa.⁵⁷

A mayor abundamiento, **Berizonce** explica que las controversias familiares son conflictos típicos de “coexistencialidad”, pues abarcan una amplia gama de relaciones que reconocen su centro de gravedad en un vínculo inicial como el matrimonio o el parentesco; al encerrar situaciones y entuertos que escapan a lo estrictamente jurídico, la solución no puede agotarse en la sanción a las “culpas” pretéritas de los contendientes, en un *trancher* que erija a uno en vencedor, sino que debe tender a *remediar la situación de fractura o de tensión*, apuntando al futuro, a la mejor preservación de los intereses de los “legitimados” secundarios como los hijos menores o incapaces.⁵⁸

En la ciencia social contemporánea, según reseña **Susan Turner**, se ha desarrollado una epistemología sistémica que ve en la familia un conjunto de sistemas yuxtapuestos: sistema conyugal, parental y filial. Ante un quiebre matrimonial, no cabe duda que el sistema conyugal o marital se desintegra, pero el parental (marido y mujer en sus respectivos roles de padre y madre) se mantiene intacto. En este entendido, la intervención del órgano jurisdiccional será determinante para favorecer o, por el contrario, entorpecer la subsistencia del sistema parental. Esta concepción sistémica constituye una perspectiva diferente para plantear la respuesta jurídica a la ruptura matrimonial y sus consecuencias, como la guarda, custodia y alimentos.⁵⁹

⁵⁶ **María Virginia Bertoldi de Fourcade** y **Angelina Ferreyra de la Rúa**, ob cit, pág 1.

⁵⁷ Ídem.

⁵⁸ *Cfr* **Roberto O. Berizonce**, ob cit, págs 543-545.

⁵⁹ *Cfr* **Susan Turner Saelzer**, “Los tribunales de familia”, *Ius et Praxis*, vol 8, núm 2, Universidad de Talca, Chile, 2002, págs 413-443.

Según sigue **Turner**, desde esta concepción sistémica, ninguna solución a un conflicto tendría que implicar la defensa de los derechos de uno y al mismo tiempo el atentado a los intereses de todos los integrantes de la familia. Al abandonar el esquema de culpables y víctimas, considerando que las responsabilidades se comparten necesariamente, se revaloriza el acuerdo y se relega a un plano secundario el litigio. Esta concepción sistémica moderna nos aleja de la terrible sensación de que cuando las personas “ganan” un juicio de familia, se ha perdido definitivamente la posibilidad de llegar a una solución satisfactoria de sus problemas.⁶⁰

Dicho contenido ético del derecho procesal familiar no sólo debe servir como orientación de la actividad del juzgador, sino también verse reflejado en la actividad de las partes procesales. En esto, **Carina Gómez Fröde** habla de la *lealtad* como un principio procesal familiar según el cual las partes deben considerar el proceso como un medio para solucionar los litigios familiares, y no como un medio para hacer valer pretensiones ilegales. Es un principio ético que las partes deberán apegarse a la verdad y abstenerse de utilizar las “chicanas”, prácticas dilatorias y entorpecedoras.⁶¹ Otra doctrina habla en este rubro del *principio de moralidad*, como el deber que tienen los participantes en el proceso de ser veraces, de actuar sin malicia y sin mala fe, en el entendido de que las actitudes deshonestas, el logro del fin de ganar el juicio a cualquier costa, pueden acarrear responsabilidades cuando implican infringir la ley.

Sin duda, esta apelación a la ética de los contendientes y de sus abogados resulta indispensable; compartimos plenamente la censura a las nocivas chicanas, prácticas cuya generalización, además de obstaculizar el trabajo judicial, han contribuido al descrédito y mala imagen ante la sociedad de la profesión del litigante. En el proceso familiar, los abogados de las partes han de asumir que son defensores no sólo de la causa, sino también de la persona y enfrentar el problema desde el punto de vista de la comunidad familiar en crisis.

2.3 Proceso familiar

El proceso familiar, según **Carina Gómez Fröde**, se define como “el conjunto complejo de actos de las partes interesadas, del órgano jurisdiccional y

⁶⁰ Ídem.

⁶¹ Cfr **Carina Gómez Fröde**, *Derecho procesal...*, ob cit, pág 18.

de los terceros ajenos a la relación sustancial, encaminados a la aplicación de una ley general, jurisprudencia o principios generales del derecho en materia familiar a un litigio concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo”.⁶²

La apertura de un proceso familiar requiere el ejercicio de la acción respectiva. Las acciones del estado civil —situación de las personas físicas determinada por sus relaciones familiares— o del estado de familia en otra doctrina son aquellas que procuran la declaración, constitución, modificación o extinción de dicho estado. Otras acciones familiares tienden a hacer efectivos los derechos que derivan del estado que se ostenta.

Las acciones *constitutivas* son aquellas que parten del presupuesto de la inexistencia del título de estado y pretenden constituirlo, por ejemplo: la acción de reconocimiento de paternidad o de adopción. Las *modificativas* son aquellas que presuponen la existencia de un estado y lo modifican, como la acción de separación personal. Las *extintivas* concluyen una situación familiar, como la acción de divorcio, la nulidad de matrimonio o el desconocimiento de la paternidad. Otras nacen como consecuencia de determinada situación familiar, como la acción de alimentos entre cónyuges, que tiende a hacer efectivos determinados derechos que resultan del estado que se ostenta.⁶³

La determinación del alcance de los efectos de una sentencia en los procesos del estado de familia se ha debatido ampliamente en la doctrina, sin acuerdo sobre si el efecto de la cosa juzgada sólo opera para las partes intervinientes en el proceso, o si sus efectos alcanzan a terceros que no participaron en el proceso, es decir, si tiene efectos *inter partes* o *erga omnes*. La solución más aceptada suele determinar los efectos en atención al contenido de la sentencia. La que rechaza una acción de estado produce efectos entre las partes que intervinieron y no impide que otros legitimados puedan entablar la acción con posterioridad. La que hace lugar a una acción de emplazamiento de estado (constitución) constituye un título de estado de familia, el cual es oponible *erga omnes*. La que hace lugar a una acción de desplazamiento (extinción) destruye un título de estado y tiene efectos *erga omnes*.⁶⁴

⁶² Ibidem, pág. 2.

⁶³ Cfr. Abel Fleitas Ortiz de Rozas y Eduardo G. Roveda, *Manual de derecho de familia*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2004, págs. 24-25.

⁶⁴ Cfr. Marcos M. Córdoba et al., *Derecho de familia. Parte general*, La Ley, Buenos Aires, 2004, págs. 96-97.

2.3.1 Procedimientos familiares en la legislación de la República

La legislación procesal en materia familiar en la República se caracteriza por la falta de reglas únicas. En atención al federalismo legislativo, cada entidad ha dispuesto su propio modelo de regulación para el proceso familiar y a su vez contempla reglas diversas para cada uno de los procedimientos de orden familiar, como los siguientes: cuestiones relativas al nacimiento, defunción, matrimonio o nulidad de éste, concubinato, filiación, reconocimiento, emancipación, tutela, adopción, posesión de estado, divorcio, ausencia, presunción de muerte, patria potestad, alimentos, interdicción, providencias cautelares, patrimonio familiar, autorización judicial para gravar o enajenar bienes de incapacitados, o atacar el contenido de las constancias del Registro Civil para su nulificación, convalidación, reposición o rectificación.

La doctrina ha propuesto un criterio de sistematización de la legislación procesal de las entidades, para lo cual ha reunido los distintos códigos en tipos o familias: *a)* familia del código de procedimientos civiles de 1932; *b)* familia de códigos de **Adolfo Maldonado**: códigos de procedimientos civiles federal y del estado de Guanajuato; *c)* familia derivada del proyecto de 1948 para el Distrito Federal: códigos de procedimientos civiles de los estados de Sonora y Zacatecas; *d)* familia de códigos de **Fernando Flores García**: códigos de procedimientos civiles de Morelos y Coahuila; *e)* familia de códigos de **José Ovalle Favela**: códigos de procedimientos civiles de Guerrero y Tabasco; *f)* familia de códigos de **Gustavo Cajica**: códigos de procedimientos civiles de Puebla y Tlaxcala, y *g)* entidades con códigos de procedimientos para la materia familiar: Hidalgo, Zacatecas, Morelos, Michoacán, Sonora y San Luis Potosí.⁶⁵

Respecto a las cinco legislaciones procesales que se han comentado en este trabajo: *CPCDF* (1932), *CPCEM* (2002), *CPCEG* (1934), *CPCENL* (1973) y *CPFEH* (2007), la regulación de los procedimientos en materia familiar es el siguiente:

1. El *CPFEH* vigente sustituyó al ordenamiento de 1986, primer código de procedimientos familiares de la República. En su título cuarto se establecen dos procedimientos: juicio oral y juicio escrito. En el juicio oral se tramitan: diferencias acerca de la obligación de los cónyuges de cohabitar en el mismo domicilio, educación de los hijos, y la administración del patrimonio de

⁶⁵ Cfr. **Alberto Saíd**, *Los alegatos*, Oxford University Press, México, 2004, pág xii; **Carina Gómez Fröde**, *Derecho procesal...*, ob cit, págs 135 y sigts; **José Ovalle Favela**, ob cit, págs 25 y siguientes.

la sociedad conyugal; las autorizaciones necesarias para contratar entre sí los cónyuges; la tramitación de pensión alimenticia, y la solicitud de autorización de menores para contraer matrimonio. Las demás controversias se tramitan por el juicio escrito.

El título octavo, de los juicios sobre cuestiones matrimoniales, establece reglas específicas para la nulidad de matrimonio, alimentos, y controversias de paternidad, filiación y patria potestad, asuntos que se tramitan por la vía escrita.

El título noveno, dedicado a los procedimientos familiares especiales, regula los procedimientos de divorcio voluntario; adopción; incapacidad, interdicción e inhabilitación; autorización judicial para enajenar o gravar bienes de menores o incapacitados; nulificación, reposición, convalidación, rectificación y testadura de las actas del Registro del estado familiar; declaración de ausencia y presunción de muerte, y los procedimientos no contenciosos.

2. En el *CPCEM*, las controversias con motivo de alimentos, guarda y custodia, convivencia, régimen patrimonial, patria potestad, parentesco, paternidad, nulidades relativas a esta materia y las demás relacionadas con el derecho familiar, así como las referentes al estado civil de las personas, se tramitan según las reglas previstas en el libro quinto, de las controversias sobre el estado civil de las personas y del derecho familiar, en un procedimiento oral.

Para el divorcio por mutuo consentimiento, el divorcio incausado, el nombramiento de tutores y curadores, los procedimientos de violencia familiar y la restitución internacional de menores, se establecen procedimientos especiales en el título sexto del libro segundo.

La autorización para vender, gravar bienes y transigir derechos de menores o sujetos a interdicción, así como la adopción se tramitan como procedimientos no contenciosos en el libro tercero.

3. El libro quinto del *CPCENL*, de los asuntos del orden familiar, establece los principios generales que regirán para estas controversias, así como un procedimiento abreviado para las solicitudes o demandas de rectificación o modificación de actas del estado civil. El juicio especial sobre pérdida de la patria potestad se regula en el título segundo del libro segundo. A su vez, en el libro cuarto, de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, se regula el procedimiento del nombramiento de tutores y curadores y discernimiento de estos cargos.

Las controversias que se susciten con motivo de alimentos, y convivencia y posesión interina de menores; las solicitudes de divorcio por mutuo

consentimiento; la enajenación de bienes de menores o incapacitados y transacción acerca de sus derechos, adopción, y las acciones de divorcio, se tramitarán según el procedimiento oral establecido en el libro séptimo.

4. En el *CPCEG*, por reforma del 27 de diciembre de 2011, los diversos procedimientos familiares que se regulaban en los libros (tercero, procedimientos especiales; cuarto, jurisdicción voluntaria; y quinto, procedimiento sumario) se concentraron en el nuevo libro sexto de los juicios orales, que muestra gran orden y sistematización. Al respecto establece dos procedimientos orales: ordinario y especial. El procedimiento oral ordinario rige para las controversias de nulidad de matrimonio; guarda, custodia y convivencia de niños, niñas y adolescentes; acciones de divorcio necesario; alimentos; reconocimiento, desconocimiento y contradicción de paternidad, así como la posesión del estado de hijo, y pérdida y suspensión de la patria potestad. El procedimiento oral especial se aplica para divorcio por mutuo consentimiento; enajenación y transacción de derechos patrimoniales de niños, niñas, adolescentes, incapaces y ausentes; adopción, y restitución internacional de menores.

5. En el caso del *CPCDF*, el título séptimo, de los juicios especiales, establece los procedimientos de la pérdida de la patria potestad de menores acogidos por una institución pública o privada de asistencia social, y juicio especial de levantamiento de acta por reasignación para la concordancia sexo-genérica. El título decimoquinto, de la jurisdicción voluntaria, regula los procedimientos de nombramiento de tutores y curadores y discernimiento de estos cargos, enajenación de bienes de menores o incapacitados, transacción acerca de sus derechos y la adopción.

En el título decimosexto, de las controversias del orden familiar, se establecen los principios generales que regirán para la materia, así como un procedimiento simplificado para cuestiones de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre cónyuges sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de padres y tutores y cuestiones familiares análogas que reclamen intervención judicial.

Las acciones del estado civil se tramitan en el juicio ordinario. Cabe señalar que las reglas procesales no sólo están en la legislación adjetiva, sino también el código sustantivo prevé reglas procesales para diversas cuestiones, como divorcio, nulidad de matrimonio, adopción y alimentos.

Es oportuno señalar que el párr cuarto del art 969 del *CPCDF* dispone que la sustanciación de las controversias relativas a la materia familiar está explícitamente excluida del esquema de juicio oral civil (modelo incluido en

el título decimoséptimo por la reforma publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 10 de septiembre de 2009, que entró en vigor el 1 de enero de 2013).⁶⁶

Visto lo anterior, procede afirmar que de las cinco entidades, la legislación del Distrito Federal es la que adolece de mayor dispersión en las disposiciones relativas al procedimiento familiar. Esta dispersión afecta la práctica procesal. Según diagnostica **Gómez Fröde**: “Existe un total desorden legislativo, una grave falta de sistematización. Las normas procesales en materia familiar (...) son desordenadas, vagas, imprecisas e incompletas; por tanto, no hay armonía y ello provoca una inseguridad jurídica y escasa funcionalidad”.⁶⁷

El juicio oral para los asuntos familiares previsto en los códigos de Guanajuato, Estado de México y Nuevo León se estudiará con mayor detenimiento en la siguiente unidad. A continuación se reseñan algunos de los principales procedimientos familiares previstos en la legislación del Distrito Federal.

2.3.2 Procedimientos familiares en el Distrito Federal

La competencia de los juzgados familiares se establece en el art 52 de la *LOTSJDF* en ocho fracciones. Los asuntos de los que conocerán son: I. De los procedimientos de jurisdicción voluntaria, relacionados con el derecho familiar; II. De los juicios contenciosos relativos al matrimonio a su ilicitud o nulidad; de divorcio, que se refieren al régimen de bienes en el matrimonio; que tengan por objeto modificaciones o rectificaciones de las actas del Registro Civil; que afecten al parentesco, los alimentos, la paternidad y la filiación; que tengan por objeto cuestiones derivadas de la patria potestad, estado de interdicción y tutela y las cuestiones de ausencia y presunción de muerte, y que se refieran a cualquier cuestión relacionada con el patrimonio de familia, con su constitución, disminución, extinción o afectación en cualquier forma; III. De los juicios sucesorios; IV. De los asuntos judiciales concernientes a otras acciones relativas al estado civil, a la capacidad de las personas y a las derivadas del parentesco; V. De las diligencias de consignación en todo lo relativo a la materia familiar; VI. De la diligenciación de los exhortos, suplicatorias, requisitorias y despachos, relacionados con el orden

⁶⁶ Acerca de los pormenores de este juicio oral civil véase **Eduardo López Betancourt y Elías Polanco Braga**, *Juicios orales en materia civil*, Iure Editores, México, 2011.

⁶⁷ **Carina Gómez Fröde**, “Los juicios orales...”, ob cit, pág 33.

familiar; VII. De las cuestiones relativas a los asuntos que afecten en sus derechos de persona a los menores e incapacitados, y VIII. En general, todas las cuestiones familiares que reclamen la intervención judicial.

Para cada uno de esos asuntos se prevé un procedimiento específico, según se verá a continuación.

2.3.2.1 Juicio ordinario

Se tramitan por esta vía las acciones del estado civil que no tengan regulado un procedimiento específico. En términos del art 24 del *CPCDF*, las acciones del estado civil tienen por objeto las cuestiones relativas al nacimiento, defunción, matrimonio o nulidad de éste, filiación, reconocimiento, emancipación, tutela, adopción, divorcio y ausencia, o atacar el contenido de las constancias del Registro Civil para que se anulen o rectifiquen.

Para el estudio del juicio ordinario civil se remite al lector a los manuales de la materia. En este punto se comentarán algunas reglas procesales específicas establecidas para asuntos familiares, en el entendido de que para lo no señalado rigen las normas del juicio ordinario.

2.3.2.1.1 Nulidad de matrimonio. Causas de nulidad y acciones

Las causas de nulidad de un matrimonio se enumeran en el art 235 del *CCDF*. En cada una de ellas tienen acción para iniciar el procedimiento de nulidad distintas personas.

La primera causa de nulidad es el error acerca de la persona con quien se contrae, cuando un cónyuge celebra por equivocación matrimonio no con una persona determinada, sino con otra. La acción de nulidad que nace del error, según el art 236, sólo puede deducirla el cónyuge engañado; pero si éste no denuncia el error dentro de los treinta días siguientes a que lo advierte, se tendrá por ratificado el consentimiento y quedará subsistente el matrimonio, a no ser que exista algún otro impedimento que lo anule.

También es causa de nulidad que al contraer el matrimonio hayan concurrido algunos de los impedimentos enumerados en el art 156 del *CCDF*, siempre que no haya sido dispensado cuando así proceda. Entre éstos se señalan la falta de edad requerida por la ley; la falta de consentimiento de quien o quienes ejerzan la patria potestad, el tutor o el juez de lo familiar en sus respectivos casos, y el parentesco de consanguinidad sin limitación de grado en línea recta ascendiente o descendiente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende hasta los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y

sobrinos, siempre que estén en tercer grado y no hayan obtenido dispensa. Dicho impedimento se aplica también al parentesco por afinidad en línea recta, sin limitación alguna.

Asimismo, son causas de nulidad el adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado; el atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre; la violencia física o moral para la celebración del matrimonio; la impotencia incurable para la cópula; padecer una enfermedad crónica e incurable, que sea además contagiosa o hereditaria; padecer incapacidad para gobernarse y expresar su voluntad; el matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer, y el parentesco civil extendido hasta los descendientes del adoptado.

El matrimonio de una persona menor de edad dejará de ser causa de nulidad cuando la persona menor hubiere llegado a los dieciocho años y ni ésta ni su cónyuge hubieren intentado la nulidad (art 237, CCDF).

La nulidad por falta de consentimiento de los que ejercen la patria potestad sólo podrá alegarse por aquel o aquellos a quienes tocaba prestar dicho consentimiento y dentro de treinta días contados desde que tengan conocimiento del matrimonio (art 238, CCDF).

La nulidad por falta de consentimiento del tutor o del juez podrá pedirse dentro del término de treinta días por cualquiera de los cónyuges o por el tutor; pero dicha causa de nulidad cesará si antes de presentarse demanda en forma sobre ella se obtiene la ratificación del tutor o la autorización judicial, confirmando el matrimonio (art 240, CCDF).

La acción que nace de la nulidad por parentesco consanguíneo y la de de afinidad en línea recta pueden ejercitarse por cualquiera de los cónyuges, por sus ascendientes o por el Ministerio Público (art 242, CCDF).

La acción de nulidad que nace del adulterio podrá deducirse por el cónyuge ofendido o por el Ministerio Público, en el caso de disolución del matrimonio anterior por causa de divorcio, y sólo por el Ministerio Público si este matrimonio se ha disuelto por muerte del cónyuge ofendido. En uno y otro casos, la acción debe intentarse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio de los adúlteros (art 243, CCDF).

La acción de nulidad proveniente del atentado contra la vida de alguno de los cónyuges para casarse con el que quede libre puede ser deducida por los hijos del cónyuge víctima del atentado o por el Ministerio Público, dentro del término de seis meses, contados desde que tuvieron conocimiento del nuevo matrimonio (art 244, CCDF).

La acción que nace de la causa de nulidad de violencia física y moral sólo puede deducirse por el cónyuge agraviado, dentro de sesenta días contados desde la fecha en que cesó la violencia (art 245, *CCDF*).

La acción de nulidad que se funde en las causas de impotencia incurable o padecimiento de una enfermedad crónica, contagiosa o hereditaria sólo puede ejercitarse por los cónyuges dentro de los sesenta días siguientes, contados desde que se celebró el matrimonio (art 246, *CCDF*).

Tienen derecho a pedir la nulidad por incapacidad de la persona para gobernarse y expresar su voluntad el otro cónyuge, el tutor del interdicto, el curador, el Consejo Local de Tutelas o el Ministerio Público (art 247, *CCDF*).

La acción que nace de la existencia de un vínculo de un matrimonio anterior puede deducirse por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos o herederos, y por los cónyuges que contrajeron el segundo. Si no la deduce ninguna de las personas mencionadas, la deducirá el Ministerio Público (art 248, *CCDF*).

Según el mencionado art 267, también es causa de nulidad que el matrimonio se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los arts 97, 98, 100, 102 y 103 del *CCDF*, disposiciones referidas a las formalidades que deben cumplirse ante y por el oficial del Registro Civil para la celebración del matrimonio y para la expedición del acta respectiva.

La nulidad que se funde en dicha falta de formalidades esenciales para la validez del matrimonio puede alegarse por los cónyuges y por cualquiera que tenga interés en probar que no hay matrimonio. También podrá declararse esa nulidad a instancia del Ministerio Público (art 249, *CCDF*).

2.3.2.1.2 Divorcio

2.3.2.1.2.1 Inicio del procedimiento

En la legislación del Distrito Federal no hay divorcio necesario, sino incausado, ya sea unilateral o con mutuo consentimiento. De acuerdo con el art 255 fracc X del *CPCDF*, en la demanda que dé inicio al procedimiento judicial, el promovente deberá incluir la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, debiendo ofrecer todas las pruebas tendientes a acreditar la procedencia de dicha propuesta. Al no requerirse ya señalar una causa, no será necesario numerar o narrar los hechos, ni exponerlos.

En términos del art 267 del *CCDF*, dicho convenio deberá contener los siguientes requisitos: designación de la persona que tendrá la guarda y cus-

todia de los hijos menores o incapaces; las modalidades bajo las cuales el progenitor, que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos; el modo de atender las necesidades de los hijos y, en su caso, del cónyuge a quien deba darse alimentos, especificando la forma, lugar y fecha de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento.

Asimismo, el convenio deberá contener la designación del cónyuge al que corresponderá el uso del domicilio conyugal, en su caso, y del menaje; la manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, el avalúo y el proyecto de partición. En caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes deberá señalarse la compensación, que no podrá ser superior a 50 % del valor de los bienes que hubieren adquirido, a la cual tendrá derecho el cónyuge que durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a desempeñar el trabajo del hogar y, en su caso, a la cuidado de los hijos.

El juez resolverá en atención a las circunstancias especiales de cada caso. Según el art 271 del *CCDF*, estará obligado a suplir la deficiencia de las partes en el convenio propuesto. Se flexibilizan las formalidades al señalar que las limitaciones formales de la prueba que rigen en materia civil no deben aplicarse en los casos de divorcio respecto del convenio o los convenios propuestos.

2.3.2.1.2.2 Medidas provisionales

De acuerdo con el art 282 del *CCDF*, desde que se presente la solicitud de divorcio y sólo mientras dure el juicio se dictarán las medidas provisionales pertinentes. En los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas subsistirán hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de hijos o bienes, según corresponda. Las medidas provisionales podrán dictarse de oficio, incluidos la protección a las víctimas en casos de violencia familiar, así como el señalamiento y aseguramiento de la obligación alimentaria, principalmente.

Una vez que se conteste la solicitud de divorcio, el juez determinará, con audiencia de parte y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen

en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluidos los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, debiendo informar éste del lugar de su residencia. El juez dispondrá poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, así como éstos podrán compartir la guarda y custodia mediante convenio.

Si no hay acuerdo sobre la guarda y custodia, y la convivencia de las niñas y los niños con sus padres, en términos del art 941 bis del *CPCDF* se señalarán día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y la convivencia de los menores, la cual se efectuará dentro de los quince días siguientes. En la sesión en la que se escuche a los menores, a criterio del juez, podrán ser asistidos por el agente del Ministerio Público de la adscripción y por el asistente de menores correspondiente adscrito al *DIFDF*. El juez de lo familiar valorará cada uno de los elementos que tenga a su disposición, pudiendo incluir valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia, para determinar a quién de los progenitores corresponderá la custodia provisional de los hijos menores de edad.

De acuerdo con el art 282 del *CCDF*, los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

2.3.2.1.2.3 Resolución

En caso de que los cónyuges lleguen a un acuerdo respecto al convenio señalado y éste no contravenga ninguna disposición legal, o presentaren un convenio emanado del procedimiento de mediación a que se refiere la *Ley de Justicia Alternativa*, en uno u otro caso el juez lo aprobará de plano y decretará el divorcio mediante sentencia (art 287, *CCDF*).

En caso contrario, el juez decretará el divorcio dejando expedito el derecho de los cónyuges para que lo hagan valer por la vía incidental, exclusivamente en lo concerniente al convenio. El juez exhortará en la referida sentencia que, previo al inicio de la vía incidental, las partes acudan al procedimiento de mediación establecido en la *Ley de Justicia Alternativa* e intenten, por medio de dicho procedimiento, llegar a un acuerdo respecto al convenio señalado. En caso de que las partes, una vez recibida la premediación, no hubieren aceptado el procedimiento o habiéndolo iniciado

no fuera posible llegar a un acuerdo, podrán hacer valer sus derechos por la vía incidental. En caso de que las partes lleguen a un acuerdo por medio del procedimiento de mediación, lo harán del conocimiento del juez (art 287, *CCDF*).

En términos del art 283 del *CCDF*, la sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores de edad, para lo cual deberá contener las siguientes disposiciones: lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores.

Asimismo, son aplicables todas las medidas necesarias para proteger a los hijos de actos de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que lastime u obstaculice su desarrollo armónico y pleno, además de las medidas necesarias para garantizar la convivencia de los hijos con sus padres, la cual sólo deberá limitarse o suspenderse cuando exista riesgo para los menores.

El juez de lo familiar fijará también lo relativo a la división de los bienes y tomará las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o en relación con los hijos. Los ex cónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, al pago de alimentos a favor de los hijos.

La reconciliación de los cónyuges pone término al procedimiento de divorcio en cualquier estado en que se encuentre. Para tal efecto, los interesados deberán comunicar su reconciliación al juez de lo familiar (art 280, *CCDF*).

Respecto a la fijación de obligaciones alimentarias, el art 288 dispone que, luego del divorcio, el juez resolverá sobre el pago de alimentos a favor del cónyuge que teniendo la necesidad de recibirlos durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar, al cuidado de los hijos, esté imposibilitado para trabajar o carezca de bienes, con base en las siguientes circunstancias: edad y estado de salud de los cónyuges; calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo; duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia; colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge; medios económicos de uno y otro cónyuge, así como de sus necesidades, y las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor.

En la resolución se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. El derecho a los alimentos se extingue cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato o haya transcurrido un término igual a la duración del matrimonio.

2.3.2.2 Controversias del orden familiar

Según establece **Fix-Zamudio**, este juicio de carácter especial se estableció para resolver con mayor rapidez y eficacia los conflictos relativos a algunos aspectos esenciales del derecho de familia. Tiene como antecedentes el anteproyecto para el Distrito Federal de 1948, que inspiró a su vez a los códigos de procedimientos civiles de Sonora de 1949, Morelos de 1955 y Zacatecas de 1965. A su vez, el código de Sonora recogió con mayor amplitud el moderno esquema procesal en la materia al extender este procedimiento especial a prácticamente todos los conflictos y procedimientos referentes al derecho de familia y del estado civil, disponiendo la intervención en todas las controversias del Ministerio Público y estableciendo la facultad del juez de ordenar la recepción y desahogo de cualquier medio de convicción aun cuando las partes no lo ofrezcan.⁶⁸

El título decimosexto del *CPCDF* (adicionado en 1973) no regula todos los procedimientos derivados de una controversia familiar, sino sólo establece algunos principios generales mencionados, como el carácter de orden público de los problemas familiares (art 940) la intervención oficiosa de los jueces, así como la suplencia (art 941) y establece un procedimiento abreviado para la tramitación de cinco controversias: *a)* con motivo de alimentos; *b)* de calificación de impedimentos de matrimonio; *c)* diferencias que surjan entre cónyuges sobre administración de bienes comunes o educación de los hijos; *d)* oposición de padres y tutores, y *e)* todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial (art 942), sin que sea claro qué cuestiones se incluyen en el último rubro.

Este procedimiento abreviado se inclina hacia los principios de oralidad y de concentración. En seguida se estudia la regulación para el procedimiento en materia de alimentos.

2.3.2.2.1 Procedimiento de alimentos

2.3.2.2.1.1 Inicio del procedimiento

Según el art 315 del *CCDF*, la acción para pedir el aseguramiento de los alimentos corresponde al acreedor alimentario, a quien ejerza la patria potestad, al que tenga la guarda y custodia del menor, al tutor, a los hermanos, a los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, a la persona que tenga bajo su cuidado al acreedor alimentario y al Ministerio Público.

⁶⁸ Cfr **Héctor Fix-Zamudio**, “Juicio de controversias familiares”, *Diccionario jurídico mexicano*, tomo V, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1985, págs 225-228.

En términos del art 943 del *CPCDF*, podrá acudir al juez de lo familiar por escrito o por comparecencia personal, exponiendo de manera breve y concisa los hechos de que se trate. Las copias respectivas de la comparecencia y demás documentos se tomarán como pruebas, las cuales deberán relacionarse en forma pormenorizada con cada uno de los hechos narrados por el compareciente, así como los medios de prueba que presente. El juez hará saber al interesado que puede contar con el patrocinio de un defensor de oficio para conocer de su procedimiento.

Hecho lo anterior, se correrá traslado a la parte demandada, la cual deberá comparecer en la misma forma dentro del término de nueve días. En tales comparecencias, las partes deberán ofrecer las pruebas respectivas. Al ordenarse ese traslado, el juez señalará el día y la hora para la celebración de la audiencia respectiva.

Dicho art 943 dispone que cuando se trate de alimentos —ya sean provisionales o los que se deban por contrato, por testamento o por disposición de la ley— el juez fijará, a petición del acreedor, sin audiencia del deudor y mediante la información que estime necesaria, una pensión alimenticia provisional mientras se resuelve el juicio.

Las partes pueden acudir asesoradas por licenciados en derecho con cédula profesional. En caso de que una de las partes se encuentre asesorada y la otra no, se solicitarán de inmediato los servicios de un defensor de oficio, quien deberá acudir a enterarse del asunto en un término no mayor a tres días.

2.3.2.2.1.2 Audiencia

La audiencia se llevará a cabo dentro de los treinta días contados a partir del auto que ordene el traslado (art 947, *CPCDF*). Si por cualquier circunstancia la audiencia no puede celebrarse, ésta se verificará dentro de los ocho días siguientes (art 948). El art 945 autoriza que la audiencia se practique con o sin asistencia de las partes, lo cual puede resultar opuesto a los fines que persiguen la oralidad y la inmediación.

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

Para resolver el problema que se le plantee, el juez se cerciorará de la veracidad de los hechos y los evaluará personalmente o con auxilio de especialistas o de instituciones especializadas en la materia. Éstos presentarán el informe correspondiente en la audiencia y podrán ser interrogados tanto por el juez como por las partes (art 945).

El juez y las partes podrán interrogar a los testigos en relación con los hechos controvertidos y podrán hacerles todas las preguntas que juzguen procedentes (art 946).

Las partes deberán presentar a sus testigos y peritos. De manifestar bajo protesta de decir verdad no estar en aptitud de hacerlo, se impondrá al actuario del juzgado la obligación de citar a los primeros y de hacer saber su cargo a los segundos, a quienes citará para la audiencia respectiva en la que deberán rendir dictamen. Dicha citación se hará con apercibimiento de arresto hasta por treinta y seis horas de no comparecer el testigo o el perito sin causa justificada y al promovente de la prueba de imponerle una multa en caso de que el señalamiento de domicilio resultare inexacto o de comprobarse que se solicitó la prueba con el propósito de retardar el procedimiento, sin perjuicio de que se denuncie la falsedad resultante. En caso de que se ofrezca la prueba confesional, las partes deberán ser citadas con apercibimiento de ser declaradas confesas de las posiciones que se les articulen y sean calificadas de legales, al menos que acrediten justa causa para no asistir (art 948).

2.3.2.2.1.3 Resolución

Según el art 949 del *CPCDF*, la sentencia se pronunciará de manera breve y concisa en el momento de la audiencia, de ser así posible o dentro de los ocho días siguientes. Cabe decir que ese plazo rara vez se cumple en la práctica procesal.

2.3.2.3 Jurisdicción voluntaria

La jurisdicción voluntaria abarca todos los actos en que, por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez sin que exista un litigio de fondo entre partes. Se regula en el título decimoquinto del *CPCDF* y son de orden familiar los procedimientos relativos al nombramiento de tutores y curadores y discernimiento de estos cargos (capítulo II, arts 902 a 914 bis), así como a la enajenación de bienes de menores o incapacitados y transacción acerca de sus derechos (capítulo III, arts 915 a 922) y a la adopción (capítulo IV, arts 923 a 926). Veamos lo relativo a este último procedimiento.

2.3.2.3.1 Procedimiento de adopción

2.3.2.3.1.1 Requisitos

En el Distrito Federal, según se comentó en la primera unidad de este trabajo, sólo procede la adopción plena. Los artículos relativos a la adopción simple se derogaron del *CCDF* en el año 2000.

Los requisitos de fondo para que proceda la adopción se determinan en el *CCDF*. Básicamente, se refieren a particularidades de quien desea adoptar y del adoptado y previsiones para la relación entre ambos.

Las personas que pueden adoptar son: los cónyuges en forma conjunta que al menos tengan dos años de casados; los concubinos en forma conjunta que demuestren una convivencia ininterrumpida de al menos dos años; las personas físicas solteras mayores de 25 años; el tutor al pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración, y el cónyuge o concubino al hijo de su compañero que ejerza de manera individual la patria potestad y que demuestre una convivencia ininterrumpida de al menos dos años (art 391, *CCDF*).

Las personas que se pueden adoptar son: el niño o niña menores de 18 años en alguno de los siguientes casos: que carezca de persona que ejerza sobre ella la patria potestad; declarados judicialmente en situación de desamparo o bajo la tutela del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, cuyos padres o abuelos hayan sido sentenciados a la pérdida de la patria potestad, y cuyos padres o tutor o quienes ejerzan la patria potestad otorguen su consentimiento. Asimismo, el mayor de edad incapaz, y el mayor de edad con plena capacidad jurídica cuando a juicio del juez sea en beneficio del adoptante y de la persona adoptada (art 393, *CCDF*).

Los requisitos para la adopción son: que resulte benéfica para la persona que pretende adoptarse; que el adoptante tenga más de 25 años cumplidos al momento en que el juez emita la resolución que otorgue la adopción y tenga 17 años más que el adoptado; que el adoptante acredite contar con medios suficientes para proveer la subsistencia y educación del menor como hijo propio; que el solicitante de la adopción exponga de forma clara y sencilla las razones de su pretensión; que el solicitante de la adopción demuestre un modo de vida honesto, así como la capacidad moral y social para procurar una familia adecuada y estable al adoptado, y que ninguno de los adoptantes haya sido procesado o se encuentre pendiente de

proceso penal por delitos contra la familia, sexuales o contra la salud (art 397, *CCDF*).

En cuanto al debate público generado en los últimos años relacionado con la adopción de menores por parejas de personas del mismo sexo, es de interés citar la siguiente tesis jurisprudencial:

Interés superior del niño tratándose de la adopción por matrimonios entre personas del mismo sexo. La protección al interés superior de los niños y las niñas consagrada en el artículo 4o de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* es un principio que exige su cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles de gobierno y ámbitos competenciales y si bien es cierto que tratándose de la institución civil de la adopción los derechos de los menores sujetos a adopción se encuentran en posición prevalente frente al interés del adoptante o adoptantes, también lo es que ello no se traduce en que la orientación sexual de una persona o de una pareja lo degrade a considerarlo, por ese solo hecho, como nocivo para el desarrollo de un menor y, por ello, no permitirle adoptar. Cualquier argumento en esa dirección implicaría utilizar un razonamiento vedado por el artículo 1o constitucional, que específicamente prohíbe la discriminación de las personas por razón de sus preferencias, lo que además sería contrario a la interpretación que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha desarrollado respecto del tipo de familia protegido por el artículo 4o constitucional y los derechos de los menores. Así pues, en el caso de la adopción, lo que exige el principio del interés superior del menor es que la legislación aplicable permita delimitar el universo de posibles adoptantes, sobre la base de que ofrezcan las condiciones necesarias para el cuidado y desarrollo del menor establecidas en la ley, para que la autoridad aplicadora evalúe y decida respecto de la que represente su mejor opción de vida, pues sostener que las familias homoparentales no satisfacen este esquema implicaría utilizar un razonamiento constitucionalmente contrario a los intereses de los menores que, en razón del derecho a una familia, deben protegerse.

Tesis: P./J. 13/2011, 9a época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, tomo XXXIV, agosto de 2011, pág 872.

2.3.2.3.1.2 Inicio del procedimiento

Si cumple con los requisitos de fondo, quien pretenda adoptar acudirá ante la autoridad judicial. En su promoción inicial deberá manifestar si se trata de adopción nacional o internacional y se mencionarán el nombre, la edad y, si lo hubiere, el domicilio del menor o de la persona con incapacidad que se pretenda adoptar, el nombre, la edad y el domicilio de quienes en su caso ejerzan sobre él la patria potestad o tutela, o de la persona o institución de asistencia social pública o privada que lo haya recibido, y acompañar certificado médico de buena salud de los promoventes y del menor (art 923, fracc I, *CPCDF*).

En el auto admisorio que le recaiga a la solicitud inicial de adopción, el juez señalará fecha para la audiencia, la que se deberá desahogar dentro de los diez días siguientes (art 923, fracc VI, *CPCDF*).

2.3.2.3.1.3 Pruebas

Cuando el menor que se pretende adoptar hubiere sido acogido por una institución de asistencia social pública o privada, el presunto adoptante o la institución exhibirá, según sea el caso, constancia oficial del tiempo de exposición, la sentencia ejecutoriada que haya decretado la terminación de la patria potestad o en su defecto, como consecuencia del abandono, la sentencia ejecutoriada que haya decretado la pérdida de este derecho (art 923, fracc II, *CPCDF*).

Si se trata de extranjeros con residencia en el país, deberán acreditar su solvencia moral y económica con las constancias correspondientes, sin necesidad de presentar testigos. Los extranjeros con residencia en otro país deberán acreditar su solvencia moral y económica y presentar certificado de idoneidad expedidos por la autoridad competente de su país de origen que acredite que al solicitante o los solicitantes se les considera aptos para adoptar; constancia de que el menor que se pretende adoptar ha sido autorizado para entrar y residir permanentemente en dicho Estado, y durante el procedimiento deberán acreditar su legal estancia en el país y la autorización de la Secretaría de Gobernación para llevar a cabo una adopción. La documentación que presenten los solicitantes extranjeros en idioma distinto del español deberá acompañarse de la traducción oficial, así como estar apostillada o legalizada (art 923, fracc IV, *CPCDF*).

Además de las anteriores constancias, para que proceda la adopción se requiere recabar el consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad sobre el menor que se pretende adoptar; del tutor del que se va a adoptar; del Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado cuando éste no tenga padres conocidos ni tutor, y del menor si tiene más de doce años. Cuando se trate del menor y de quienes ejerzan la patria potestad, el juez deberá comprobar que el consentimiento fue otorgado de manera libre e informada (art 398, *CCDF*).

Independientemente de que el consentimiento obre por escrito, el juez solicitará la comparecencia personal de su otorgante, quien deberá exponer las razones para concederlo. En todos los asuntos de adopción serán escuchados los menores en condiciones adecuadas conforme a su edad y grado de madurez (art 399, *CCDF*).

En caso de que el tutor o el Ministerio Público no consientan la adopción, el juez podrá suplir el consentimiento, preponderando el interés superior del menor (art 402, *CCDF*).

2.3.2.3.1.4 Resolución

De acuerdo con el art 924, cuando se rindan las constancias requeridas y se haya obtenido el consentimiento de las personas que deban darlo, el juez resolverá dentro del tercer día lo que proceda sobre la adopción. La sentencia consentida por los promoventes causará ejecutoria.

El art 925 obliga al juez a velar para que las actuaciones sean continuas en todo momento, evitando bajo su más estricta responsabilidad la inactividad procesal. Asimismo, se establece el deber de su presencia y dirección personal de cada una de las diligencias y actuaciones, a la vez que será causa de responsabilidad el incumplimiento de tal obligación, aplicación clara del principio de inmediación.

2.4 Solución alternativa de controversias en materia familiar

La doctrina procesal ha coincidido en señalar que cuando hay un litigio, es decir, un conflicto de intereses en el cual una persona sostiene una pretensión de relevancia jurídica en contra de otra, la atención de ese conflicto puede tomar diversas vías: que la solución sea impuesta por una de las partes unilateralmente, que se resuelva por acuerdo de ambas partes, o que se resuelva por la decisión de un tercero. La primera vía se conoce como *autotutela*, la segunda como *autocomposición* y la tercera como *heterocomposición*, de la cual el ejemplo institucionalizado es el proceso ante la autoridad jurisdiccional.

El primer párr del art 17 constitucional dispone que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma; en consecuencia, en el régimen jurídico mexicano —como en todo Estado de derecho— está prohibida la autotutela. Cabe distinguir esta prohibición constitucional de la autocomposición en sentido estricto. **Flores García** aclara al respecto que la autocomposición genérica (en sentido lato o autosolución) es la solución que al conflicto de intereses proporcionan uno o los dos contendientes, la cual se divide en autocomposición en sentido restringido y en autodefensa. En la primera, la solución a la controversia es acordada por las partes: éstas deciden prescindir de la intervención judicial y resuelven privadamente el pleito, ya sea por-

que una o ambas cedan en su interés en favor del arreglo. Contrariamente, en la autodefensa o autotutela, el conflicto se resuelve con la victoria del más fuerte, poderoso o violento, que arbitrariamente impone su interés.⁶⁹

De ese modo, el precepto constitucional no prohíbe toda vía no jurisdiccional de resolución de un conflicto jurídico; lo que se proscribe es el uso de la fuerza o de la violencia, por lo cual se autorizan otras vías autocompositivas de resolución de conflictos jurídicos como la mediación o la conciliación, que en su conjunto se conocen como *mecanismos alternativos de solución de controversias*.

El actual párr cuarto del art 17 constitucional dispone que las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. Este párrafo, adicionado en 2008, constituyó el reconocimiento por el texto constitucional de la llamada *justicia alternativa* o las *salidas alternas*, vías de resolución de conflictos no jurisdiccionales que gozan actualmente de gran respaldo teórico y que ya se llevaban a la práctica en distintas materias.

En términos generales, en ese rubro de medios o mecanismos *alternativos* de resolución de conflictos pueden entenderse aquellos procedimientos que buscan resolver una controversia de relevancia jurídica de modo previo o paralelo a la actuación del órgano judicial. Estrictamente, la categoría de mecanismos alternativos debe utilizarse para abarcar sólo los medios de solución reconocidos o regulados por la ley; otras soluciones informales que no trasciendan a la escena jurídica se quedan en el ámbito privado.

Cabe advertir que el modelo se ofrece como una alternativa *novedosa*, aunque en realidad no se trata de mecanismos *nuevos*. Estas vías de solución no judiciales de conflictos han existido en todas las sociedades, lo que resulta realmente nuevo en el caminar histórico es el proceso jurisdiccional moderno. Los mecanismos alternativos son similares, por ejemplo, a los procedimientos consuetudinarios de restauración de la convivencia en el grupo que se utilizan en culturas indígenas.

No obstante, en su entendimiento contemporáneo, los mecanismos alternativos se derivan del modelo desarrollado en el mundo anglosajón durante las últimas tres décadas. En una forma de rescate del sentido privado del litigio, se afirma que antes de que intervenga el poder público, las partes son las dueñas de su problema y al intentar resolverlo pueden acudir a vías que resulten más accesibles e impliquen menor costo tanto de tiempo como de recursos.

⁶⁹ Cfr. **Fernando Flores García**, "Autocomposición", "Autodefensa", *Diccionario jurídico mexicano*, tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1982, págs 233-235.

Según se dijo, tales mecanismos alternativos gozan de gran respaldo teórico; su reputación va en ascenso al grado de que se les plantea como una faceta fundamental del derecho humano de acceso a la justicia. En este sentido, la tesis aislada III.2o.C.6 K considera que tanto la tutela judicial como los mecanismos alternos de solución de controversias deben considerarse establecidos en un mismo plano constitucional. Por su interés se transcribe la tesis:

Acceso a los mecanismos alternativos de solución de controversias, como derecho humano. Goza de la misma dignidad que el acceso a la jurisdicción del Estado. Los artículos 17, segundo párrafo, de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen a favor de los gobernados el acceso efectivo a la jurisdicción del Estado, que será encomendada a tribunales que estarán expeditos para impartir justicia, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial; en ese sentido, la Constitución Federal en el citado artículo 17, cuarto párrafo, va más allá y además de garantizar el acceso a los tribunales previamente establecidos, reconoce como derecho humano la posibilidad de que los conflictos también se puedan resolver mediante los mecanismos alternativos de solución de controversias, siempre y cuando estén previstos por la ley. Ahora bien, en cuanto a los mecanismos alternativos de solución de controversias, se rescata la idea de que son las partes las dueñas de su propio problema (litigio) y, por tanto, ellas son quienes deben decidir la forma de resolverlo, por lo que pueden optar por un catálogo amplio de posibilidades, en las que el proceso es una más. Los medios alternativos consisten en diversos procedimientos mediante los cuales las personas puedan resolver sus controversias, sin necesidad de una intervención jurisdiccional, y consisten en la negociación (autocomposición), mediación, conciliación y el arbitraje (heterocomposición). En ese sentido, entre las consideraciones expresadas en la exposición de motivos de la reforma constitucional al mencionado artículo 17, de dieciocho de junio de dos mil ocho, se estableció que los mecanismos alternativos de solución de controversias “son una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita..., permitirán, en primer lugar, cambiar al paradigma de la justicia restaurativa, propiciarán una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegien la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo”; ante tal contexto normativo, debe concluirse que tanto la tutela judicial como los mecanismos alternos de solución de controversias se establecen en un mismo plano constitucional y con la misma dignidad y tienen como objeto idéntica finalidad, que es resolver los diferendos entre los sujetos que se encuentren bajo el imperio de la ley en el Estado mexicano.

Tesis: III.2o.C.6 K, 10a época, TCC, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, libro XXV, tomo 3, octubre de 2013, pág 1723.

Al lado de las propuestas acerca de la generalización de estos mecanismos alternativos de solución de controversias, se fortalecen las tendencias que propugnan por la desjudicialización de los conflictos, es decir, su completa atención en espacios no jurisdiccionales. Esto tiene la premisa de que acudir a juicio es una acción que por sí misma entorpece la solución del conflicto al radicalizarlo.

Se llega al extremo de que parece plantearse un *paradigma antiproceso*, según refiere **Gómez Fröde**. En el extremo, hay quienes llegan a plantear la desaparición de los tribunales por su ineficacia e ineptitud y su sustitución por procedimientos alternativos como la mediación. Tales posiciones olvidan que no todo es mediable, pues si surge un litigio será por voluntad de los contrarios, de quienes depende también si aceptan o no la mediación.⁷⁰

Al respecto, la posición de **Parkinson** es clarificadora:

Los parangones entre la mediación y el litigio tienden a retratar la primera como buena y los procedimientos judiciales como malos. Estos juicios de valor, demasiado simplistas, no hacen justicia a ninguno de ambos métodos. La mediación no siempre es apropiada o posible, e incluso cuando lo es, quizá no conduzca a un acuerdo. Tiene limitaciones y sus resultados varían. Hay muchas situaciones que pueden requerir un proceso judicial.⁷¹

En la tesis moderada, la desjudicialización se propone con mayor énfasis para los asuntos propios de la jurisdicción voluntaria, aquellos en los cuales no existe propiamente una contienda, y por tanto, podrían atenderse con mayor celeridad sin acudir al juez. Esto tiene la finalidad de descargar de trabajo a los órganos judiciales sin disminuir la protección de los derechos de los particulares, al entender que otros órganos pueden ser aptos para ejercer la función de control en el ámbito del derecho de familia que corresponde al Estado, dada la presencia del interés público y de los intereses necesitados de protección y tutela.⁷²

Por mandato de la ley, la materia familiar se ha excluido de la vía del arbitraje, un mecanismo de solución heterocompositivo muy utilizado en el

⁷⁰ Cfr **Carina Gómez Fröde**, "La mediación en materia familiar" en **Eduardo Ferrer Mac-Gregor** (coord), *Procesalismo científico. Tendencias contemporáneas. Memoria del XI Curso Anual de Capacitación y Preparación para Profesores de Derecho Procesal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2012, pág 227.

⁷¹ **Lisa Parkinson**, *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, Gedisa, Barcelona, 2005, pág 25.

⁷² Cfr **José María Navarro Viñuales**, "La tendencia desjudicializadora en el nuevo derecho de familia", *El nuevo derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, Thomson Civitas, Aranzadi, Navarra, 2006, págs 253-292.

derecho privado. Así, el art 615 del *CPCDF* señala expresamente que no se pueden comprometer en árbitros el derecho a recibir alimentos; los divorcios, excepto en cuanto a la separación de bienes y a las demás diferencias puramente pecuniarias; las acciones de nulidad de matrimonio, y las concernientes al estado civil de las personas. Esta exclusión de la materia familiar del arbitraje se fundamenta en el interés público referente a la solución de estas materias; el carácter publicístico del proceso familiar no consiente que la decisión pueda dejarse a un particular, en atención a la no disponibilidad de los derechos en pugna dentro de las controversias familiares.

Contrario a dicha prohibición del arbitraje, se ha tendido a generalizar en ciertos conflictos familiares el uso de mecanismos autocompositivos de solución como la conciliación y la mediación, que no facultan a un tercero para decidir por las partes, sino buscan que éstas lleguen a un convenio, ya sea propuesto por el conciliador o definido por ellas con ayuda del mediador. Los siguientes apartados se dedicarán a su estudio.

2.4.1 Conciliación

La conciliación es un medio para resolver controversias en el cual las partes resuelven el conflicto con la colaboración de un tercero, que se encarga de proponer vías de solución que den origen a un convenio. Suele distinguirse entre conciliación prejudicial, llevada a cabo sin que las partes deban acudir ante la autoridad jurisdiccional y el resultado es generalmente una transacción; y conciliación judicial, que se realiza cuando las partes han iniciado el procedimiento judicial; en este caso, el juez o un conciliador proponen a las partes llegar a un arreglo, en cuya circunstancia el juez se encarga de convalidar el convenio, al cual le otorga el carácter de cosa juzgada.

Para conflictos de orden familiar que se tramitan dentro del juicio ordinario, suele aplicarse la conciliación judicial. El *CPCDF* prevé en su art 272 A que, una vez contestada la demanda y en su caso la reconvencción, el juez señalará de inmediato fecha y hora para la celebración de una audiencia previa y de conciliación dentro de los diez días siguientes, dando vista a la parte que corresponda con las excepciones que se hubieren opuesto en su contra por el término de tres días.

Si asistieran las dos partes a dicha audiencia, el juez examinará las cuestiones relativas a la legitimación procesal y luego se procederá a procurar la conciliación, la cual estará a cargo del conciliador adscrito al juzgado.

El conciliador preparará y propondrá a las partes las alternativas de solución al litigio. Si los interesados llegan a un convenio, el juez lo aprobará

de plano si procede legalmente y dicho pacto tendrá fuerza de cosa juzgada. En los casos de divorcio, si los cónyuges llegan a un acuerdo respecto al convenio, el juez dictará un auto en el cual decreta la disolución del vínculo matrimonial y la aprobación del convenio, sin necesidad de dictar sentencia.

En caso de desacuerdo entre los litigantes, la audiencia proseguirá y con ella el proceso. Tras la audiencia, el juez abrirá el juicio a prueba.

En cuanto al desarrollo de esta audiencia, la Primera Sala de la SCJN, en la tesis aislada 1a CCLIV/2012, ha señalado que tras la etapa en la cual se procura la conciliación entre las partes y se proponen alternativas, se puede presentar alguno de los siguientes escenarios. Si las partes están de acuerdo con todas las pretensiones (declaración de divorcio y contenido íntegro del convenio), el juzgador, una vez verificado que el convenio no contraviene la ley, dará por concluida la audiencia y citará para dictar la sentencia en la que declare el divorcio y apruebe en su totalidad el convenio, con lo cual se dará por concluido el juicio.⁷³

Si los cónyuges no llegan a un acuerdo total o el convenio contraviene la ley, el juez deberá continuar con la audiencia. En primer lugar, calificará los puntos del convenio en los que hubo acuerdo y no contravengan la ley (sólo en caso de que haya habido acuerdo acerca de algunas cuestiones del convenio). Asimismo, ordenará que pasen los autos a su vista para dictar el auto definitivo de divorcio, en el que se deberán aprobar las cuestiones sobre las que hubo acuerdo y que previamente haya calificado de legales. En cuanto a los puntos respecto de los cuales no hubo acuerdo, continuará la audiencia y dejará a salvo los derechos de las partes para que los hagan valer durante el juicio con la aplicación, en lo conducente de las reglas de los incidentes, con atención a los principios rectores de la controversia del orden familiar que resulten aplicables. Para tal efecto, ordenará de oficio la continuación del procedimiento.⁷⁴

El art 55 del *CPCDF* dispone que si no se hubiese logrado un avenimiento en la audiencia previa, el juez y el conciliador estarán facultados para intentarlo en todo tiempo, antes de que se dicte la sentencia definitiva, y podrán aplicar las reglas y principios generalmente aceptados en la mediación y conciliación.

La audiencia previa y de conciliación se incluyó en el procedimiento civil en 1986. A la fecha aparece como una vía ineficaz de solución alternati-

⁷³ Véase **Divorcio sin expresión de causa. Audiencia previa y de conciliación (legislación para el Distrito Federal)**. Tesis 1a CCLIV/2012, 10a época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, libro XVII, tomo 1, febrero de 2013, pág 801.

⁷⁴ Ídem.

va del conflicto, pues ha tergiversado su propósito hasta entenderse como un trámite más dentro del juicio. Según señala **Perea Valadez**: “En la práctica del litigio, en múltiples ocasiones se vuelve sólo una exhortación del secretario de acuerdos o conciliador, sin que realmente se intente que las partes convengan, lo que la convierte en un trámite más dentro del proceso”.⁷⁵

Adicionalmente, el tercer párr del art 941 del *CPCDF* señala que en todos los asuntos del orden familiar, el juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento. Esto tiene la salvedad de las prohibiciones legales referentes a alimentos, es decir, el carácter irrenunciable y la no transacción de este derecho.

2.4.2 Mediación

La mediación es un mecanismo de solución de controversias que, a diferencia de la conciliación judicial comentada, se realiza en un escenario no jurisdiccional, además de que el mediador no propone los términos del convenio a las partes, sino que facilita que éstas lo determinen.

Se parte al respecto de una recuperación del sentido privado de los conflictos familiares, en atención a que si bien se trata de controversias de orden público, este no debe implicar la monopolización judicial de las vías de solución. Por el contrario, la intervención judicial sobre todo conflicto familiar puede ser, además de dispendiosa, desgastante y poco satisfactoria para las partes.

De lo anterior se infiere que debe promoverse la consolidación de una “nueva cultura” que reconoce en la mediación un sistema pacífico de resolución de los conflictos familiares. Esta nueva cultura “se fundamenta en una sociedad democrática desarrollada, donde las soluciones a los problemas se insertan en la idea de que las partes implicadas en los mismos son lo suficientemente maduras para buscar sus propias soluciones sin que sean tuteladas por el Estado a través de los tribunales”.⁷⁶

La mediación familiar cuenta con gran respaldo entre los expertos, quienes la consideran una técnica sumamente exitosa tanto en la obtención de acuerdos como en el cumplimiento de éstos. A su vez, se puede tener en

⁷⁵ **María Clementina Perea Valadez**, “Matrimonio, divorcio y medios alternativos de solución de conflictos” en **Rosa María Álvarez de Lara** (coord), ob cit, págs 225-226.

⁷⁶ **Antonio José Sastre Peláez**, “La mediación familiar: sistema de gestión positiva y resolución de conflictos familiares” en **Rosa María Álvarez de Lara** (coord), ob cit, págs 241-242.

cuenta un método adecuado para resarcir desavenencias en el tejido social, pues no busca una solución puramente *legal* al conflicto entre dos partes, como se hace en el proceso judicial, sino que intenta aproximarse al conflicto en atención primordialmente al vínculo familiar entre los involucrados, a las emociones en juego, a la educación y a su influencia en los patrones de comportamiento personal y familiar, entre otros muchos factores.

Así, la mediación familiar se ofrece no sólo como una solución más rápida o económica a las controversias, sino también como una solución más humana. Según **Lucía García**:

Además del ahorro en tiempo y dinero que supone la evitación del juicio, que es el principal factor de su auge, la mediación ofrece algunas ventajas tanto desde el punto de vista individual (las partes conocen mejor que el juez sus verdaderos intereses y el límite de sus pretensiones) como social (las soluciones acordadas favorecen la paz social y la cohesión de la comunidad frente al trauma que supone toda resolución decisoria), causa satisfacción en ambas partes porque no hay perdedores y se evitan las ejecuciones forzosas y, lo que es más importante, la prolongación del juicio y su negativa repercusión para la salud.⁷⁷

En términos de la *Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal (LJATSJDF)*, ordenamiento publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 8 de enero de 2008, la mediación es el procedimiento voluntario por el cual dos o más personas involucradas en una controversia, las cuales se denominan *mediados*, buscan y construyen una solución satisfactoria a la misma, con la asistencia de un tercero imparcial denominado *mediador* (art 2, fracc X).

La mediación, como método de gestión de conflictos, pretende evitar la apertura de procesos judiciales de carácter contencioso y poner fin a los iniciados (art 3). Asimismo, la mediación es independiente de la jurisdicción ordinaria y tiene como propósito auxiliarla (art 6).

Los principios rectores del servicio de mediación se enuncian en el art 8 de la ley: voluntariedad, pues la participación de los particulares en la mediación deberá ser por propia decisión, libre y auténtica; confidencialidad, ya que la información generada por las partes durante la mediación no se podrá divulgar; flexibilidad, en tanto la mediación carecerá de toda forma rígida, pues parte de la voluntad de los mediados; neutralidad, que obli-

⁷⁷ **Lucía García García**, *Mediación familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Dykinson, Madrid, 2003, pág 104.

ga a los mediadores a mantener el procedimiento exento de juicios, opiniones y prejuicios propios respecto a los mediados que puedan influir en la toma de decisiones; imparcialidad, por la cual los mediadores deberán mantener la mediación libre de favoritismos, inclinaciones o preferencias personales, que impliquen la concesión de ventajas a alguno de los mediados; equidad, según la cual los mediadores propiciarán condiciones de equilibrio entre los mediados para obtener acuerdos recíprocamente satisfactorios; legalidad, pues la mediación tendrá como límites la voluntad de las partes, la ley, la moral y las buenas costumbres; y economía, en tanto el procedimiento deberá implicar el mínimo de gastos, tiempo y desgaste personal.

A su vez, se ha establecido el deber de que los funcionarios judiciales hagan del conocimiento de las partes en conflicto la existencia de este medio de resolución alternativa, con el fin de que puedan acudir a él en lugar de seguir con el proceso.

El art 55 del *CPCDF* dispone que los titulares de los órganos jurisdiccionales deberán informar a los particulares acerca de las características y ventajas de la mediación, para alcanzar una solución económica, rápida y satisfactoria de sus controversias. Si en constancia de autos el juez advierte que el asunto es susceptible de solucionarse con la mediación, el juez exhortará a las partes a que acudan al procedimiento de mediación establecido en la *LJATSJDF* e intenten con dicho procedimiento llegar a un acuerdo que ponga fin a la controversia. Con ese objetivo, el juez podrá decretar la suspensión del juicio hasta por el término de dos meses a partir de que las partes le informen que han iniciado el procedimiento de mediación correspondiente.

Según el art 55 del *CPCDF*, si las partes llegan a un acuerdo con el procedimiento de mediación, lo harán del conocimiento del juez, quien decretará la conclusión del procedimiento y lo archivará como corresponda. En caso de que las partes una vez recibida la premediación no hubieren aceptado el procedimiento o si lo han iniciado no fuera posible llegar a un acuerdo dentro del plazo señalado, lo harán saber al juez del conocimiento para que dicte el proveído que corresponda y continúe la sustanciación del procedimiento.

Adicionalmente, para las controversias del orden familiar, el art 941 del *CPCDF* señala que el juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso, exhortará, en aquellos casos que estime viables de conformidad con las disposiciones legales en materia de justicia alternativa, a las partes a que acudan al procedimiento de mediación.

De acuerdo con la *LJATSJDF*, en materia familiar la mediación procederá en las controversias que deriven de las relaciones entre las personas que se

encuentren unidas en matrimonio, concubinato, sociedad de convivencia o, aun cuando no se encuentren en dichos supuestos, tengan hijos en común; entre personas unidas por algún lazo de parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil, así como los que surjan de esas relaciones con terceros (art 5, fracc III).

Las etapas del procedimiento de mediación se establecen en el art 30 de esta ley, a saber:

- a) *Etapla inicial*: incluye el encuentro entre el mediador y sus mediados; el recordatorio y la firma de las reglas de la mediación y del convenio de confidencialidad; la indicación de las formas y supuestos de terminación de la mediación; la firma del convenio de confidencialidad, y la narración del conflicto.
- b) *Etapla de análisis del caso y construcción de la agenda*: sus fases son la identificación de los puntos en conflicto; reconocimiento de la responsabilidad; identificación de los intereses controvertidos y de las necesidades reales generadoras del conflicto; atención del aspecto emocional de los mediados; listado de los temas materia de la mediación, y atención de los temas de la agenda.
- c) *Etapla de construcción de soluciones*: abarca la aportación de alternativas, la evaluación y selección de alternativas de solución, y la construcción de acuerdos.
- d) *Etapla final*: parte de la revisión y consenso de acuerdos, la elaboración del convenio y, en su caso, la firma de quien adopte la forma escrita.

El procedimiento de mediación se realizará a través de sesiones grupales e individuales (art 31, *LJATSJDF*). La duración de la mediación será la que resulte suficiente en atención a la complejidad de la controversia y de cómo se organizó (art 33, *LJATSJDF*).

Durante el procedimiento de mediación, los mediados deberán mantener la confidencialidad del diálogo que se establezca en el procedimiento; manifestar una conducta de respeto y tolerancia entre sí y con el mediador; dialogar con honestidad y franqueza para mantener una comunicación constructiva; procurar que los acontecimientos del pasado no sean un obstáculo para llegar a una solución y un futuro diferente; tener siempre presente que están por voluntad propia en la sesión y que, por tanto, su participación para la solución del conflicto debe ser activa; permitir que el mediador guíe el procedimiento; tener la disposición para efectuar sesiones privadas cuando el mediador las solicite o alguno de los mediados la su-

giera; permanecer en la sesión hasta en tanto el mediador no la dé por terminada o concluya de común acuerdo entre las partes; respetar la fecha y hora señaladas para todas las sesiones, así como confirmar y asistir puntualmente a ellas y, en caso de fuerza mayor que les impida asistir, solicitar que se reprograme la sesión (art 32, *LJATSJDF*).

La mediación concluirá cuando se alcance un convenio en el que se haya resuelto la totalidad o parte de los puntos litigiosos de la controversia; o bien, en cualquier momento, por el comportamiento irrespetuoso o agresivo de alguna de las partes hacia la otra, el mediador o persona autorizada para intervenir en la mediación, cuya gravedad impida cualquier intento de dialogo posterior; por decisión conjunta o separada de las partes; por inasistencia injustificada de ambas partes a dos sesiones consecutivas o por inasistencia, sin causa justificada, de alguna de las partes a tres sesiones consecutivas; por decisión del mediador cuando de la conducta de alguna o de ambas partes se desprenda indudablemente que no hay voluntad para llegar a un acuerdo (art 34, *LJATSJDF*).

El convenio traerá aparejada ejecución para su exigibilidad en vía de apremio ante los juzgados (art 38, *LJATSJDF*). Ante el incumplimiento parcial o total de un convenio celebrado por los mediados o ante el cambio de las circunstancias que dieron origen a su celebración, se plantea la posibilidad de que acudan nuevamente al procedimiento, esta vez como una remediación, que permita elaborar un convenio modificatorio o construir uno nuevo (art 37, *LJATSJDF*).

Además de los mecanismos alternativos, que se ponen en marcha cuando existe una controversia de relevancia jurídica, es importante pensar en la prevención. Aunque esto puede considerarse un ámbito separado de la acción jurisdiccional, un entorno meramente privado o posible motivo de políticas públicas en la materia, como parte de un enfoque de protección integral de la familia, es de utilidad estudiar modelos como el de la orientación familiar, que constituye auténticamente un principio de lo que puede denominarse *escuelas para padres*.

La orientación familiar “es la disciplina que, con técnicas y métodos específicos, trata de ayudar a las parejas y a las familias a superar las dificultades, a sanar las disfunciones relacionales y a fortalecer los vínculos”.⁷⁸ Esta disciplina inició su desarrollo en la década de 1960 en el mundo anglo-

⁷⁸ **Gonzalo Sancho Cerdá**, “La orientación familiar como instrumento de protección de la familia” en **Alfonso Ortega Giménez et al** (coords), *Hacia la protección de la familia. Perspectivas del derecho de familia hoy: preguntas, respuestas y propuestas*, Generalitat Valenciana, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2012, pág 119.

sajón y se extendió rápidamente a todo el mundo, de manera que en 1979 se concretó en una organización al crearse la International Family Foundation. Debe distinguirse al orientador del mediador o del agente conciliador, que intervienen cuando se ha producido una situación de ruptura en el vínculo familiar y lo que buscan es solventarla para que ésta no se consume en una separación, o si ésta es inevitable con el fin de que resulte lo menos perjudicial posible para los miembros de la familia. Los orientadores desempeñan una labor preventiva, es decir, buscan atender los problemas existentes en la familia, para ayudar a evitar a que éstos evolucionen en conflictos.

Según reseña **Sancho Cerdá**, en esta disciplina de la orientación familiar se utiliza como método para ayudar a los integrantes de la familia el llamado *método del caso*, es decir, el mismo esquema de enseñanza jurídica desarrollado en las universidades estadounidenses y que se plantea como alternativa para la enseñanza memorística y acrítica del derecho.

De acuerdo con dicho autor, el método del caso utilizado en los cursos y programas de orientación familiar se denomina *método F*, obviamente en referencia a la familia: se trata de un esquema de aprendizaje activo y participativo. En la experiencia española, la puesta en marcha de un curso de este tipo requiere tres o cuatro grupos de matrimonios, cada uno formado por cuatro o cinco parejas. El procedimiento es el siguiente:⁷⁹

- a) En cada sesión se plantea a los participantes un supuesto práctico, que expone de modo gráfico una situación habitual de conflicto familiar. El caso se acompaña de una nota técnica, que es un comentario especializado sobre el conflicto planteado. Se resaltan los aciertos y errores de los protagonistas del caso. Por separado, el padre y la madre deben leer el caso y analizar los hechos, los problemas suscitados y las posibles soluciones, así como hacer en lo individual planteamientos y establecer una opinión.
- b) En la segunda fase, el matrimonio debe intercambiar sus conclusiones formuladas individualmente con el propósito de debatir lo planteado por cada uno, profundizando así en el conocimiento de las ideas y los intereses del otro, a fin de llegar a una respuesta compartida.
- c) La siguiente fase es la discusión en grupo, en la cual cada matrimonio escuchará los planteamientos de las otras parejas, de modo que los padres deben ser capaces de defender los criterios que hayan considerado

⁷⁹ Ibidem, págs 123-124.

más adecuados. El intercambio de experiencias en esta etapa es sumamente enriquecedor al contrastar las ideas propias sobre la convivencia matrimonial y la educación de los hijos con las ideas de otros.

- d) Finalmente, se plantea una sesión general de gran grupo, en la cual un moderador conducirá el análisis grupal del caso y los matrimonios expresarán sus soluciones alcanzadas y contrastarán sus pareceres. Al final, el moderador aclarará los criterios propuestos y expondrá brevemente los aspectos técnicos, criterios y planteamientos educativos que todos los padres deberán conocer en relación con el caso abordado.

UNIDAD 3

Juicios orales en materia familiar

3.1 Generalidades de los juicios orales

En los últimos años —paralelamente a la obligatoriedad constitucional de transitar al sistema de justicia acusatorio y oral en materia penal— la propuesta de adoptar esquemas de juicios orales en materia familiar se ha analizado ampliamente en la mayoría de las entidades federativas.

En Chihuahua, por ejemplo, entidad pionera en la puesta en práctica de los juicios orales en materia penal, se ha iniciado la discusión en el Congreso local en torno de la promulgación de nuevos códigos para la materia familiar como una rama autónoma del derecho civil tanto sustantivo como adjetivo. Así, en esta última se sigue la tendencia a migrar hacia “el sistema oral que se caracteriza por las siguientes ventajas: menor formalidad, mayor rapidez, propicia la sencillez y aumenta la publicidad del proceso”.¹

¹ *Diario de los debates*, Poder Legislativo del Estado Libre y Soberano de Chihuahua, LXIII Legislatura, año III, tomo III, núm 72, 30 de mayo de 2013, pág 446.

La denominación generalizada de estos nuevos modelos procesales es la de *juicios orales*. Con precisión, los nuevos juicios no son estrictamente orales, sino mixtos con mayor tendencia a la oralidad, siguiendo el modelo de *proceso por audiencias*. Esa relativa imprecisión será comprensible si se atiende a que la denominación genérica de juicios orales alentada desde el discurso político y jurídico cumple muy bien con un propósito publicitario, al construir en el imaginario colectivo la idea de que el nuevo sistema de justicia *oral*, antítesis del anterior esquema procesal *escrito*, será más rápido, sencillo y fácil, del mismo modo como en la vida cotidiana la comunicación verbal es más rápida, sencilla y fácil, lo cual no quiere decir que sea mejor que la escrita.

La oralidad no es un esquema procesal inédito, que nunca se haya aplicado en la historia procesal mexicana. Según cuenta **Cárdenas Gutiérrez**, la oralidad fue el esquema usual durante el virreinato y luego de la Independencia se extendió una amplia discusión acerca de este modelo procesal. En el siglo XIX se pretendió adoptar un modelo de administración de justicia diseñado conforme a los principios de la modernidad jurídica, organizado racionalmente, por medio de expedientes, archivos, índices y registros controlados por los funcionarios. La oralidad fue tildada de ser una vía de exposición proclive a la irracionalidad, útil para el embrollo y para disimular la oquedad conceptual. Con la adopción de los nuevos códigos de mediados del siglo XIX se reafirmó la tendencia a fundar todo dicho procesal en el texto de la ley; los códigos de finales de siglo impusieron límites legales a la oratoria y limitaron las posibilidades expresivas de los malos abogados, quienes eran tachados de *tinterillos*.²

En ese sentido, la oralidad fue durante una época la vía normal por la cual se acudía a la justicia, pero a consecuencia de un uso abusivo se alzaron las voces en contra que condujeron finalmente a poner en marcha el sistema procesal escrito formalista, como garantía de legalidad y certeza. Así ha sucedido en la última década, pero en sentido inverso: en uno de esos movimientos pendulares que caracterizan a la historia, ahora las voces se han alzado contra los abusos del sistema escrito, al cual se opone la oralidad como un medio para remediar sus defectos.

La lucha contra la oralidad emprendida durante el siglo XIX era contra la elocuencia y la retórica, en pro de la racionalización jurídica que se difundía en Europa: el cientificismo positivista invadía el mundo del derecho.

² Véase **Salvador Cárdenas Gutiérrez**, "Los juicios orales en el México del siglo XIX. Supuestos teóricos de la defensa de la oralidad", *Estudios sobre historia de la oralidad en la administración de justicia en México*, tomo I, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2010, págs 1-108.

Para los modernizadores, el lenguaje científico era el único que podía expresar razones. Cualquier otra expresión difícilmente se consideraba racional, en tanto se pensaba que las emociones y los afectos eran contrarios al verdadero conocimiento humano. Con una profunda desconfianza en el lenguaje humano y en sus formas de razonamiento, veían la oralidad como fuente permanente de confusión, medio de instrumentalización del lenguaje en función de una conveniencia particular. En cuanto a la retórica forense, los enemigos de la oratoria sostenían que la palabra oral se prestaba más fácilmente al engaño con el fin de ganar los juicios que a la búsqueda de la razón.³

Los jurados populares en materia penal, un antiguo antecedente en el derecho mexicano, en los que las audiencias eran públicas y cualquiera a quien le interesara asistir y presenciar el juicio podía hacerlo, se aplicaron hasta las primeras décadas del siglo xx. Con los nuevos códigos se abandonó ese esquema y se consolidó la transición hacia los procedimientos escritos —que como ahora se hace con la vía oral— aparecieron como solución para corregir problemas en las instituciones jurisdiccionales.

Evidentemente, el esquema oral que ahora se propugna es distinto sustancialmente del utilizado siglos atrás; sin embargo, la revisión de la historia procesal ha de advertir acerca de los apólogos de la oralidad, quienes, sin reflexionar sobre ésta, la presentan como panacea contra los vicios actuales del sistema judicial como una solución de facilismo, que se queda sólo en la modificación de las reglas procesales.

El peligro es que a la larga, si la transición a la oralidad no se acompaña de otras medidas adecuadas que atiendan los otros grandes problemas que aquejan a las instituciones jurisdiccionales, no se obtendrán los beneficios buscados por la reforma procesal, y con ello se habrá desperdiciado la ingente cantidad de recursos que se invierten; peor aún, el sistema de justicia habrá perdido la batalla en su intento de recuperar la confianza y credibilidad de la ciudadanía.

Una cuestión de la mayor relevancia, de la que puede depender el éxito o fracaso del nuevo modelo procesal, es la consideración a la carga de trabajo. Resulta evidente que si bien con este modelo se ahorra tiempo *dentro* del proceso —esto es, en las actuaciones que formalmente lo componen— ese tiempo debe significar tiempo invertido *fuera* del proceso, para el estudio del asunto y la adecuada preparación de las presentaciones orales. No

³Ibidem, pág. 87.

considerar esa dimensión temporal puede ser sólo en detrimento de la misma justicia.

Al respecto, se ha advertido lo siguiente:

No se pueden construir los procesos orales en abstracto, en la ley, como si se pensase que cada juez y cada abogado tienen sólo uno (...) es erróneo pensar que el predominio de la oralidad en los distintos tipos de procesos determina, por sí sola, una más rápida impartición de justicia. El diseño más simple de un proceso oral puede verse contrarrestado con largas “listas de espera” para la celebración de los juicios o con una baja calidad en los pronunciamientos jurisdiccionales, en especial si en el ámbito de la magistratura se asocia inconscientemente la oralidad con una pretendida capacidad para dictar sentencias acertadas sin necesidad de un estudio detenido y atento de cada caso. Y entre la lentitud procesal y la “justicia del cadí” parece preferible la primera, salvo que sólo se atienda a las estadísticas.⁴

En complemento, como escribiera **Calamandrei**,⁵ se debe admitir que los complicados expedientes del modelo procesal actual no se han hecho de manera deliberada para retardar la labor judicial, como se dice a menudo, sino para dejar en paz la conciencia de los jueces, con el objetivo de permitirles dormir por la noche en la confianza de que no han errado al dictar sentencia.

Como se verá a continuación, ambos modelos tienen ventajas y desventajas. La oralidad puede significar mayor simplicidad y rapidez de las actuaciones procesales, obligando a la intermediación y con ello a que el juez tome conocimiento directo del asunto. Entre las desventajas está, desde luego, la confusión entre celeridad procesal y ligereza o apresuramiento en la toma de decisiones, así como la permanencia de lo escrito frente al carácter efímero de lo oral, situación que se ha conseguido remediar mediante la utilización de las modernas tecnologías.

Lo que debe evitarse es la apología inocente o simplista de la oralidad; a la vez, constituye “ingenuidad y maniqueísmo entender la forma escrita como *mala* y la oral como *buen*a”.⁶

La comunidad de juristas ha puesto sus esperanzas en los juicios orales, frente a los escritos en los que impera el papeleo burocrático. Sin duda, en la teoría, la oralidad aparece como una buena solución para reencontrar

⁴ **Andrés de la Oliva Santos et al.**, *Derecho procesal. Introducción*, 2a ed, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, pág 78.

⁵ *Cfr* **Piero Calamandrei**, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Oxford University Press, México, 2004, pág 157.

⁶ **Andrés de la Oliva Santos et al.**, *ob cit*, pág 77.

una justicia perdida bajo *montañas de papeles*, con el propósito de elevar la calidad de las relaciones que se entablan entre el juez y las partes, menos mediadas, y actualmente ocultas en los laberintos de formalismos legales. Sin embargo, se exige que la pulcritud teórica e irrefutabilidad de que se han revestido conceptos como oralidad e intermediación contrasten con la forma como se incorporan en las normas legales y, mucho más, con el modo como se aplicarán en la realidad de los tribunales.

3.1.1 Proceso oral y proceso escrito

Para diferenciar entre oralidad y escritura se debe atender a que en principio se habla de formas comunicativas dentro del proceso, mediante las cuales se intercambia información entre las partes y el juzgador. En el esquema “oral” se privilegia la vía verbal como medio por el cual las partes transmiten sus pretensiones y argumentos al juzgador, mientras que en el esquema “escrito” los textos en papel funcionan como medio privilegiado de comunicación. Según **Gozáini**, “antes que principios, oralidad y escritura son métodos de deliberación”.⁷

Ambas modalidades tienen una larga tradición en la historia procesal, pues en cada momento histórico muestran ventajas y desventajas, aunque para **Chiovenda**, el gran apólogo de la oralidad: “La experiencia derivada de la historia permite añadir aunque (*sic*) el proceso oral es el mejor y más conforme con la naturaleza y las exigencias de la vida moderna, porque sin comprometer en lo más mínimo, antes bien garantizando, la bondad intrínseca de la justicia la proporciona más económicamente, más simplemente y prontamente”.⁸

A su vez, **Cappelletti** reconoce que establecer un proceso oral sin el apoyo de la documentación escrita no es más que una ilusión.⁹ De este modo, la reivindicación de la oralidad no debe entenderse como una oposición frontal a la escritura, sino más bien como una reacción frente a los excesos del procedimiento escrito cometidos por las burocracias jurisdiccionales. Ha de hablarse así, con mayor propiedad, de juicios con mayor o menor tendencia a la oralidad o con mayor o menor tendencia a la escri-

⁷ **Oswaldo Alfredo Gozáini**, *Elementos de derecho procesal civil*, Ediar, Buenos Aires, 2005, pág. 139.

⁸ **José Chiovenda**, *Principios de derecho procesal civil*, tomo II, Reus, Madrid, 1925, pág. 127.

⁹ **Mauro Cappelletti**, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972, pág. 85.

tura, según aclara **Gómez Lara**.¹⁰ De este modo, se entiende que no existe como tal un sistema procesal exclusivamente oral o escrito.

Así, se insiste, tanto los procedimientos escritos contienen una serie de elementos de oralidad como los orales necesitan las formas escritas; por ejemplo, en un proceso predominantemente escrito, son de suma importancia las manifestaciones que de viva voz se transcriben al recibir la confesión de alguna de las partes o la declaración de testigos. Viceversa: las actuaciones que se llevan a cabo en los procedimientos orales suelen hacerse constar por escrito o, como se hace actualmente gracias al uso de la tecnología, en soportes audiovisuales digitales.

En el procedimiento en el que predomina la forma escrita, su principal característica es la documentación del proceso bajo el argumento de la certeza en su desarrollo, a tal grado que en el proceso sólo se considera existente lo que se encuentra documentado, según la máxima “lo que no está en las actas no está en el mundo”. El principio de escritura es un producto de la evolución del proceso romano-germánico y, por ende, su influencia ha sido notoria en los sistemas procesales de Italia, Francia, España y en la mayoría de los países latinoamericanos.

Por otro lado, en un proceso oral, el propósito básico no es eliminar la documentación mediante la supresión de la escritura; dar predominio a la expresión verbal busca favorecer la inmediatez en el procedimiento al permitir una interacción directa y personal entre los sujetos del proceso, así como favorecer la celeridad al impulsar el desarrollo del proceso en una o pocas audiencias, tras las cuales el juzgador resuelve la controversia planteada mediante el principio de la libre valoración razonada de las pruebas.

Lo anterior es factible en la medida en que el contacto directo que el juzgador efectúa con las partes, así como con los medios de pruebas, ya sean instrumentales o periciales, o la confesión de las partes o las declaraciones de los testigos, permite a dicho órgano allegarse de la verdad legal con la apreciación directa de los medios probatorios que debe analizar libremente, siempre respetando los principios constitucionales de debida fundamentación y motivación.

Así, el principio de oralidad consiste en integrar la cuestión litigiosa, además de recibir las pruebas, admitir las conclusiones o alegatos de las partes y emitir la sentencia con base en el material proferido y emitido de manera preponderantemente verbal y presencial. Dicho principio está li-

¹⁰ **Cipriano Gómez Lara**, *Derecho procesal civil*, 7a ed, Oxford University Press, México, 2005, pág 5.

gado de forma estrecha al desarrollo del proceso, mediante una audiencia o pocas audiencias próximas entre sí en cuanto a su realización, y la relación directa entre el juzgador, las partes y los terceros ajenos al proceso en el desahogo de la pruebas.

En el sistema de oralidad, la fase fundamental del proceso es la audiencia. De ahí que estos juicios también se denominen, con mayor propiedad, *procesos por audiencias*.

Como el principio de la oralidad presupone que la resolución del proceso se basa en el material procesal proferido y recogido oralmente, dicho principio necesariamente va ligado al principio de inmediatez o inmediación, es decir, al contacto directo del juzgador con las partes, con los testigos y con los peritos, así como al contacto directo con la materia de la prueba. La inmediación implica la relación directa con las partes, lo cual permite al juzgador una mejor intervención en la recepción de las pruebas y, por tanto, una mejor valoración de éstas al emitir la correspondiente sentencia, pues de esta manera el director del proceso puede percatarse de las reacciones físicas de las partes al desahogar cada una de las pruebas y cada vez que les toca comparecer ante el órgano.

Como apuntara **Chiovenda** desde comienzos del siglo pasado:

La discusión oral, entendida no como declamación académica, sino como una concisa oposición de razones a razones, puede llevar a una definición ciertamente más pronta y probablemente mejor que la madurada en el interior del juez con sólo la ayuda de los escritos. La mayor rapidez, la mayor facilidad de entenderse recíprocamente, la selección que la defensa hablada hace naturalmente en las razones y argumentos, haciendo sentir la eficacia de las buenas y la inutilidad de las malas, la sinceridad de la impresión del que escucha, explican la importancia que el debate oral tiene en las relaciones públicas y privadas de la vida moderna.¹¹

De ahí la importancia de que los litigantes se capaciten de manera adecuada en la expresión verbal para no fomentar equívocos en el ánimo del juzgador a consecuencia de una expresión oral defectuosa o insuficiente. El esquema oral obligará a trabajar de otro modo, dedicar tiempo a estudiar la ley y el asunto e incluso anticipar lo que sucederá durante la audiencia, pues no se admitirá que el abogado solicite “tiempo fuera” para estudiar y remediar su falta de preparación. Para el abogado, una actuación deficiente en la audiencia oral puede significarle perder no sólo el juicio, sino también futuros clientes.

¹¹ José Chiovenda, ob cit, pág 132.

En ese sentido, **Vázquez Sotelo** señala en relación con la puesta en práctica del proceso oral civil en España:

La actuación exige conocer a fondo el proceso e ir convenientemente preparado para contestar a cualquier alegación que la contraparte pueda realizar, sin poder pedir aplazamientos o esperas para estudiar el problema. La diferencia en la preparación técnica de los defensores de las partes puede ser patente. Aunque la oralidad no es lo mismo que oratoria y no exige grandilocuencia, no siempre los profesionales disponen de buenas condiciones expositivas (...) como toda la actuación se desenvuelve en presencia de las partes (por tanto, del propio cliente y de la contraparte), es inevitable que los litigantes puedan realizar valoraciones sobre la actuación de su propio abogado y lo comparen con el de la parte adversa, con las consecuencias profesionales, favorables o adversas que se puedan derivar.¹²

3.2 Principios del proceso oral familiar

En las líneas precedentes se han señalado los rasgos generales de la oralidad como forma de expresión distintiva en los procedimientos que se estudian en esta unidad; sin embargo, cabe señalar que el desahogo oral de las actuaciones no es el único rasgo característico de tales procedimientos. Hay otros principios, cuyo contenido aún es esencialmente el mismo según lo formularan clásicos del derecho procesal como **Chiovenda**, que resultan fundamentales para que este modelo cumpla sus propósitos; por ejemplo: inmediación o identidad física del juez, de modo que quien ha escuchado a las partes y recogido los elementos de prueba pronuncie sentencia; y concentración, que impone la reunión de todas las actividades procesales en una sola sesión o en número limitado de esas próximas unas a otras.

Según aparecen en la legislación procesal contemporánea se desarrollan a continuación los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad, inmediación, abreviación y economía procesal.

¹² **José Luis Vázquez Sotelo**, “La oralidad en el moderno proceso civil español. Implantación y dificultades de la oralidad” en **Eduardo Ferrer Mac-Gregor** (coord), *Procesalismo científico. Tendencias contemporáneas. Memoria del XI Curso Anual de Capacitación y Preparación para Profesores de Derecho Procesal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2012, pág 15.

3.2.1 Publicidad

Para entender este principio, en un primer acercamiento se puede caracterizar al proceso como una fuente de información. Según el tratamiento que se dé a la información producida durante el proceso, éste será público cuando la información es accesible libremente, o reservado cuando el acceso a la información está restringido. En segundo lugar, en referencia a las actuaciones procesales (generalmente las audiencias, que son actos de comunicación solemnes), éstas son públicas cuando cualquiera puede acudir a ellas y al presenciarlas enterarse de lo que sucede, del litigio objeto del proceso, del modo como éste se tramita y de la resolución que se da al proceso o, en caso contrario, son privadas cuando el acceso a ellas y en consecuencia la posibilidad de enterarse de lo que ocurre es restringido.

Para mayor precisión, se debe diferenciar entre publicidad respecto a terceros ajenos al juicio y publicidad en cuanto a las partes intervinientes en él, también llamada *publicidad interna*. Según distingue **Couture**, “la publicidad de las actividades procesales es un principio que puede entenderse de dos maneras distintas: como admisión de los terceros (público) a asistir a las actividades procesales o como necesidad entre las partes de que toda actividad procesal puede ser presenciada por ambas”.¹³

Respecto a las partes, la publicidad del proceso es un requisito insoslayable: se exige que las partes puedan acceder a la información producida durante éste, es decir, consultar los expedientes o solicitar copias de las constancias de lo actuado, así como presenciar cada una de las actuaciones procesales. El proceso debe ser transparente para las partes, pues sólo así puede plantearse adecuadamente la posibilidad de actuar en juicio, al tener conocimiento de lo que plantea la contraparte procesal y de lo que el órgano resuelve en cada una de las etapas.

Todo proceso contemporáneo, sea oral o escrito, ha de ser público para las partes. De este modo, se ha proscrito la secrecía en los procedimientos, la actuación de los órganos jurisdiccionales al margen de los interesados sin hacer de su conocimiento las actuaciones y las razones de hecho y de derecho que fundamentan las decisiones. Según señala **Gozáíni**, “la naturaleza pública del procedimiento impide la existencia de procedimientos secretos para las partes. Éstas deben igualarse en las reglas de la bilateralidad, por-

¹³ **Eduardo J. Couture**, *Fundamentos de derecho procesal civil*, vol I, 3a ed, Depalma, Buenos Aires, 1974, pág 171.

que si el contradictorio se anula, también se anulará el proceso como institución regular”.¹⁴

En el régimen escrito, la publicidad se acata con la regla del traslado: para toda petición de una de las partes debe oírse a la contraria. Esta sustanciación de los actos, realizada por escrito, es la que da forma al expediente. Ligada a la oralidad y a la intermediación, la publicidad se presenta como un derecho de las partes a estar presentes en las audiencias, escuchar a la contraparte y al juzgador y, a su vez, ser escuchadas por éstos.

Por otro lado, respecto a los terceros, la publicidad admite gradaciones. Es regla general que la información concreta que consta en los documentos o las grabaciones de la causa sólo sea del conocimiento de las partes, pero se admite la presencia de terceros en la realización de las audiencias y en los debates, salvo cuando la ley exija se efectúen a puerta cerrada. De acuerdo con **Calamandrei**, en lo referente a los terceros extraños al proceso (esto es, al público), pueden concebirse dos sistemas: “el de *secreto*, según el cual las actividades procesales deben llevarse a cabo en el secreto de la oficina sin que los terceros puedan tener conocimiento de ellas; y el de la *publicidad*, según el cual, por el contrario, tales actividades deben desarrollarse bajo el control del público”.¹⁵

La publicidad hacia terceros se entiende no en relación directa con el derecho al debido proceso que reclaman las partes, sino como una vía de fiscalización acerca de la actuación del juez y los sujetos procesales. Como la administración de justicia es un servicio público, debe tender a la transparencia y a que la sociedad se entere sobre el modo como actúa la función jurisdiccional, criterio fundamental en una sociedad democrática que desee promover la confianza ciudadana en sus instituciones de justicia. Como apunta magistralmente **Couture**: “En último término, el pueblo es el juez de los jueces”.¹⁶

Publicidad implica así comunicación, mostrar el proceso a la ciudadanía y enjuiciar *coram populo*; incluso cumple una función docente, al instruir a todo interesado sobre el funcionamiento y ventajas —o en su caso desventajas— de la vía jurisdiccional para resolver conflictos. Esta publicidad puede ser activa cuando el público puede presenciar directamente lo que ocurre, “viviendo el proceso” según dice **Gozáini**,¹⁷ o pasiva cuando

¹⁴ Osvaldo Alfredo Gozáini, ob cit, pág 139.

¹⁵ Piero Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil*, vol I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973, pág 331.

¹⁶ Eduardo J. Couture, ob cit, pág 193.

¹⁷ Osvaldo Alfredo Gozáini, ob cit, pág 152.

se reciben noticias indirectas de aquél, por conducto de los medios de comunicación.

Cabe advertir que publicidad en el sentido comentado es algo que debe estar alejado del escándalo y el espectáculo, del sensacionalismo periodístico que —lejos de resultar benéfico para el entendimiento del proceso y la comprensión de la jurisdicción— puede tergiversar la imagen que la comunidad se crea de éstos y, en vez de promover una buena imagen, deteriorarla.

Couture lo señala con claridad, al decir que el principio de publicidad constituye en sí mismo una garantía del individuo respecto a la obra de la jurisdicción; pero la malsana publicidad, el escándalo y la indebida vejación de aquellos que no pueden acudir a los mismos medios porque su propia dignidad se los veda pueden no sólo invalidar esa garantía, sino también transformarla en un mal mayor. La prudencia debe acudir, en este punto, en auxilio de la justicia.

Sin caer en los excesos de la nota amarillista, la transparencia y la publicidad permiten mayor control sobre la actuación del órgano jurisdiccional. Esto se ha visto claramente cuando empiezan a funcionar los juicios orales, con el soporte que brindan las nuevas tecnologías, pues al ser videograbada la audiencia se potencia el alcance de la publicidad. La videograbación del juicio opera como un factor de presión psicológica en los agentes judiciales, que les motiva a tener un mejor desempeño. No es lo mismo actuar en soledad en la trinchera de su despacho, que saber que son vistos y oídos no sólo por las partes en el momento, sino también quedará constancia de su trabajo. La tecnología ha abierto nuevas posibilidades para la publicidad jurisdiccional.

Lo anterior lo expresa claramente **María Guadalupe Balderas**, jueza oral familiar en Nuevo León, quien señala:

Tanto los abogados defensores como las autoridades judiciales día a día tenemos que estar mejor preparados en todos los aspectos concernientes al desempeño de nuestra labor, toda vez que de lo contrario la evidencia de la no preparación queda plasmada en la videograbación. En efecto, el reto es que cada vez que el juez ocurre a una audiencia debe conocer el expediente a cabalidad y planear estratégicamente todo lo que se le puede presentar, pues no hay que olvidar que lo que se le plantee debe ser resuelto en la misma audiencia (...) ¿y cómo podría hacerlo un juez que no conoce el procedimiento? De la misma videograbación se desprendería dicha circunstancia, razón por la cual considero que las autoridades judiciales no podemos exponernos a ello (...) En cuanto al profesional del derecho, la oralidad exige pleno conocimiento de la materia familiar. No puede ser un improvisado, porque también su irresponsabilidad o falta de ética quedaría plasmada. De ahí he podido cons-

tatar que tanto los profesionales del derecho como las autoridades judiciales que maneamos la materia familiar oral invertimos más tiempo en nuestra preparación.¹⁸

3.2.1.1 Reserva

Se analiza en este subapartado lo relativo a la necesaria reserva que opera en el proceso familiar, pues ésta representa una excepción al principio de publicidad.

En general, el principio de publicidad no es absoluto. Aun en el proceso penal, en el cual es justificable que el principio de publicidad alcance su máxima aplicación, en atención a que toda la sociedad tiene interés en supervisar la adecuada y justa imposición de sanciones por la comisión de delitos, la Constitución ha previsto que la publicidad de la audiencia de juicio podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por ejemplo, para proteger a víctimas, testigos o menores (art 20, B, fracc V).

En materia familiar, la aplicación extensiva del principio de publicidad resulta cuestionable cuando implica lesionar los derechos a la privacidad de los involucrados en el proceso. En esa medida, se ha planteado la reserva en las audiencias como excepción a la regla general de la publicidad, en virtud de que las controversias de orden familiar se relacionan con la intimidad de las personas, con su vida privada, la cual amerita tutela jurídica.

En el orden constitucional mexicano, aun cuando la Constitución no mencione de forma expresa la intimidad como un derecho humano, éste se considera plenamente reconocido como un derecho personalísimo, como parte de “los atributos de la personalidad”.¹⁹ El derecho a la intimidad consiste en el derecho del individuo “a no ser conocido por otros en ciertos aspectos de su vida y, por ende, el poder de decisión sobre la publicidad o información de datos relativos a su persona, familia, pensamientos o sentimientos”.²⁰

El derecho a la intimidad se integra en el derecho más amplio a la vida privada, aquel ámbito en el cual la persona desarrolla su vida con exclusión

¹⁸ **María Guadalupe Balderas A. de Garza**, “Sistema de justicia oral familiar en Nuevo León”, *Separata: del periódico oficial del Estado de Nuevo León*, año dos, núm 4, septiembre de 2009, pág 31.

¹⁹ **Derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Constituyen derechos humanos que se protegen a través del actual marco constitucional**. Tesis I.5o.C.4 K, 10a época, rcc, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, libro XXI, tomo 2, junio de 2013, pág 1258.

²⁰ **Derechos a la intimidad, a la propia imagen, a la identidad personal y sexual, Constituyen derechos de defensa y garantía esencial para la condición humana**. Tesis P. LXVII/2009, 9a época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, tomo XXX, diciembre de 2009, pág 7.

de terceros. Entre los asuntos privados de las personas, los íntimos son los que exigen mayor celo, el ámbito radicalmente vedado a los demás. En ese sentido, la siguiente tesis se transcribe por su interés:

Vida privada e intimidad. Si bien son derechos distintos, ésta forma parte de aquélla. La vida se constituye por el ámbito privado reservado para cada persona y del que quedan excluidos los demás, mientras que la intimidad se integra con los extremos más personales de la vida y del entorno familiar, cuyo conocimiento se reserva para los integrantes de la unidad familiar. Así, el concepto de vida privada comprende a la intimidad como el núcleo protegido con mayor celo y fuerza porque se entiende como esencial en la configuración de la persona, esto es, la vida privada es lo genéricamente reservado y la intimidad —como parte de aquélla— lo radicalmente vedado, lo más personal; de ahí que si bien son derechos distintos, al formar parte uno del otro, cuando se afecta la intimidad se agravia a la vida privada.

Tesis 1a CXLIX/2007, 9a época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, tomo XXVI, julio de 2007, pág 272.

En tal derecho a la intimidad se incluye el derecho a la intimidad de la información, por el cual no es lícito difundir información de carácter personal o profesional, vinculada con la vida privada, sin que medie el consentimiento de la persona para que se divulgue la información.

Resulta claro que al acudir a un juzgado familiar, las personas se ven forzadas a exponer a la autoridad su vida privada, sus conflictos personales más íntimos. Según refiere **Guahnon**, en tales procedimientos “las partes desnudan sus conflictos, manifiestan sus sentimientos, muestran sus pobreza y expresan sus afectos y desencuentros”. El que pide justicia en materia familiar pone a consideración del tribunal el problema “más íntimo y duro de su existencia y se ve obligado a narrarlo”. De ahí que tener conocimiento de lo que se ventila en las controversias familiares “es penetrar en la intimidad de las conciencias o hurgar en el vedado recinto de las vergüenzas humanas”.²¹

En ese orden de ideas, en los procesos familiares se presenta de manera general una colisión entre el principio de publicidad de las audiencias y el principio que obliga a salvaguardar la intimidad de las personas. La resolución de este conflicto exige una ponderación; según las circunstancias del caso, la publicidad puede verse restringida con el fin de garantizar que los aspectos íntimos de las personas no trasciendan más allá de los juzgados, o sea, que permanezcan vedados al conocimiento de terceros ajenos.

²¹ **Silvia V. Guahnon**, *Medidas cautelares en el derecho de familia*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2007, págs 47-48.

Dicho criterio debe verse como regla general cuando estén en juego la privacidad e intimidad de menores si la publicidad del proceso resulta contraria a su interés superior. Aquí, el derecho a la intimidad debe justificar la prohibición de la publicidad del asunto ventilado en el proceso, fuera del ámbito de legítimo conocimiento por las autoridades y sujetos legalmente involucrados.

La legislación procesal recoge claramente dicho principio de reserva, como excepción al principio de publicidad del proceso en materia familiar. En el caso del Distrito Federal, el art 59, fracc I del *CPCDF* señala que las audiencias en todos los procedimientos serán públicas, pero el tribunal podrá determinar que sean privadas las referidas a divorcio, nulidad de matrimonio o las demás en que a su juicio convenga. En todos los supuestos en que no se verifiquen públicamente, se deben asentar los motivos para hacerlo en privado, así como la conformidad o inconformidad de los interesados. En complemento, dentro del procedimiento de mediación en el Distrito Federal, la *LJATSJDF* señala como uno de los principios rectores de este servicio el de confidencialidad, por el cual la información generada por las partes durante la mediación no podrá ser divulgada (art 8).

En el mismo sentido, el *CPCENL* señala en su art 22 que las audiencias en los negocios serán públicas, con excepción de las que se refieren a divorcio, nulidad de matrimonio, adopción y las demás en que a juicio del tribunal convengan que sean secretas. En el apartado del juicio oral, el art 1021 dispone que las audiencias serán públicas, salvo las excepciones previstas en el mismo código y en la *Ley de Acceso a la Información Pública del Estado*.

En el Estado de México, el *CPCEM* prevé que en el juicio oral en materia familiar, el juzgador velará durante el proceso por el respeto al derecho a la intimidad de las partes y especialmente de los niños, niñas y adolescentes. Con ese objetivo podrá prohibir la difusión de datos e imágenes referidos al proceso o a las partes; o disponer, mediante resolución fundada, que todas o algunas de las actuaciones del procedimiento se realicen en forma reservada (art 5.4).

Similar disposición se prevé en el *CPCEG*; en su art 776 se señala que el juzgador velará durante el proceso por el respeto a la privacidad de las partes y en especial de los niños, niñas, adolescentes e incapaces. Con ese objetivo podrá prohibir la difusión de datos, imágenes o cualquier contenido referidos al proceso o a las partes, o disponer, mediante resolución fundada, que todas o algunas de las actuaciones del procedimiento se realicen en forma reservada.

3.2.2 Contradicción

Este principio encuentra su fundamento en los derechos de acceso a la justicia y a la igualdad ante la ley. A ambas partes corresponde el derecho a acudir a los tribunales y, ejercida una acción, el derecho a tener el debido proceso. La igualdad obliga a que se dé a ambas el mismo trato por la autoridad judicial, a que ambas tengan las mismas posibilidades de hacer valer sus defensas y probar sus pretensiones, y la misma oportunidad de ser escuchados por el juez para manifestar que el derecho les asiste.

El juez debe mostrarse imparcial frente a la oposición que le plantean las partes. En virtud de la igualdad procesal, deben concederse a cada uno de los opuestos en el litigio las mismas posibilidades de alegación, prueba e impugnación de las resoluciones judiciales.

En aplicación de tal principio contradictorio, se plantea la bilateralidad en las actuaciones. Toda petición de alguna de las partes se debe hacer del conocimiento de la otra para que manifieste lo que a su derecho convenga, pero está vedado al juzgador resolver sin haber escuchado a ambas partes. Se trata de lo que impone la máxima *audiotur alter pars*, oiga a la otra parte, respecto a la cual dice **Couture**: “Consiste en que, salvo situaciones excepcionales establecidas en la ley, toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso debe ser comunicada a la parte contraria para que pueda ésta prestar a ella su consentimiento o formular su oposición. Conforme a este principio, el juez no procede de plano, sino en aquellas situaciones en que la ley lo autoriza expresamente”.²²

Frente a la acción ejercida por el demandante, el demandado plantea su defensa. Para ello, la demanda debe ser oportunamente comunicada al demandado, en la forma requerida por la ley bajo pena de nulidad. Tras esto, se otorga al demandado un plazo razonable para comparecer y defenderse. La contradicción implica el diálogo que a partir de entonces se entabla entre ambos, frente al juez, sobre el objeto de la contienda. Cada parte procesal requiere conocer el derecho y las pretensiones que el otro quiere hacer valer, así como los medios que utiliza para probarlos, con el fin de estar en condiciones de rebatir.

Cada etapa procesal debe avanzar por la aplicación del contradictorio. Las pruebas deben comunicarse al adversario para que tenga conocimiento de ellas antes de su producción y el desahogo debe hacerse en presencia de ambos. Las dos partes tienen iguales posibilidades de presentar sus alegatos

²² Eduardo J. Couture, ob cit, pág 183.

y conclusiones y, en su caso, de impugnar mediante recursos las resoluciones que les sean contrarias.

En materia familiar, el juez no es simple espectador de la contienda entre las partes, sino que, en virtud de la intervención oficiosa que se le ha otorgado, puede decretar la celebración de los actos probatorios que considere necesarios, según se ha visto, aun cuando las partes no los soliciten. Al ejercer esta facultad, el juez no ha de buscar beneficiar a una de las partes, en quiebra de la imparcialidad, sino hacerlo con el fin de allegarse de lo necesario para acceder a la verdad sobre el motivo de la contienda.

Del mismo modo, los principios como la suplencia o la designación de abogados de oficio a una de las partes no pretenden dar prioridad a una de las partes sobre la otra, sino equilibrar la situación procesal, asegurar la igualdad en el proceso cuando la desigualdad en las circunstancias de las partes impide el cabal cumplimiento del contradictorio.

La situación cambia cuando están en juego intereses de menores, de los cuales el juez se convierte en garante. El juez puede decretar lo que sea mejor para el menor e incluso ir en contra de lo planteado por ambas partes, con el propósito de cumplir con el interés público en que los derechos de los menores tengan prioridad en el respeto. Según explica **Berizonce**, los conflictos familiares involucran directamente al orden público, particularmente en cuanto inciden en la situación de menores e incapaces. El juez tiene potestades no sólo para la dirección del proceso, sino también en orden al propio contenido de las decisiones, con lo cual se erige en “guardián y ejecutor del orden público familiar”. Esto se resume en un objetivo: la búsqueda de las “soluciones más beneficiosas para el núcleo familiar”, en particular si está integrado por menores o incapaces. Con esto, a menudo pueden pasar a un segundo plano los derechos subjetivos de los actores directos, el objeto de la contienda, y se relegan cuando entran en colisión con ese interés del núcleo familiar.²³

3.2.3 Concentración

Según **Chiovenda**: “Decir *oralidad* es lo mismo que decir *concentración*”.²⁴ Este principio obliga a resolver en una sola actuación las cuestiones sujetas a debate. Exige que los actos del juicio oral se integren en una sola audiencia de ser posible o en pocas audiencias próximas.

²³ Cfr **Roberto O. Berizonce**, *Derecho procesal civil actual*, Librería Editora Platense, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, pág 546.

²⁴ **José Chiovenda**, ob cit, pág 134.

La concentración busca evitar la dispersión de actos procesales en el tiempo y las desventajas que ésta acarrea en cuanto al conocimiento de la causa y de las pruebas que tenga el juzgador, pues ante la carga de trabajo resulta difícil pensar que pueda tener presentes las actuaciones de todos los asuntos transcurrido un tiempo. En esto, se relaciona con el principio de “economía de esfuerzos”, en tanto busca lograr una resolución en la menor cantidad de actos, “se trata de cumplir en el menor número de actuaciones la mayor cantidad posible de actos útiles para el progreso del expediente”, resumir la actividad a las etapas necesarias y eliminar las que resulten superfluas o inoficiosas.²⁵

A diferencia de los procedimientos escritos, en los cuales entre las diversas fases del proceso median periodos más o menos amplios, pues la respuesta a un escrito requiere tiempo, para lo cual se establece un término, en el procedimiento oral concentrado se apela a la mayor brevedad en los términos al no existir esa necesidad de preparar escritos. La actividad judicial se concreta en la preparación y realización de la audiencia de juicio, al término de la cual ha de dictarse la sentencia si no en el mismo acto, sí en un plazo breve.

Así lo confirma **Cuenca**, para quien el principio de concentración reúne diversas actividades procesales en una sola audiencia o en el menor número de ellas, para lo cual “se aplica moderadamente el principio de la abreviación de los lapsos, no por voluntad de las partes sino por imposición de la ley”. A diferencia de la *descentralización*, en la cual “los actos se suceden regularmente, distanciados entre sí por intervalos de tiempo, según la concentración, todos los actos de conocimiento y decisión deben realizarse en una sola audiencia”.²⁶

De este modo, el predominio de la oralidad requiere de la concentración de la actividad procesal entera, o de la mayor parte de ella, en un solo acto: la audiencia principal, también denominada *vista*, *comparecencia* o *juicio oral*, acto en el cual se formulan las alegaciones y se practican las pruebas ante el juez, de manera que el proceso queda visto para dictar sentencia.

La concentración pretende favorecer la celeridad. Para ponerla en práctica, según señalan **Bertoldi** y **Ferreya**:

El juez puede ejercitar efectivamente sus facultades de decisión, por ejemplo, para la concentración de esta meta podrá negarse a proveer diligencias inne-

²⁵ **Oswaldo Alfredo Gozaíni**, ob cit, págs 155-156.

²⁶ **Humberto Cuenca**, *Derecho procesal civil*, tomo I, Universidad Central de Venezuela, Editores de la Biblioteca, Caracas, 1969, pág 264.

cesarias, suplir omisiones, sanear el proceso y concretar en lo posible el diligenciamiento de la prueba en la menor cantidad de actos procesales. Este principio es complementario del de inmediación, que a su vez está ciertamente vinculado con la oralidad. Al acumularse las actividades procesales en un mínimo reducido de actos se logra la celeridad del proceso, lo cual justifica la incorporación de la concentración entre las reglas que apuntan a la economía procesal.²⁷

3.2.4 Continuidad

La continuidad de los actos procesales es el necesario complemento del principio de concentración. Lo continuo es aquello que no se interrumpe, que prosigue sin detenerse, y la continuidad en el proceso consiste en la celebración de los actos procesales desde el principio hasta el final, sin que la actuación se pueda suspender, salvo por razones de fuerza mayor.

Si la concentración “pugna por aproximar los actos procesales unos a otros, concentrando en breve espacio de tiempo la realización de ellos”²⁸ para que de ser posible todos los medios de prueba se reciban en una misma audiencia, la continuidad se requiere para que, tras la valoración a conciencia de dicho material probatorio, el juez pueda adecuadamente resolver según proceda. Se requiere dictar la sentencia inmediatamente después de examinar la prueba que ha de darle fundamento, como garantía de una mejor justicia.

Evidentemente, no se trata de establecer como deber la realización de audiencias *maratónicas*; en todo caso el juzgador puede —según criterios razonables— decretar pausas en la audiencia, aunque siempre deberá ordenarse su continuación sin mayores dilaciones.

Lo relevante es, de la mano de la concentración, evitar la discontinuidad de las actuaciones para no perderse el efecto que busca conseguirse con el conocimiento directo del juez sobre el asunto, y que no desaparezca en él la impresión de las actuaciones llevadas a cabo, de modo que el fallo refleje el resultado del debate. La continuidad busca evitar que para decidir, el juez deba volver a revisar lo actuado —en la actualidad reproduciendo los videos—, o fiarse de su memoria para recordar las pruebas desahogadas tiempo atrás, sino que se resuelva según lo recién celebrado.

²⁷ María Virginia Bertoldi de Fourcade y Angelina Ferreyra de la Rúa, *Régimen procesal del fuero de familia*, Depalma, Buenos Aires, 1999, págs 46 y 47.

²⁸ Eduardo J. Couture, ob cit, pág 199.

3.2.5 Inmediación

Al hablar de inmediación se hace referencia a la relación comunicativa que se establece entre las personas físicas que intervienen en el proceso. Si la oralidad es la vía de comunicación que privilegia este procedimiento, la inmediación es indispensable para esto porque la celebración del diálogo requiere la presencia física del interlocutor: las partes han de tener frente a sí al juez para transmitirle oralmente sus pretensiones y alegatos. Según **Montero Aroca**, “la inmediación es parte esencial del procedimiento oral, tanto que puede afirmarse que no se trata de principios distintos y autónomos, sino de los dos aspectos de una misma realidad”.²⁹

La inmediación es un esquema de interacción directa e inmediata que debe haber entre el juzgador y los titulares de los derechos en controversia. De algún modo, implica la reafirmación del derecho de las partes a ser efectivamente *vistas* y *oídas* al acudir a juicio. Al juzgador se le exige el conocimiento directo del asunto de la controversia y especialmente su participación y dirección en los actos procesales de la audiencia: desahogo de pruebas y alegatos, con el fin de que ese conocimiento respalde su resolución. Esto último se aplica porque la inmediación obliga a que el juez que ha conocido directamente del litigio sea quien también dé solución a éste, como garantía de que el fallo se respalde en esas impresiones recibidas directamente.

Al respecto se ha escrito que la inmediación “constituye una medida básica para garantizar la justicia y acierto de la actividad jurisdiccional decisoria sobre los hechos procesalmente relevantes, en congruencia con lo que exige la libre valoración de la prueba (...) El tribunal puede, gracias a la inmediación, extraer un convencimiento por impresiones directas y no por referencias escritas u orales de experiencias ajenas”.³⁰

Humberto Cuenca añade al respecto:

El principio de inmediación consiste en la cercanía del juez con la realidad del proceso, en su contacto directo con las personas y las cosas que lo constituyen no sólo con los litigantes, sino también con los testigos y demás auxiliares de justicia; además, exige esta cercanía el conocimiento directo de las cosas que son objeto del proceso, de manera que pueda estar impregnado del ámbito real de la controversia y de la atmósfera donde ocurrieron los hechos; aspira el juez, por tanto, por el principio de inmediación no a recibir sucesos con

²⁹ **Juan Montero Aroca et al**, *Derecho jurisdiccional I. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág 354.

³⁰ **Andrés de la Oliva Santos et al**, ob cit, pág 76.

carácter histórico, o sea, relatos después de ocurridos, sino que hasta cierto punto esté lo más cierto posible de los acontecimientos.³¹

Queda claro que el desahogo verbal de las pretensiones es estéril, y quizá hasta perjudicial, si se realiza frente a una persona distinta de la que habrá de resolver. El conocimiento directo del asunto y de los contendientes que persigue la inmediación oral sólo adquiere sentido cuando el encargado de decidir indaga directamente qué está en juego y a quiénes afectará su sentencia.

Así, la presencia física del juzgador en los eventos procesales es indispensable, específicamente en lo relativo a la asunción de la prueba y los alegatos dentro de la audiencia, para que el juzgador al tomar el conocimiento directo emita un fallo mejor motivado. De ahí que resulte pertinente —como se ha hecho en algunas legislaciones procesales locales que se analizan en el apartado correspondiente y como es la tendencia procesal internacional— que la ausencia del juez en las audiencias signifique la nulidad de éstas. Ahora se entiende como aberrante esa situación que ha habido muchas veces en el ámbito penal, por ejemplo, de que el juez sentencia a varios años de prisión a un sujeto sin haberlo visto ni oído nunca en persona.

La reivindicación de este principio es sin duda loable, pues, como afirma **Ovalle Favela**, ha sido lo usual que en el derecho procesal mexicano “no hay inmediación porque el juez no está presente en las audiencias, no conoce a las partes, a los testigos, a los peritos (...) sólo juzga con base en el expediente que lee”. Para el caso de la prueba de inspección judicial: “El juez no está frente a los hechos, sino frente al acta que levante el secretario o el actuario, quienes le dicen cómo son los hechos”. Lo mismo es válido para la prueba testimonial, en la cual “el juez sólo conoce lo que el secretario de acuerdos dice que dijo el testigo; no conoce las palabras que expresa el testigo, sino la traducción que hace el secretario de esas palabras al lenguaje forense”.³²

En materia familiar, la solicitud de inmediatez se convierte en urgencia. Los intereses objeto del debate reclaman ese contacto directo de las partes con el juez, que adquiere matices particulares en la audiencia de conciliación, por ejemplo, o en la exhortación a las partes a que acudan al procedi-

³¹ **Humberto Cuenca**, ob cit, pág 263.

³² **José Ovalle Favela**, “La oralidad en el proceso familiar” en **María Antonieta Magallón Gómez** (coord), *Juicios orales en materia familiar*, 2a ed, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2012, pág 194.

miento de mediación como vía para alcanzar una solución no sólo jurídica, sino también restauradora del conflicto, según el sentido ético del proceso de familia que se comentó en la unidad anterior.

A su vez, la inmediación es fundamental cuando se trata de hacer cumplir el derecho de los menores a ser oídos. Se convierte en un absurdo apelar al interés superior del menor cuando alude a un menor al cual el juzgador no ha tenido ocasión de conocer ni de escuchar personalmente.

Sin embargo, cabe precisar —evitando caer en argumentos inocentes, si no es que superficiales— sobre las bondades de la inmediación. No se niega que con la inmediación se sientan las bases para una justicia más humana en tanto las partes conocen a su juez, tiene un *rostro* y no es sólo un nombre y una firma en un papel que a veces, resulta inentendible para los no versados en derecho; pero esto no significa que la consecuencia directa de la inmediación sea una mejor decisión.

Es común escuchar, por ejemplo, que el juez al conocer a las partes de manera indudable podrá acceder a la verdad de los hechos y resolver según ésta. Se olvida que el alegato de las partes, sea presentado por vía escrita u oral, sólo es un discurso creado. No son los hechos, sino el relato de éstos realizado por las partes para favorecer su pretensión, como es natural. Lo mismo es válido cuando se trata del desahogo de testimoniales, en cuyo caso se dice que el juez, al tener frente a sí al testigo, podrá *saber* si expresa la verdad. Es erróneo hacer una relación automática entre conocimiento objetivo y oralidad e inmediación. Resulta difícil creer que el juez, por el solo hecho de escuchar a las partes, puede saber dónde está la verdad y cómo resolver. Tanto puede suceder esto como en sentido contrario, que el conocimiento de las partes conduzca a la decisión acrítica, emocional o por mera empatía.

Sin duda, lo anterior es un primer paso loable, pero no se deben sobre-dimensionar las cosas, considerando que en el esquema procesal escrito también hay juzgadores comprometidos que se toman su tiempo para escuchar y conocer a los actores. Por otro lado, cabe destacar la importancia que para la efectividad de la inmediación tiene la especialización del juzgador y el respaldo técnico que requiere en el abordaje interdisciplinario del conflicto familiar. Recuérdese que el proceso familiar persigue, además de una respuesta jurídica, que ésta sea también la solución más benéfica para los involucrados. Esto trasciende el plano de la mera legalidad, como señala **Berizonce**: “La solución jurídica —aun la que tiende a remediar y apunta hacia el futuro— será siempre parcial, y por ello insuficiente, si se desentiende del conflicto humano que anida en la litis familiar. El juez no podrá

dejar de acercarse y compenetrarse de ese aspecto sustancial, tan difícil como alejado en su evaluación, del instrumental jurídico”.³³

Desde luego, de poco sirve que el juez interactúe directamente con las partes si no cuenta con la capacitación adecuada para entender el trasfondo humano del conflicto que se pone a su consideración. Requiere el soporte interdisciplinario para que ese conocimiento y contacto directo con los involucrados realmente rinda frutos y no se quede sólo en un nuevo monólogo de la ley imponiendo sus razones a los individuos, ahora dictadas por la vía oral.

3.2.6 Abreviación

Abreviar algo es hacerlo breve, acortarlo, reducir su alcance en el tiempo y en el espacio. En el proceso, la abreviación se refiere al acortamiento de los trámites y las etapas, vinculado con la concentración de los actos a fin de generar un ahorro de tiempo.

Este principio propugna por la aceleración del proceso, con miras a alcanzar la ansiada celeridad. La justicia pronta, según se ha señalado en varias ocasiones, es componente del derecho fundamental de acceso a la justicia. El reclamo de que la justicia no retarde, sea puntual, se vuelve crítico cuando se trata de los problemas de familia; a la tutela jurisdiccional se añade la necesaria protección derivada del mandato constitucional.

La abreviación en el sistema oral se presenta como la preferencia por un sistema procesal sencillo, flexible en las formas y resumido en sus etapas, que supere la burocratización actual. **Magallón Gómez**³⁴ recuerda los estudios de un clásico como **Ihering** para señalar que los procesos cortos y austeros son rápidos y eficaces, mientras otros complejos —por ser detallados al máximo— resultan interminables. La riqueza se torna en lacra y la minuciosidad en fatalidad. La abreviación es simplicidad, frente a aparatosisma, inoperancia y lentitud.

La simplicidad del proceso abreviado pretende sustituir el *formalismo jurídico familiar* imperante, que conlleva un grave problema de tiempo, una “metodología procesal compleja que se prolonga en el tiempo y que por las dilaciones procesales extenúa a los miembros de las familias que se encuentran en litigio”.³⁵

³³ **Roberto O. Berizonce**, ob cit, pág 545.

³⁴ **María Antonieta Magallón Gómez**, “Aproximación a una construcción del proceso familiar oral en México” en **María Antonieta Magallón Gómez** (coord), *Juicios orales...*, ob cit, pág 122.

³⁵ *Ibidem*, pág 136.

Dicho principio incide tanto en la eliminación de los trámites que no son indispensables para obtener una visión concreta de la litis, como en la reducción de los plazos que separan una etapa procesal de otra. En cuanto a la reducción de trámites, se ha propuesto —por ejemplo— la notificación de las partes en las audiencias o, de modo automático, en el entendido de que es su responsabilidad enterarse del avance de sus asuntos y del estado del proceso. Esto puede resultar de la mayor utilidad en la aceleración del trámite, siempre y cuando no se conculquen garantías procesales, pues a nadie escapa que la notificación ha sido uno de los trámites más burocratizados y engorrosos de los procedimientos.

A su vez, se plantea también la concentración entre demanda y pruebas: que éstas se ofrezcan en los escritos iniciales de cada una de las partes. En complemento, la disminución de recursos: que la apelación tenga sólo efecto devolutivo y no suspensivo.

En cuanto a la abreviación de términos, se establecen términos perentorios para la realización de las distintas actuaciones y se dan facultades al juzgador para que abrevie el curso de los asuntos sometidos a su decisión, sin que ello signifique que se puedan suplir actuaciones que corresponde realizar a los interesados o partes del proceso o eliminar etapas arbitrariamente. Sus facultades se dirigen a suprimir todo trámite superfluo o a rechazar promociones improcedentes. Se trata de la *simplificación de los trámites procesales*, según dice **Guahnon**, “no corriendo traslados innecesarios, cerceando las peticiones evidentemente dilatorias de las partes, supliendo omisiones, saneando el procedimiento”.³⁶

En cuanto al último rubro señalado, el *saneamiento del proceso*, también denominado *depuración procesal*, hace alusión al conjunto de facultades que se otorgan al juez para excluir las situaciones que entorpezcan el avance de la causa o generen confusión sobre el objeto de la discusión.

Según señala **Gozáíni**: “En el campo de la celeridad, el principio de saneamiento pretende dos objetivos: *a*) depurar el proceso de vicios que inciden en la utilidad del litigioso, y *b*) asegurar que el objeto del proceso se encuentre precisamente determinado, liberándolo de manifestaciones dispendiosas o de pruebas inconducentes que sean, en definitiva, un estorbo insalvable para resolver”.³⁷ Por aplicación de este principio, cada vez que sea necesario el juez podrá increpar verbalmente a la parte que pretende

³⁶ **Silvia V. Guahnon**, ob cit, pág 53.

³⁷ **Oswaldo Alfredo Gozáíni**, ob cit, pág 158.

entorpecer el proceso e imponer, si es el caso, los correctivos disciplinarios que prevea la norma.

Respecto al reclamo generalizado de celeridad, se debe exponer objetivamente la cuestión y, como al hablar de la intermediación, evitar argumentos simplistas o inocentes. Sin duda, la justicia pronta es una exigencia, aunque para su cumplimiento se han de identificar los factores que hasta ahora impiden su realización, además del modelo procesal.

Es oportuno destacar que la oralidad por sí sola no repercute necesariamente en la duración de los procesos. La exposición oral no será más rápida que la escrita si se atiende, como se ha referido, a que requiere invertir mayor tiempo en su adecuada preparación o de otro modo no rendirá frutos. En realidad, la prontitud depende de la concentración y la continuidad, que sean pocas etapas procesales y se sigan sin interrupciones, que por la abreviación se eliminen los actos innecesarios, que los plazos y términos procesales sean los indispensables y, sobre todo, que se observen estrictamente.

Sin embargo, otros factores no relacionados directamente con la estructura del proceso, sino con el actuar de los sujetos procesales resultan decisivos para alcanzar la celeridad: la carga de trabajo del juzgador, por un lado, y el retardo originado por la actuación de las partes, por el otro.

Algunos autores afirman que, globalmente, la crítica al juicio oral “sospecha sobre la verdadera celeridad que ofrece, porque la realidad muestra que los procesos orales son aún más lentos que los escritos. Constatado esto, la explicación no advierte fallas estructurales del método, sino un cúmulo increíble de expedientes que impide racionalizar el trabajo”.³⁸

Efectivamente, se exige considerar en primer lugar que la oralidad no funcionará adecuadamente si no se acompaña de medidas urgentes para atender el problema de la descomunal carga de trabajo que enfrenta la jurisdicción. El sistema de justicia actual, en las distintas materias, es ineficaz no porque sea escrito sino porque resulta insuficiente para dar cabida de manera pronta a todos los asuntos. Si la oralidad no atiende esto, no habrá avance. Como han ilustrado diversos críticos, el nuevo proceso previsto en los textos legales señala que el juicio se resolverá en una audiencia y, de ser posible, la sentencia se dictará ese mismo día, lo cual está muy bien; pero será patético esperar turno durante meses para que llegue el ansiado día de la audiencia de juicio.

Por otro lado, respecto al actuar de las partes, se ha visto que el alargamiento de los procesos se utiliza como *estrategia* procesal, sin duda repro-

³⁸ *Ibidem*, pág 146.

chable, que desempeña el abogado para asegurarse sus ingresos o las propias partes para entorpecer cuando saben que se dictará sentencia en su contra. Tanto entre los procesos orales como en los escritos cabrán los desvíos de las chicanas. Aun cuando algunos autores consideran que dichos procesos orales se prestan menos a las conductas dilatorias, ninguna estructura procesal está blindada contra esto, que exige sin duda una atención adecuada en el proceso previendo las adecuadas medidas, pero sobre todo en la preparación de un cuerpo de profesionales del derecho con sólidos principios éticos que los alejen de esas prácticas.

Respecto a las esperanzas desmesuradas y tal vez infundadas que resultan de asociar automáticamente el nuevo esquema de oralidad con celeridad, es muy ilustrativa la experiencia española que comenta **Vázquez Sotelo**. Sencillamente, en aquel país, tras la puesta en práctica en la última década del juicio oral civil con la aplicación de la nueva *Ley de Enjuiciamiento Civil*, los hechos han demostrado que el proceso verbal dura igual que el anterior proceso escrito:

La introducción del proceso oral ha podido producir, especialmente en la práctica, la frustración de que el nuevo proceso civil sigue siendo tan lento como el anterior, dominado por la escritura (...) La frustración proviene de la creencia errónea de que un proceso oral es más rápido que un proceso escrito (...) Las dilaciones pueden producirse igual en un procedimiento oral que en uno escrito [ya que] obedecen frecuentemente a causas ajenas a los principios que pueden inspirar el procedimiento (vg. causas relativas a la organización y funcionamiento de los juzgados y tribunales). Es más: un proceso escrito puede ser incluso más expedito que un proceso oral (...) Un proceso oral por audiencias puede ser más lento que el proceso desarrollado mediante intercambio de escritos. La redacción de escritos supone un trabajo de despacho, que puede haber exigido muchas horas, pero su intercambio con los escritos de la contraparte es sumamente sencillo y permite la tramitación simultánea de múltiples procesos (...) En cambio, una audiencia o comparecencia exige la presencia simultánea de muchos profesionales, que sólo pueden atender el asunto que motiva su comparecencia.³⁹

3.2.7 Economía procesal

Los principios de concentración, continuidad y abreviación, en tanto pretenden lograr el ahorro de tiempo, se relacionan directamente y determinan la economía procesal. Para las partes, el nuevo esquema procesal sólo

³⁹ José Luis Vázquez Sotelo, ob cit, págs 13 y 14.

se traducirá en un ahorro de recursos si se consolida como un ahorro de tiempo.

El gasto que el proceso representa para las partes está directamente en relación con el tiempo que se invierta en obtener la resolución. “El tiempo es oro”, versa la máxima que define el pensamiento económico de nuestra época; sin embargo, cuando se trata de un juicio, según apunta magistralmente **Couture**, el tiempo en el proceso, más que oro, es justicia.

La oralidad no es por definición un esquema procesal más económico que el escrito; quizá implique un menor gasto en papel e impresoras, pero nada más. En principio, para las partes, los desembolsos mayores que conlleva el proceso, como honorarios del profesional en derecho o pago de peritos, no se alteran porque la sustanciación del juicio sea oral o escrita.

Por otro lado, para el erario, resulta claro que en principio la transición al esquema oral implica más gasto que ahorro: se requiere adecuación de las instalaciones, generación de infraestructura, capacitación de los jueces y en muchos casos aumentar la planta del personal judicial. No más personal burocrático, sino más jueces, que atiendan directamente los asuntos, según el principio de intermediación.

Los gastos se extienden a los demás operadores jurídicos: los abogados necesitan invertir en capacitación para desempeñarse en el nuevo modelo procesal, y especialmente las instituciones educativas requieren dedicar no sólo recursos humanos a la revisión y actualización de planes de estudios, sino también recursos materiales, que son escasos cuando se trata de universidades públicas, al acondicionamiento de aulas para la docencia de estos nuevos juicios.

Una vez invertido lo necesario para la puesta en marcha del nuevo modelo, no es claro si realmente costará menos que el actual proceso escrito o resultará dispendioso. Los ejemplos en el mundo son diversos y muestran que hay tanto juicios orales *caros* como económicos. Sólo si realmente hay ahorro de tiempo para las partes, resultará económico para éstas. Por el lado del erario, además de la mayor plantilla judicial, se deberá prever el gasto que signifique mantener la nueva infraestructura tecnológica que parece resultar indispensable para que el sistema funcione.

De nuevo acerca del ejemplo español, **Vázquez Sotelo** refiere que el cambio al proceso oral no se debió solamente a la reforma legislativa, sino que auténticamente dependió de los recursos materiales disponibles: “Si la oralidad se ha introducido realmente en el proceso civil español a partir de la *LEC* 2000 ha sido gracias a la implantación efectiva de las modernas tecnologías del registro y reproducción de la palabra, la imagen y el sonido, en

los trámites procesales realizados verbalmente”. Antes se conculcaba el proceso de intermediación porque, como las actas del proceso seguían siendo escritas, no se exigía la presencia del juez y aun podía simularse. Ahora ya no puede ser así:

En el DVD que registra las sesiones tiene que verse al magistrado presidiendo y dirigiendo la sesión, al secretario judicial que le asiste y a los representantes y abogados de las partes, incluso a las propias partes. Si el DVD acreditase que el juez o el secretario no están presentes (su sillón no está ocupado), todo lo actuado en la sesión sería radicalmente nulo, con sólo visionar el DVD y con las correspondientes sanciones disciplinarias.⁴⁰

Efectivamente, la tecnología se ha vuelto fundamental. El nuevo proceso “oral”, según se ha puesto en las legislaciones locales que ya lo regulan y conforme se pone en práctica en las distintas entidades federativas, tiende a convertirse en un proceso *audiovisual* o *multimedia*. No hay escritos, pero sí grabaciones de las audiencias, que las partes procesales tratan como si fueran escritos: se piden copias de éstas, se ofrecen como pruebas documentales *lato sensu*. En fin, ya no hay un expediente escrito, sino ahora un expediente electrónico.⁴¹

3.3 Juicio oral ordinario en materia familiar

El modelo de juicios orales en materia familiar se ha llevado ya a la práctica en algunas entidades federativas. En seguida se comenta la legislación específica de tres estados: Nuevo León, Estado de México y Guanajuato, que ya sustancian controversias de orden familiar mediante juicios orales.

Como se verá, el modelo de juicios orales adoptado en las tres entidades reseñadas, que pueden considerarse la vanguardia en la materia de esta reforma judicial, es similar en el esquema general. Las variaciones en la regulación, que se estiman acordes con las condiciones locales, no desvirtúan

⁴⁰ *Ibidem*, págs 7 y 10.

⁴¹ Aunque referida al amparo en materia penal, ilustra muy bien la consolidación de esta nueva cultura del proceso “digital” la siguiente tesis jurisprudencial: **Videograbaciones de audiencias celebradas en procedimientos penales de corte acusatorio y oral, contenidas en archivos informáticos almacenados en un disco versátil digital (DVD). Si la autoridad responsable las remite como anexo o sustento de su informe justificado, adquieren la naturaleza jurídica de prueba documental pública y deben tenerse por desahogadas sin necesidad de una audiencia especial**. Tesis 1a./J. 43/2013, 10a época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, libro XXIII, tomo I, agosto de 2013, pág 703.

el fundamento en los principios de los juicios orales según los ha sistematizado la doctrina procesal, además de que los argumentos que han acompañado las reformas han sido en gran medida los mismos: ventajas como celeridad frente a la lentitud de los procesos tradicionales, mayor publicidad, posibilidad de dictar mejores resoluciones gracias a la interacción directa entre el juzgador y las partes y, por tanto, un mejor acceso a la justicia.

En las tres entidades cuya legislación se comenta, según sea la controversia, en el proceso oral se celebrarán dos audiencias: la primera de conciliación o avenencia, o una sola de juicio. Desde el punto de vista estricto, no se trata de procesos puramente orales, pues aunque todas las promociones de las partes en las audiencias habrán de desahogarse en la vía oral, así como las previsiones del juez correspondientes, la vía escrita es obligatoria en la apertura del proceso (presentación de escritos de demanda y contestación), al finalizar las audiencias (levantamiento de acta) y en la conclusión del proceso (dictado de sentencia). Además, el uso de la tecnología conduce a señalar que se trata también de procesos *audiovisuales*, pues hay obligación de videografiar la realización de las audiencias, y las partes pueden solicitar copias de ese material. De algún modo, esta situación es similar a la solicitud de copias del expediente que se efectúa en los procesos escritos.

Las reglas de la concentración, continuidad y abreviación se expresan al conjuntar la presentación de demanda con el ofrecimiento de pruebas; al reducir los trámites para el desahogo de éstas; la posibilidad de celebrar de modo sucesivo e inmediato ambas audiencias y de dictar sentencia al finalizar la audiencia principal; y en la previsión de términos cortos cuando las actuaciones no puedan concentrarse.

3.3.1 Disposiciones generales

3.3.1.1 Nuevo León

En esta entidad, las reformas publicadas en el *Periódico Oficial del Estado* el 12 de abril a la *Ley Orgánica del Poder Judicial* local, y el 10 de septiembre de 2006 a los códigos civil y de procedimientos civiles y a la *Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos*, sentaron las bases de la transición hacia los procedimientos orales en las materias civil y familiar, al determinar la creación de los juzgados respectivos y la competencia de los procedimientos que conocerían estos juzgados. Las reformas entraron en vigor a partir del 1o de febrero de 2007 y con ellas iniciaron su aplicación los nuevos esquemas procesales.

Por lo que hace a la legislación adjetiva, el *CPCENL* estatuye lo relativo al procedimiento oral en su libro séptimo. Se sujetarán a este procedimiento las siguientes controversias familiares (art 989): alimentos, convivencia y posesión interina de menores cuando éstas constituyan el objeto de la acción principal; solicitudes de divorcio por mutuo consentimiento; actos de jurisdicción que versen sobre enajenación de bienes de menores o incapacitados y transacción acerca de sus derechos, adopción y del cambio de régimen de matrimonio; y acciones de divorcio por adulterio, sevicia, amenazas e injurias, o negativas injustificadas de uno de los cónyuges a solventar alimentos (fraccs I, XI y XII, art 267, *CCENL*).

Los principios del juicio son la oralidad, intermediación, abreviación, publicidad, contradicción, concentración y continuidad (art 990, *CPCENL*). El intercambio verbal será así el medio para formular las promociones de las partes durante las audiencias (art 991) y corresponde al juez proveer, en el momento y oralmente, toda cuestión que se le plantee durante el desarrollo de éstas (art 992).

Respecto a la abreviación como no aceptación de cuestiones distintas del objeto del proceso, el art 993 señala que las partes no podrán invocar, leer, ni incorporar como prueba al procedimiento oral antecedente alguno relacionado con la proposición, discusión, aceptación o rechazo, procedencia o revocación de un método alterno hecho valer.

Cuando las diligencias de desahogo de pruebas deban verificarse fuera del juzgado, pero dentro de su ámbito de competencia territorial, deberá presidirlas el juez, videograbarlas el personal técnico adscrito al Poder Judicial del Estado y certificarse de conformidad con lo dispuesto para el desarrollo de las audiencias en el juzgado (art 994).

La nulidad de una actuación deberá reclamarse en la audiencia subsecuente, bajo pena de quedar validada de pleno derecho. La producida en la audiencia de juicio deberá reclamarse durante ésta, antes de que el juez pronuncie la sentencia definitiva (art 995).

El *CPCENL* prevé una regla de notificación automática, que opera como sanción para la parte que injustificadamente incumple el deber de asistir a la vista oral, según el art 996, conforme al cual las resoluciones judiciales pronunciadas en las audiencias se tendrán por notificadas, sin necesidad de formalidad alguna, a quienes estén presentes o debieron haber estado.

3.3.1.2 Estado de México

La puesta en práctica de los juicios orales en esta entidad dio inicio con la reforma publicada en la *Gaceta del Gobierno* del estado el 19 de febrero de

2009; en concreto, con la adición del libro quinto “De las Controversias sobre el Estado Civil de las Personas y del Derecho Familiar” al *CPCCEM*. Estas nuevas disposiciones entraron en vigor de manera progresiva en los distintos distritos judiciales de la entidad entre el 1 de agosto de 2009 y el 1 de agosto de 2011.

Según el art 5.2 de dicho código, las controversias que se sujetarán a la regulación prevista en el libro quinto serán las que se susciten con motivo de alimentos, guarda y custodia, convivencia, régimen patrimonial, patria potestad, parentesco, paternidad, nulidades relativas a esta materia y las demás relacionadas con el derecho familiar; las relativas al estado civil de las personas, y la petición de herencia después de la adjudicación respectiva.

Dichos procedimientos se regirán por los principios de oralidad, inmediación, publicidad, concentración y continuidad (art 5.3). La publicidad no será óbice para que el juez vele por el respeto al derecho a la intimidad de las partes y especialmente de los niños, niñas y adolescentes (art 5.4).

Respecto a la continuidad, el art 5.5 del *CPCCEM* prevé que el procedimiento se desarrollará en audiencias sucesivas hasta su conclusión, aunque el juez podrá suspender el desarrollo de la audiencia por razones de absoluta necesidad por un plazo hasta de diez días, de acuerdo con el motivo de la suspensión, en cuyo caso comunicará oralmente la fecha y hora de su continuación, lo que se tendrá como suficiente citación.

Es de interés la previsión sobre la conciliación, según la cual en cualquier etapa del proceso las partes podrán conciliar sus intereses si la naturaleza del asunto lo permite, y se someterá el convenio a la aprobación del juez o sala (art 5.6). Otro principio de relevancia es el del interés superior de los menores, por el cual se reconoce su derecho a ser escuchados y a que el juez dicte las medidas que estime pertinentes para salvaguardar dicho interés superior, como terapia médica, psicológica o social a sus progenitores o a quienes integren el grupo familiar, además de la suplencia de la queja en beneficio de menores e incapacitados (art 5.16).

Asimismo, se admite la celebración de actos fuera del juzgado. Según el art 5.7 del *CPCCEM*, el juez podrá ordenar el traslado del personal de actuaciones y terceros al domicilio o lugar donde se encuentren las cosas o personas sobre las que se deba desahogar algún medio probatorio. En complemento, el art 5.11 señala que las diligencias de desahogo de pruebas que deban verificarse fuera del juzgado pero dentro de su ámbito de competencia territorial serán presididas por el juez y se registrarán conforme a lo dispuesto para las audiencias en el juzgado.

Al regir el principio de oralidad para estas controversias, las peticiones de las partes se formularán de ese modo durante las audiencias (art 5.9), debiendo a su vez el juez proveer oralmente y al momento toda petición planteada (art 5.10).

La abreviación se manifiesta en la disposición según la cual sólo durante las audiencias podrán reclamarse las nulidades que de ellas se originen, las cuales, previa vista a la contraria, se resolverán en el propio acto. La nulidad producida en la audiencia principal deberá reclamarse durante ésta, antes de que el juez pronuncie la sentencia definitiva (art 5.12).

A su vez, se prevé la notificación automática en la audiencia. De acuerdo con el art 5.13 del *CPCEM*, las resoluciones judiciales dictadas en éstas se tendrán por notificadas a quienes estén presentes. A los inasistentes se les notificará conforme a las reglas generales de las notificaciones, mientras que la notificación personal que ordene el juzgador contendrá un extracto sucinto del acto procesal respectivo.

Las reglas de la acumulación de autos se señalan en el art 5.15. Dos o más controversias deben acumularse cuando la decisión de cada una exige la comprobación, la constitución o la modificación de relaciones jurídicas que se derivan en todo o en parte del mismo hecho, de manera que éste tiene que comprobarse en todo caso, o tienden, en todo o en parte, al mismo efecto, o cuando en dos o más juicios deba resolverse total o parcialmente una misma controversia. La acumulación procederá en cualquier etapa del proceso hasta la fase de alegatos y se hará a favor del que prevega en el conocimiento de los juicios.

Los asuntos conexos se acumularán a instancia de parte o de manera oficiosa, a fin de evitar sentencias contradictorias.

En la acumulación de juicios orales a ordinarios o viceversa, una vez concluida la fase de alegatos, se remitirán al que, por razón de prevención, le corresponda el conocimiento y decisión del asunto para que en una sola sentencia se resuelvan ambos.

3.3.1.3 Guanajuato

En esta entidad, la transición legislativa al modelo de justicia oral en materia familiar ocurrió con la reforma del 27 de diciembre de 2011, mediante la cual se adicionó un libro sexto al *CPCEG*. Según dispuso el tercero transitorio del decreto de reforma, la incorporación en el sistema procesal civil de los juicios orales en materia familiar ha sido progresiva, por partidos judiciales, con inicio el 1 de agosto de 2012 en Guanajuato, seguida de la incorporación de Celaya, Irapuato y Salamanca el 1 de enero de 2013 y de León

el 1 de septiembre de 2013, proyectando su conclusión el 1 de marzo de 2014 con la entrada en vigor del sistema en el resto del estado.

El capítulo I del título primero del adicionado libro sexto del *CPCEG* establece los principios generales de tales juicios: intermediación, continuidad, concentración, colaboración y abreviación (art 775); respeto a la privacidad de las partes y especialmente de los niños, niñas, adolescentes e incapaces (art 776), así como la formulación oral de las peticiones de las partes (art 777) y la provisión igualmente oral e inmediata por el juez de toda cuestión que se le plantee durante el desarrollo de la audiencia (art 778).

De particular importancia es el señalamiento de que quienes no puedan hablar, oír o no entiendan o hablen el idioma español serán asistidos por intérprete (art 779). Asimismo, otorgan al juzgador las más amplias facultades de dirección procesal para decidir en forma pronta y expedita lo que en derecho proceda (art 780).

Se abre la vía de la justicia alternativa, al señalar el art 781 del *CPCEG* que en cualquier etapa del proceso, incluso en segunda instancia hasta antes de dictar sentencia, las partes podrán conciliar sus intereses si la naturaleza del asunto lo permite, y el convenio se someterá a la aprobación del juez o magistrado. Durante el procedimiento y en la resolución del conflicto, se buscarán alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes, privilegiando las soluciones acordadas por ellas. Para esto, en cualquier etapa del procedimiento el juez propiciará y procurará la conciliación entre las partes con el fin de que logren un acuerdo que solucione el conflicto.

Los expedientes escritos se sustituyen por expedientes electrónicos. El art 797 del *CPCEG* dispone que los tribunales, de acuerdo con las herramientas tecnológicas de que dispongan, podrán formar una carpeta electrónica con la copia digitalizada de todas las promociones y actuaciones que conformen el juicio.

Respecto a las diligencias de desahogo de pruebas que deban verificarse fuera del juzgado, pero dentro de su ámbito de competencia territorial, deberán ser presididas por el juez y registradas por el tribunal por medios electrónicos de grabación de audio y video (art 798).

La nulidad de una actuación deberá reclamarse en la audiencia subsecuente, bajo pena de quedar validada de pleno derecho. La producida en la audiencia de juicio deberá reclamarse durante ésta hasta antes de que el juez pronuncie la sentencia. La del emplazamiento podrá reclamarse en cualquier momento (art 799).

Igualmente, rige la notificación automática para las resoluciones judiciales pronunciadas en las audiencias, que se tendrán por notificadas en ese

acto a quienes estén presentes o debieron haberlo estado, sin necesidad de formalidad alguna.

Sólo el emplazamiento, la citación para la audiencia preliminar y la sentencia serán notificados personalmente a las partes. Las demás resoluciones se notificarán a las partes conforme a las reglas de las notificaciones no personales (art 800).

3.3.2 Demanda y contestación

3.3.2.1 Nuevo León

La legislación procesal de Nuevo León establece un procedimiento oral ordinario, con reglas específicas para materias como alimentos, y procedimientos orales especiales.

En cuanto hace al procedimiento general, iniciará con la demanda que deberá presentarse por escrito con los requisitos señalados para los procedimientos escritos (art 1040, *CPCENL*). La presentación de la demanda por esta vía caracteriza a dicho proceso como mixto y no estrictamente oral. Admitida la demanda, el juez ordenará emplazar al demandado corriéndole traslado con copia de la misma y de los documentos acompañados, a fin de que en un plazo de cinco días ocurra a producir su contestación por escrito (art 1041).

La contestación se hará por dicha vía y se ajustará a las formas previstas para la demanda; las excepciones que se tengan, cualquiera que sea su naturaleza, se harán valer simultáneamente en la contestación y nunca después, salvo las supervenientes (art 1043).

En los asuntos de la materia familiar, al ser cuestiones de orden público, no procederá el allanamiento.

Según el art 1045 del *CPCENL*, el demandado, al contestar la demanda, podrá proponer la reconvención, con la cual, de admitirse, se correrá traslado al actor, a fin de que la conteste por escrito en un plazo de cinco días. Si en la reconvención se hace valer una causal de divorcio diversa de las que se tramitan en el juicio oral, cesará de inmediato éste para que se continúe en la vía ordinaria.

Si el demandado o el actor reconvenido no formulan su contestación, analizado el emplazamiento respectivo, la demanda o la reconvención se tendrán por contestadas en sentido negativo (art 1046).

Las partes deberán ofrecer sus pruebas en los escritos de demanda, reconvención y contestación a éstas (art 1047).

Contestada la demanda y la reconvencción o transcurridos los plazos para hacerlo, el juez examinará de oficio la personalidad de las partes; de estar satisfecha, fijará la fecha y hora para la audiencia preliminar, ordenando notificarla personalmente a las partes por lo menos cinco días antes de ésta (art 1048).

Procede dictar medidas provisionales cuando se trate de una demanda de alimentos. El art 1070 del *CPCENL* dispone que, recibida ésta, en el auto de admisión el juez fijará prudencialmente una pensión provisional, contra la cual no se admitirá recurso alguno. La fijación se comunicará de inmediato a la persona física o moral de quien perciba el ingreso el deudor alimentista, para que se haga entrega de la pensión provisional a quien exige los alimentos. Lo mismo se observará respecto a cualquier emolumento u otro crédito que exista a favor del deudor alimentista.

Para fijar la referida pensión provisional, el juez cuenta con facultades oficiosas en materia de desahogo de cualquier diligencia que considere necesaria. A su vez, dictará medidas provisionales en controversias que se susciten con motivo de la custodia provisional de los menores respecto de quienes ejercen la patria potestad; la convivencia entre los padres en relación con sus hijos, o entre éstos y aquéllos, mientras estén sujetos a la patria potestad; la convivencia de los abuelos con sus nietos menores de edad, y los derechos de posesión de estado de padre o de hijo (art 1076).

En dichos procedimientos, según el art 1077, el juez —después de contestada la demanda y fijada la litis— fijará un régimen de convivencia provisional con el demandante ya sea de manera libre, asistida o supervisada, atendiendo a las circunstancias del caso y al interés superior del menor involucrado, y podrá negar dicha medida temporal en caso de que exista un inminente riesgo a la integridad física, psicológica o emocional del menor. La convivencia provisional cesará una vez que el juez pronuncie la sentencia definitiva.

Se añade que durante el procedimiento deberá escucharse la opinión de los menores, si han cumplido 12 años, quedando obligada la persona que detente la custodia a presentarlo el día y la hora que se señalen (art 1078).

3.3.2.2 Estado de México

Para las acciones del estado civil, la demanda, la reconvencción y la contestación a éstas se regularán por las reglas generales que establece el *CPCEM* en su libro segundo en lo que no se opongan al régimen específico del juicio oral. En la demanda, reconvencción y contestación se ofrecerán las pruebas respectivas.

Cuando se trate de alimentos, guarda y custodia, convivencia, régimen patrimonial, patria potestad, parentesco, paternidad, nulidades relativas a esta materia y las demás relacionadas con el derecho familiar, no se requerirán formalidades especiales para acudir ante el juez.

Para el caso de controversias de alimentos se utiliza en esta entidad un “formato de demanda”, instrumentado por el Poder Judicial del Estado y distribuido en las oficialías del Registro Civil, entre otras entidades. Esta demanda podrá presentarla quien tenga derecho a los alimentos o su representante. Para el caso de que no se cuente con el patrocinio de abogado, el juez le designará de oficio un defensor público.

Según el art 5.41 del *CPCEM*, la presentación de documentos públicos podrá hacerse en copia simple, si el interesado manifiesta que carece de otra fehaciente, pero no producirá efectos si no se exhiben dentro de la audiencia inicial con los requisitos legales necesarios.

En el auto admisorio de demanda, si el juez considera acreditada la obligación alimentaria, de oficio determinará el monto de la pensión alimenticia provisional y ordenará se realicen los descuentos correspondientes por la vía que considere más rápida. El juez deberá dictar el auto admisorio de demanda a más tardar al día siguiente en que haya recibido el escrito de demanda, y girará oficio al centro laboral del demandado para que informe acerca de sueldos, prestaciones, ingresos y bienes declarados por el deudor alimentario. Cuando no se acredite la capacidad económica del deudor alimentario, en atención a las circunstancias especiales del caso, se fijará en salarios mínimos, sin que pueda ser inferior a uno (art 5.43).

Cuando se controviertan derechos de menores o incapaces, el juez podrá dictar las medidas provisionales que estime pertinentes para salvaguardar los derechos de aquéllos, ya sea a petición de parte o de oficio, con conocimiento de la posición de las partes sobre el particular (art 5.44). Las medidas provisionales serán revisadas de oficio y, en su caso, modificadas en la audiencia inicial, en la que incluso podrán dictarse otras. Las resoluciones provisionales dictadas en la audiencia inicial sólo podrán modificarse en sentencia definitiva (art 5.45).

Una vez que se reciba la contestación, en el auto en que se tenga por contestada la demanda o reconvenición, en su caso, se citará a las partes a la audiencia inicial, a verificarse dentro de los cinco días siguientes (art 5.46). La citación a la audiencia inicial se realizará mediante notificación personal a las partes.

En términos del art 5.49 del *CPCEM*, el juez podrá omitir la etapa de conciliación en las controversias acerca del estado civil de las personas, si no

se afectan intereses de la colectividad. En este caso y cuando no sea procedente la conciliación por la naturaleza del asunto, en el auto que tenga por contestada la demanda o reconvencción el juez procederá a: depurar el proceso, proveer sobre las probanzas ofrecidas, dictar las medidas para preparar el desahogo de pruebas, revisar de oficio o modificar, en su caso, las medidas provisionales y señalar día y hora para la celebración de la audiencia principal.

De no existir prueba pendiente por desahogar y el juez no estime necesaria la recepción de alguna, se señalará fecha, dentro de los cinco días siguientes, para la audiencia de alegatos y sentencia, la cual podrá dictarse en esta audiencia o dentro del plazo legal respectivo.

3.3.2.3 Guanajuato

En términos del art 822 del *CPCEG*, en el procedimiento oral ordinario se sustanciarán controversias con motivo de nulidad de matrimonio; guarda, custodia y convivencia de niños, niñas y adolescentes; acciones de divorcio necesario; alimentos; reconocimiento, desconocimiento y contradicción de paternidad, así como la posesión del estado de hijo, y pérdida y suspensión de la patria potestad.

El procedimiento ordinario inicia con la demanda, la cual, así como la reconvencción y la contestación se regularán por las reglas generales de los procedimientos escritos.

En esos tres escritos, en su caso, se ofrecerán las pruebas respectivas (art 824). Admitida la demanda, el juez ordenará emplazar al demandado y le correrá traslado a fin de que dentro del plazo de nueve días ocurra a producir su contestación por escrito (art 825). Transcurrido ese plazo se citará a la audiencia preliminar para que se celebre dentro de los diez días siguientes, o a la fase de conciliación previa cuando proceda (art 826).

En caso de allanamiento del demandado, el juez citará a las partes a la audiencia de juicio, que tendrá verificativo en un plazo no mayor de cinco días, siempre que con ello no se lesionen derechos de niños, niñas, adolescentes, incapaces o terceros, pues en caso contrario deberá dar cauce a la audiencia preliminar (art 827).

Según el art 844 del *CPCEG*, cuando la controversia se refiera exclusivamente a derechos relativos a la guarda, custodia y convivencia de niños, niñas y adolescentes, la demanda se desechará de plano si no se acredita con documental pública el derecho del demandado referente al ejercicio de la patria potestad o a la guarda y custodia de los niños, niñas y adolescentes.

Para el caso de alimentos, en el auto que admita la demanda y cuando no se haya decretado en una medida precautoria, el juez fijará de oficio una pensión alimenticia provisional, contra la cual no se admitirá recurso alguno (art 848). Para decretar alimentos bastará acreditar el derecho a exigirlos con los siguientes documentos: testamento, los documentos comprobantes de parentesco o de matrimonio, el convenio o la ejecutoria en que conste la obligación de dar alimentos (art 847 A).

3.3.3 Pruebas

Prevén reglas específicas para las pruebas en el juicio oral, las cuales tienden a una menor formalidad, así como a la aplicación de la concentración y la inmediación en su desahogo.

3.3.3.1 Nuevo León

El *CPCENL* prevé reglas particulares para la prueba confesional, testimonial, instrumental y pericial en los juicios orales.

Por lo que hace a la prueba confesional por posiciones, ésta podrá ofrecerse desde el escrito de demanda hasta antes de concluir la audiencia preliminar y deberá exhibirse el pliego cerrado que las contenga antes de la audiencia señalada para su desahogo (art 998).

Llegado el momento para el desahogo de la prueba confesional y al estar presentes las partes, la oferente formulará por la vía oral sus posiciones y de manera simultánea el juez calificará de improcedentes aquellas que lo fueren. En caso de que la absolvente no asista, el juez abrirá el pliego y la tendrá por confesa de las posiciones calificadas de legales (art 999).

En cuanto a la testimonial, al ofrecerse ésta no será necesario acompañar interrogatorio escrito. Las preguntas y repreguntas se formularán oralmente al testigo (art 1000).

Cuando se trate de testigos que deba citar el juez, la citación se hará por lo menos con tres días de anticipación al día en que deban declarar, mediante cédula en la cual se les apercibirá que en caso de desobediencia se aplicarán medios de apremio, independientemente de que se les haga comparecer por medio de la fuerza pública. No obstante, si no fuera posible hacer que el testigo comparezca a rendir su declaración, la prueba testimonial no será desahogada (art 1001).

Se otorgan amplias facultades al juez para que de oficio interroge ampliamente a los testigos sobre los hechos objeto de prueba. Las partes tam-

bién pueden interrogar a los testigos, limitándose a los hechos o puntos controvertidos, debiendo el juez impedir la formulación de preguntas ociosas o impertinentes (art 1002).

Una vez que el testigo rinda su declaración, sólo podrá ausentarse del recinto oficial cuando el juez lo autorice (art 1003). El juez podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, confrontaciones de los testigos entre sí o con las partes a fin de aclarar los hechos (art 1004).

Los testigos que hayan declarado podrán ser tachados en la audiencia o en un plazo de tres días contados a partir del desahogo de la prueba, debiendo sustanciarse en forma incidental, suspendiéndose el término para pronunciar sentencia definitiva (art 1005).

Se otorga carácter de prueba instrumental al registro del procedimiento oral. Según el art 1006 del *CPCENL*, este registro probará el modo como se desarrolló la audiencia o diligencia correspondiente, la observancia de las formalidades, las personas que hubieran intervenido, las resoluciones pronunciadas por el juez y los actos que se llevaron a cabo, y tendrá valor probatorio para los efectos del procedimiento y de los recursos y requerimientos que correspondan, excepto si se prueba que fue alterado.

Respecto a las documentales, los documentos que presenten las partes deberán ser impugnados durante la etapa de calificación de pruebas en la audiencia preliminar. Los presentados con posterioridad, en los casos en que la ley lo permita, deberán serlo durante la audiencia en que se ofrezcan (art 1007).

La prueba pericial se desahogará con la intervención de los peritos designados por el juez, sin perjuicio de que cada parte pueda designar un perito para que rinda dictamen por separado. La designación de perito por las partes deberá efectuarse antes de que concluya la audiencia preliminar, con la obligación de mencionar nombre, apellidos y domicilio; además, anexará título o cédula profesional y los documentos que los acrediten en la ciencia, arte, técnica, oficio o industria relacionada con el punto sobre el que ha de oírse su juicio (art 1008).

De no cumplirse esos requisitos, se tendrá por no hecha la designación del perito y precluirá el derecho para hacerla (art 1009). Admitida la prueba pericial, el juez señalará un plazo prudente para la rendición del dictamen correspondiente (art 1010).

El dictamen pericial será puesto a la vista de las partes por lo menos tres días antes de la audiencia respectiva, quienes deberán pedir las aclaraciones que estimen pertinentes durante ésta (art 1012).

Los peritos asistirán a la audiencia respectiva con el fin de exponer las aclaraciones que el juez o las partes les soliciten (art 1014). Si no lo hacen sin causa justa o dejan de rendir el dictamen, tratándose del perito designado por el juez, será sancionado con una multa y será responsable de los daños y perjuicios causados (art 1015); cuando se trate de peritos designados por las partes, se tendrá por no ofrecido dicho dictamen (art 1016).

En caso de que los peritos, con el fin de emitir su dictamen, tengan necesidad de entrevistar a una o más personas, el juez señalará el lugar, el día y la hora para ello y deberán asistir todos los peritos designados (art 1017). Cuando se trate de la evaluación de menores, el juez determinará la forma en que se llevará a cabo, procurando que no se afecte la integridad física, psicológica o emocional de aquéllos (art 1018).

En el procedimiento oral no se nombrará perito en discordia.

Cuando se reclamen alimentos, el art 1068 del *CPCENL* señala que quien tenga derecho a exigirlos deberá acreditar el título en cuya virtud se piden y justificar, al menos aproximadamente, la capacidad económica del que deba darlos. El que exige los alimentos tiene a su favor la presunción de necesitarlos; por tanto, no requiere prueba.

La prueba del título por el cual se pide el derecho podrá ser el testamento, los documentos comprobantes de parentesco o de matrimonio, el convenio o la ejecutoria en que conste la obligación de dar alimentos (art 1069).

3.3.3.2 Estado de México

Según dispone el art 5.32 del *CPCEM*, al ofrecer las pruebas, las partes deberán relacionarlas con los hechos controvertidos. Para la prueba testimonial sólo se precisarán el nombre y los apellidos de los testigos; pero cuando el oferente manifieste no poder presentarlos, señalará las razones de la imposibilidad y su domicilio. En la prueba pericial se precisará su objeto y se exhibirá el cuestionario sobre el cual deba versar. De no cumplirse con esos requisitos y de no subsanarse en la audiencia inicial, no se admitirán las pruebas.

Cuando se trate de documentos que obren ante personas jurídicas colectivas o físicas o de informes que deban rendir, se proporcionarán los datos necesarios que permitan su desahogo. Para ello, se librárá de manera inmediata el oficio o exhorto correspondiente a fin de que en un término no mayor de tres días a partir de su recepción se remitan los documentos o rindan los informes solicitados por el juzgado, con el apercibimiento de multa o arresto para el caso de incumplimiento. La falta de interés en el de-

sahogo de estos medios de prueba surtirá efectos de deserción en perjuicio de la parte oferente.

Asimismo, se prevé una prueba particular de este juicio oral denominada *declaración de parte*. El art 5.33 del *CPC* establece que esta prueba consiste en la facultad de los litigantes para interrogar oralmente a la contraria, sobre hechos y circunstancias de que tenga noticia y que guarden relación con el objeto de la controversia. Las preguntas de la declaración se formularán en forma interrogativa y podrán no referirse a hechos propios pero con la debida precisión y claridad, sin incorporar valoraciones ni calificaciones, de manera que se puedan entender sin dificultad.

El juez resolverá las objeciones que se formulen, las cuales se referirán a la claridad y precisión de las preguntas o a la pertinencia de los hechos por los que se haya requerido a la parte para declarar. Si el declarante se niega a contestar o se conduce con evasivas, el juez podrá exigirle la respuesta y aclaraciones; en todo caso, valorará prudentemente la conducta procesal adoptada.

Si el que deba declarar no asiste, la prueba se tendrá por desierta, pero se considerará la conducta procesal del citado. A su vez, hace presente la intervención del juzgador, al facultarse al juez a interrogar al declarante cuando lo estime pertinente.

Dicha prueba es distinta de la confesional, que se rige por las reglas generales de juicio. Según el art 5.34 del *CPC*, la declaración de parte podrá recibirse con independencia de la confesional. Si se admiten la confesional y la declaración de parte, ésta se desahogará al concluir aquélla.

La objeción de documentos será necesariamente al contestar la demanda, al reconvenir o al contestar ésta o, en su caso, en la fase de admisión y preparación de pruebas de la audiencia inicial, con el ofrecimiento de los medios de convicción que la acrediten; la de los exhibidos en audiencia se hará en ésta. El juez proveerá lo conducente para recibir en la audiencia principal las probanzas admitidas (art 5.36).

De existir imposibilidad para presentar a los testigos, el juez ordenará su citación personal con el apercibimiento de que, de no asistir, se les impondrá una multa o arresto a juicio del juzgador y se ordenará su presentación a través de la policía ministerial. Sólo una vez se ordenará la presentación del testigo; de no lograrse, se declarará desierta (art 5.37).

El juez cuidará la indivisibilidad de la prueba.

Las reglas para la recepción de pruebas durante esta fase de desahogo se establecen en el art 5.38 del *CPC*. El pliego de posiciones, de no haberse acompañado a la demanda o contestación, se exhibirá a más tardar

al inicio de la fase de desahogo de la prueba. El juez formulará oralmente las posiciones que sean calificadas de legales, a las que el absolvente responderá categóricamente. El abogado de la absolvente podrá permanecer durante su desahogo en la sala de audiencias, apercibido de que se le impondrá una multa y se le retirará si interviene de alguna manera o se comunica con su patrocinado. La parte que no comparezca a absolver posiciones deberá justificar fehacientemente su inasistencia hasta antes de la fase de alegatos.

Según la fracc II del art 5.38, admitida la prueba pericial, el juez hará la designación de un perito o de quienes estime convenientes para la práctica de la diligencia, sin perjuicio de que cada una de las partes designe perito para que rinda dictamen por separado. Se correrá traslado a la contraparte del cuestionario respectivo para que, de estimarlo, se adicione en el acto de la diligencia. El perito designado por el juez aceptará y protestará el cargo por escrito dentro de los dos días siguientes a su designación; en el auto de admisión de la prueba quedarán precisados su nombre y, en su caso, la clave oficial de su nombramiento. Las partes que hayan designado perito quedan obligadas a que acepte y proteste el cargo por escrito en un plazo no mayor de dos días.

Los peritos precisarán los elementos necesarios para su desahogo y el juez proveerá lo conducente. Si para la elaboración del dictamen se requiere la presencia de las partes o terceros, el juez los citará en día y hora determinados en el local del juzgado o en el que se estime pertinente para practicar exámenes, desahogar pruebas, tomar muestras y efectuar las acciones necesarias acordes con la naturaleza de la pericial de que se trate.

Se apercibirá a las partes que, de negarse a los exámenes o ante su inasistencia, se tendrán presuntamente ciertos los hechos que pretenda acreditar la oferente.

El dictamen se exhibirá por escrito en la audiencia principal, en la que los peritos darán cuenta sucinta sólo de las consideraciones generales del caso y de la parte conclusiva, sin perjuicio de que el juez pueda exigir las aclaraciones que estime conducentes.

Si los peritos designados por las partes no aceptan ni protestan el cargo, ni comparecen al juzgado a examinar a las partes y terceros, ni asisten a la audiencia principal aunque exhiban con antelación su dictamen, se tendrá por precluido su derecho.

En cuanto al desahogo de la testimonial, la fracc III del art 5.38 establece que se desahogará mediante interrogatorio oral que formulen las partes o el juez en lo que estime pertinente. Los testigos depondrán de viva

voz. La calificación de las preguntas será implícita y el juez sólo intervendrá para desechar las que no cumplan con los requisitos legales.

Cuando la parte oferente manifieste no tener más preguntas que formular a su testigo, la contraria podrá repreguntar sobre las respuestas otorgadas; asimismo, podrá dirigir al testigo preguntas tendientes a acreditar cualquier circunstancia que afecte su credibilidad, o exhibir las constancias que la justifiquen. El juez podrá interrogar al testigo; de no hacerlo, le permitirá que se retire, pero cuidará que no se comuniquen con las personas que falten por rendir su testimonio.

Es obligación de las partes presentar en la audiencia principal los medios de convicción que ofrezcan, salvo que al ofrecerlos manifiesten, bajo protesta de decir verdad, la imposibilidad de hacerlo; en este caso, a petición de parte el juez acordará lo conducente.

Las documentales supervenientes se ofrecerán y desahogarán a más tardar en la audiencia principal y para admitirlas se manifestará bajo protesta de decir verdad que tienen tal carácter, ya sea por ser de fecha posterior a los escritos de fijación de la litis o por tener conocimiento de su existencia después de la audiencia inicial, las cuales se recibirán con vista a la contraria.

Tras haber rendido testimonio o dictamen, los peritos y testigos podrán retirarse del recinto, previa autorización del juez.

Según dispone el art 5.39 del *CPCEM*, cuando la contraria impida u obstaculice de cualquier forma el desahogo de la prueba, no presente a los menores que tenga bajo su custodia o no exhiba algún documento o instrumento de acreditarse que los tiene a su disposición, la consecuencia será tener por ciertos los hechos que pretenden acreditarse con dichos medios de prueba.

3.3.3.3 Guanajuato

Respecto a los medios probatorios, en los juicios orales en esta entidad federativa las partes podrán ofrecer aquellos que la legislación procesal admite para los juicios ordinarios, atendiendo a las modalidades que para su ofrecimiento, preparación y desahogo requiere el esquema de oralidad (art 802, *CPCEG*).

Si se trata de la prueba confesional por absolución de posiciones, éstas se formularán en la audiencia de juicio, para lo cual el absolvente deberá acudir al tribunal para el desahogo de la prueba. Cuando el emplazamiento se haya hecho por edictos y el juicio se siga en rebeldía, la citación para absolver posiciones se hará por lista (art 803).

Llegado el momento para el desahogo de la prueba confesional, la oferente formulará por la vía oral sus posiciones si se encontrare presente quien las absuelva, pero el juez desechará aquellas que resultaren improcedentes. De no acudir la oferente sin causa justificada, se declarará desierta la prueba. En caso de que la absolvente no asistiere, también sin justa causa, previa solicitud de la oferente se tendrán por confesos los hechos en que se sustentó la demanda o las excepciones, según corresponda. En ambos supuestos, la causa justificada de inasistencia deberá demostrarse al día siguiente de la audiencia, la cual se suspenderá para tal efecto. En la reanudación de la audiencia, el juez valorará las circunstancias particulares y tendrá o no por justificada la inasistencia. Esta resolución será irrecurrible (art 804).

Respecto a la prueba testimonial, el art 805 del *CPCEG* señala que al ofrecerse se proporcionarán el nombre y los apellidos de las personas que tengan conocimiento de los hechos debatidos. Cuando el oferente manifieste su imposibilidad de hacer que se presenten, expondrá las razones que tenga para ello y proporcionará el domicilio de sus testigos. En caso de que el juez lo estime justificado, ordenará la citación por el tribunal.

Los testigos serán citados por lo menos con tres días de anticipación al día en que deban declarar, apercibiéndoles de que en caso de no acudir se usará la fuerza pública para hacerlos comparecer. Si no se lograre la comparecencia del testigo, se declarará desierto el desahogo de su testimonio. La misma declaración procederá en caso de comprobarse que se solicitó su citación con el propósito de retardar el procedimiento, en cuyo caso se impondrá una multa al oferente.

Sólo en el acto del examen de un testigo pueden las partes atacar el dicho de aquél, por cualquier circunstancia que en su concepto afecte su credibilidad, cuando no se haya expresado en su declaración. Para ello, las partes podrán formular al testigo preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o la falta de ella, la existencia de vínculos con alguna de las partes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad, o algún otro defecto de idoneidad (art 806).

Al proponerse la prueba pericial, el oferente deberá dar a conocer el nombre de su perito y la clase de pericial de que se trate con el cuestionario a dictaminar (art 807).

En la etapa de admisión y preparación de pruebas de la audiencia preliminar, la parte contraria podrá adicionar por escrito el cuestionario y deberá designar perito de su parte. De no cumplir con lo anterior, precluirá su derecho y la prueba se desahogará con el dictamen que se rinda (art 808).

Una vez admitida la prueba pericial, los peritos designados deberán comparecer a aceptar y protestar el cargo en la misma etapa de la audiencia preliminar. Los peritos deberán exhibir su título o cédula profesional, si la ciencia, arte, técnica u oficio requieren título para su ejercicio (art 809).

Los peritos deberán emitir su dictamen cinco días antes de la audiencia de juicio, por escrito, con la finalidad de que las partes se impongan de su contenido. En la audiencia de juicio expondrán verbalmente las conclusiones de sus dictámenes y responderán las preguntas y repreguntas que les formulen las partes. El juez desechará aquellas que considere improcedentes, determinación que será irrecurrible; además, el juez podrá formular las preguntas que estime pertinentes para aclarar el contenido de los dictámenes. En caso de no asistir los peritos designados por las partes, se les tendrá por no rendido su dictamen y serán responsables de los perjuicios que causen a la parte por la que hubieren sido nombrados (art 810).

En este juicio oral se admite el perito en discordia. Según el art 811 del *CPCEG*, cuando los dictámenes exhibidos resulten sustancialmente contradictorios, de tal modo que el juez considere que no es posible encontrar conclusiones que le aporten elementos de convicción, podrá designar un perito tercero en discordia. Una vez desahogados los demás medios probatorios, suspenderá la audiencia de juicio para que se rinda el citado peritaje.

El perito tercero deberá emitir por escrito su peritaje dentro de los tres días anteriores a la reanudación de la audiencia de juicio. En el supuesto de que no acepte el cargo o no rinda el dictamen, el juez designará otro perito (art 812).

3.3.4 Audiencias

3.3.4.1 Reglas generales

3.3.4.1.1 Nuevo León

La regla de la inmediación se expresa en el art 1021 del *CPCENL*: las audiencias serán presididas por el juez, bajo pena de nulidad. Serán públicas, salvo las excepciones de ley, y las intervenciones de los participantes se desarrollarán oralmente.

Es obligación de las partes asistir a las audiencias por sí o a través de sus legítimos representantes (art 1022). Así se los hará saber el juez al ordenar su citación y las apercibirá de que, de no asistir, se les tendrá por notificadas de las resoluciones tomadas en éstas (art 1023).

El juez determinará el inicio y la conclusión de cada una de las etapas de las audiencias y precluirán los derechos procesales que debieron ejercitarse en las anteriores. La parte que asista tardíamente a una audiencia se incorporará al procedimiento en la etapa en que ésta se encuentre, sin perjuicio de la facultad del juez en materia de conciliación (art 1024).

La fecha y la hora de las audiencias se deberán fijar con la mayor proximidad posible para procurar la continuidad del procedimiento (art 1025). Cuando una audiencia no logre concluirse en la fecha señalada para su celebración, el juez podrá suspenderla (art 1026); cada vez que esto proceda, deberán fijarse en el acto la fecha y hora de su reanudación, salvo que ello resultare materialmente imposible (art 1027).

El soporte electrónico aparece como fundamental y es la vía para producir fe de lo actuado. Según el art 1028 del *CPCENL* las audiencias se registrarán por videograbación, audiograbación o cualquier medio idóneo, a juicio del juez, que permita garantizar la fidelidad e integridad de la información, la conservación y reproducción de su contenido, y el acceso a aquéllos a quienes tuvieren derecho.

Al inicio de cada audiencia, el secretario del juzgado hará constar oralmente en el registro electrónico la fecha, la hora y el lugar de realización, el nombre de los servidores públicos del juzgado y el de las demás personas que intervendrán (art 1029). Las partes y los terceros que intervengan deberán rendir previamente protesta de que se han conducido y se conducirán con verdad durante el procedimiento (art 1030).

Durante el desarrollo de las audiencias, los jueces deberán imponer el orden y, en su caso, correcciones disciplinarias, oyendo en ese mismo acto en defensa a las personas a quienes se les impongan, resolviendo en seguida confirmar, modificar o dejar sin efecto la corrección (art 1031).

Las reglas disciplinarias para la audiencia se señalan en el art 22 del *CPCENL*. Todos los que asistan estarán con la cabeza descubierta, con respeto y en silencio. Las partes o sus representantes legítimos tendrán las facultades procesales de ley, pero no se permitirá interrupción de la audiencia por persona alguna, sea de los que intervengan en ella o de terceros ajenos a la misma. El juez queda facultado para impedir los hechos de interrupción y podrá ordenar la expulsión con uso de la fuerza pública de aquel o aquellos que intenten interrumpirla.

Son correcciones disciplinarias las siguientes: apercibimiento o prevención, multa, suspensión sin goce de sueldo si se trata de servidores públicos del Poder Judicial, y arresto hasta por un término de seis horas (art 29).

Respecto a la constancia por escrito de lo actuado en la audiencia, en el transcurso de las audiencias o al terminarse se levantará un acta que deberá contener: el lugar, la fecha y el expediente al que corresponde; el nombre de quienes intervienen y la constancia de la inasistencia de los que debieron o pudieron estar presentes; la relación breve de lo actuado y resuelto en la audiencia, en forma enumerada, y las constancias que la ley imponga para cada caso específico o que el juez resuelva asentar (art 1032, *CPCENL*).

El medio en que se encuentre grabada la audiencia deberá ser certificado e identificado con el número de expediente por el secretario (art 1033) y se podrá solicitar copia simple o certificada de dichos registros (art 1034).

La conservación de los registros estará a cargo del juzgado que los haya generado. Cuando por cualquier causa se dañe el soporte material del registro y afecte su contenido, el juez ordenará remplazarlo, en todo o en parte, por una copia fiel, que obtendrá de quien la tuviere si no dispone de ella directamente (art 1035).

En la secretaría del juzgado estarán disponibles los aparatos y el personal de auxilio necesarios para tener acceso a los registros del procedimiento, a fin de conocer su contenido y se podrá tomar apuntes (art 1036).

Las restricciones a la publicidad de las constancias de la audiencia se establecen en la *Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado*. En concreto, el art 24 de esta ley señala que la información contenida en los expedientes y las sentencias se considerará pública, salvo que se trate, entre otros casos, de asuntos relacionados con menores o incapaces y asuntos del orden familiar.

3.3.4.1.2 Estado de México

Rige la continuidad en la celebración de las audiencias. De acuerdo con el art 5.17 del *CPCEM*, las partes podrán de común acuerdo, por una sola vez, solicitar la suspensión de la audiencia, para lo cual el juez señalará nuevo día y hora para su celebración dentro de un plazo que no excederá de quince días hábiles.

Las audiencias se registrarán en video, audiograbación o cualquier medio apto, a juicio del juez, para producir seguridad en las actuaciones e información que permitan garantizar su fidelidad, integridad, conservación, reproducción de su contenido y acceso, a quienes de acuerdo con la ley tuvieren derecho a ello (art 5.18). Las partes pueden solicitar copia de las grabaciones de la audiencia, si bien queda prohibido a las partes, terceros y autoridades la difusión por cualquier medio de las constancias, video o

audiograbaciones de las controversias familiares (art 5.23). A su vez, está prohibido utilizar equipos de telefonía, grabación y videograbación en el recinto oficial (art 5.25).

Al inicio de las audiencias, el juez tomará la protesta de decir verdad a quienes vayan a declarar (art 5.29). La limitación en el uso de la palabra, así como la dirección del proceso y la aplicación de correcciones disciplinarias estarán a cargo del juez (art 5.19). Asimismo, el juez decretará los recesos que estime pertinentes para el mejor desarrollo de la audiencia, con la precisión de su duración (art 5.21). Opera la preclusión cuando las partes no hagan valer sus derechos procesales en la fase correspondiente de la audiencia (art 5.28) o igualmente por inasistencia o llegada con retraso a la audiencia.

Según el art 5.27 del *CPCEM*, se expedirá constancia formal de la audiencia, por acta escrita, en la que se expresen la fecha, el lugar, la hora de inicio y término, el nombre de los servidores públicos y personas que hubieren intervenido, la relación de los actos procesales celebrados y la mención sucinta de requerimientos, citaciones, apercibimientos y cualquier otro acto que el juez determine deba comunicarse a las partes o terceros que no asistieron. Dicha acta será firmada por el juez y el secretario.

El Ministerio Público podrá intervenir, cuando se involucren derechos relacionados con menores o incapaces, desde el auto admisorio cuando aquéllos carezcan de representante legal. El juez, en cualquier etapa del procedimiento, cuando advierta que el representante legal es omiso o actúa en contra de los intereses de los menores o incapaces, dará intervención al Ministerio Público. Asimismo, tratándose de adultos mayores, el juez dará intervención al Ministerio Público cuando advierta que se requiere para la mejor representación de sus intereses (art 5.30).

3.3.4.1.3 Guanajuato

El *CPCEG* prevé dos procedimientos orales: ordinario y especial, cada uno para asuntos familiares diversos. La principal diferencia entre ambos procedimientos orales es su duración; para el ordinario se prevén dos audiencias (preliminar y de juicio) y para el especial una sola.

Las generalidades de las audiencias se precisan en el capítulo II del título primero del libro sexto del *CPCEG*. Se prevé que las partes puedan asistir por sí a las audiencias del procedimiento o por medio de sus representantes (art 783). Evidentemente, se entiende que la ausencia de las partes tendrá que ser la excepción, pues para conseguir las ventajas de la inmediatez procesal se requiere la interacción entre éstas y el juzgador.

El debate oral, como vía por la cual se realizarán todas las intervenciones en la audiencia, deberá sujetarse a ciertas formalidades. En términos del art 785 del *CPCEG*, el juez dirigirá el debate, conducirá el desahogo de las pruebas y moderará la discusión, pudiendo impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos inconducentes o inadmisibles. También fijará el número de intervenciones a cada una de las partes, las que no podrán exceder preferentemente de quince minutos. Contará con amplias facultades para mantener el orden durante el debate, pudiendo limitar el acceso a un número determinado de personas o impedir la entrada y ordenar la salida de aquellas que se presenten en condiciones inapropiadas con la formalidad de la audiencia. De manera expresa se dispone que los asistentes deberán permanecer en silencio mientras no estén autorizados para intervenir, quedando prohibido a las partes y a los asistentes utilizar equipos de telefonía y captura de audio, video o imágenes en cualquier formato.

Los medios electrónicos se plantean como herramientas para sentar constancia del desarrollo de las audiencias. Así, éstas se registrarán por medios electrónicos que permitan garantizar la fidelidad, autenticidad e integridad de la información, la conservación y reproducción de su contenido y el acceso a aquéllos a quienes, de acuerdo con la ley, tuvieren derecho a ello. Al término, el juez asentará su firma electrónica certificada en el medio de almacenamiento electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología (art 789).

Las partes podrán obtener tanto copias simples como certificadas de esas grabaciones, con la firma electrónica del juez (art 792). De acuerdo con las herramientas tecnológicas de que dispongan los tribunales, podrán formar una carpeta electrónica con la copia digitalizada de todas las promociones y actuaciones que conformen el juicio (art 797).

Además de ese soporte multimedia, deberá dejarse constancia de lo actuado por vía escrita. Al concluir las audiencias se levantará acta que deberá contener datos de identificación como la fecha, la hora de inicio y término, el número de expediente, el nombre de quienes intervinieron, el medio de almacenamiento tecnológico, una relación sucinta de lo desahogado, así como la firma del juez y voluntariamente de las partes (art 791).

En cuanto a los derechos de los niños y su interés superior, así como de incapaces, desde el auto admisorio de la demanda se dará intervención al Ministerio Público (art 795); el juez deberá suplir la deficiencia de la queja y, cuestión de gran relevancia, éstos tendrán derecho en función de la edad y madurez a ser escuchados directamente (art 796). En cualquier etapa del proceso, para conocer y decidir algún punto de la controversia, el juez se podrá auxiliar de personal profesional técnico.

El art 784 del *CPCEG* prevé que en los asuntos en que su naturaleza lo permita, antes del inicio de las audiencias se abrirá una fase previa de conciliación a la que deberán asistir personalmente las partes, sin perjuicio de que sean asistidas por abogado, en la cual el tribunal, por conducto del personal especializado del Centro Estatal de Justicia Alternativa, procurará que lleguen a acuerdos para la solución de su conflicto. La fase previa de conciliación será reservada directamente con las partes materiales y dirigida por el conciliador.

3.3.4.2 Audiencia preliminar

3.3.4.2.1 Nuevo León

Esta legislación es estricta en cuanto a la obligación de las partes de acudir a las audiencias. Aun cuando dicha regla contraviene la finalidad alentada por el principio de inmediatez, el art 1049 del *CPCENL* prevé que la audiencia preliminar se llevará a cabo con o sin la asistencia de las partes. A quien no acuda sin causa justificada por el juez se le podrá sancionar con una multa.

La audiencia preliminar podrá suspenderse o diferirse cuando el juez lo estime pertinente (art 1050). A su inicio, el secretario del juzgado expondrá un breve resumen de la demanda, reconvención y contestación a éstas (art 1051).

La audiencia preliminar constará de las etapas siguientes: propuesta de método alterno, conciliación, trámite y resolución de excepciones, fijación del objeto del procedimiento, calificación y admisión de pruebas, y citación para audiencia de juicio. La concentración permite la realización inmediatamente sucesiva de la audiencia principal cuando las pruebas ofrecidas lo permitan.

Tras la apertura de la audiencia, el juez propondrá a las partes someterse a un método alterno y, si están de acuerdo con esta vía, se seguirá el procedimiento previsto en la *Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos del Estado*. De no ser así, el juez procurará la conciliación, les hará saber las conveniencias de llegar a un convenio y les propondrá soluciones a todos o algunos de los puntos controvertidos (art 1052).

Si las partes no llegan a un convenio que establezca la solución total del conflicto, el juez procederá de oficio a la calificación de las pruebas relativas a las excepciones procesales opuestas. Si las pruebas no requieren diligencia especial, se escucharán los alegatos, primero del actor y posteriormente del demandado. En seguida el juez dictará la sentencia interlocutoria en el

acto si fuera posible; en caso contrario, citará a las partes para dictarla dentro del término de tres días (art 1056). Si se ofrece prueba pericial, se mandará preparar y desahogar, se suspenderá la audiencia preliminar y se fijará la fecha para su reanudación.

En caso de que resulten improcedentes las excepciones procesales o si no se opone alguna, el juez precisará los acuerdos probatorios a los que hayan llegado las partes, fijará el objeto del procedimiento y los hechos controvertidos, calificará las pruebas ofrecidas y admitirá para su trámite las que considere procedentes (art 1057).

La concentración permite la realización inmediatamente sucesiva de la audiencia principal. Según el art 1058 del *CPCENL*, si no hay pruebas que requieran una diligencia especial para su desahogo o si las hay se puedan desahogar en la propia audiencia, el juez dará por concluida la audiencia preliminar e iniciará de inmediato la audiencia de juicio. En caso contrario, mandará preparar aquellas que requieran diligencia especial y fijará la fecha y la hora para la audiencia de juicio, a la que deberán concurrir las partes, así como los testigos y peritos, en caso de que se hayan ofrecido las pruebas respectivas.

Durante la etapa de preparación de las pruebas, podrán desahogarse la inspección judicial y la pericial, así como solicitarse los informes y enviar los exhortos para el desahogo de aquellas probanzas que lo requieran, las cuales se tramitarán por conducto del oferente de la prueba respectiva (art 1059).

3.3.4.2.2 *Estado de México*

En el juicio oral puesto en práctica en esta entidad, la audiencia preliminar no se realizará dentro del trámite sumario. Éste procederá, en términos del art 5.49 del *CPCEM*, en las controversias sobre estado civil de las personas si no se afectan intereses de la colectividad, y quedará a criterio del juez realizar o no la etapa de conciliación, o cuando por la naturaleza del asunto no proceda dicha conciliación.

Cuando no se esté en lo anterior, se celebrará la audiencia inicial. Sus etapas serán: enunciación de la litis, fase conciliatoria, fase de depuración procesal, admisión y preparación de pruebas, y revisión de las medidas provisionales (art 5.50).

De inasistir las partes a la audiencia inicial, ésta se verificará de manera reservada, sin necesidad de que sea videograbada o audiograbada; sólo se instrumentará un acta en la que se puntualizarán los acuerdos y providencias que se lleguen a emitir en el desahogo de cada fase (art 5.51).

Declarada abierta la audiencia inicial, el juez precisará sucintamente las pretensiones de las partes (art 5.52). El juez procurará conciliar a las partes; de lograrlo, se formulará el convenio respectivo. Para aprobarlo, el juez vigilará que los derechos de los menores o incapaces queden garantizados y, de ser necesario, sugerirá las modificaciones respectivas (art 5.53).

Si las partes logran conciliar parcialmente sus diferencias, cuando la naturaleza de la litis lo permita, el juez aprobará el convenio y continuará la controversia con los puntos que no fueron objeto de éste (art 5.54).

Si no comparece alguna de las partes, a falta de conciliación o en subsistencia de puntos litigiosos, seguirá la fase de depuración procesal. Según el art 5.55 del *CPCEM*, el juez resolverá sobre las excepciones procesales y la cosa juzgada, con el fin de depurar el proceso y ordenará el desahogo de algún medio de prueba, si así lo estima pertinente. La excepción de falta de personalidad del actor o en la objeción que se haga a la del representante del demandado, de declararse fundadas, si fuera subsanable la causa, se otorgará un plazo de diez días para tal efecto; de no hacerlo, si se trata del actor se sobreseerá la controversia y del demandado, se seguirá en rebeldía.

El juez procederá a admitir los medios de prueba ofrecidos en la demanda, reconvención y contestación a éstas, así como los relacionados con la objeción de documentos y tendrá por desahogadas las que su naturaleza así lo permita, y dictará las medidas necesarias para preparar el desahogo de las restantes en la audiencia principal o fuera de ésta. Cuando se advierta la falta de algún requisito en el ofrecimiento de una prueba, el juez requerirá a la oferente para que lo subsane en ese acto; de no hacerlo en sus términos, no la admitirá. En los asuntos en los que se controviertan derechos de menores e incapaces o en materia de alimentos a favor del acreedor alimentario, el juez podrá ordenar el desahogo y práctica de cualquier medio probatorio (art 5.56).

El desahogo de las pruebas fuera del local del juzgado pero dentro de su ámbito de competencia territorial se realizará en los días, horas y lugares que señale el juez, pero antes de la audiencia principal, para lo cual dictará las medidas conducentes. En el auto en que se admitan medios de prueba, se dejará a disposición del oferente el oficio o exhorto respectivo para que realice los trámites necesarios a fin de exhibirlo debidamente diligenciado hasta la fecha de la audiencia principal, con el apercibimiento de la deserción de la prueba (art 5.57).

Las medidas provisionales se revisarán mediante el análisis conjunto de lo manifestado por las partes y las documentales exhibidas. El juez deter-

minará las que perdurarán durante la tramitación del proceso y éstas sólo podrán ser modificadas en sentencia definitiva (art 5.58).

Concluidas las anteriores etapas, el juez señalará día y hora para la celebración dentro de los quince días siguientes de la audiencia principal, en la que recibirá las pruebas pendientes de desahogo, se formularán alegatos y, en su caso, dictará la resolución definitiva.

3.3.4.2.3 Guanajuato

Según dispone el art 828 del *CPCEG*, la audiencia preliminar abarcará las etapas siguientes: enunciación de la litis; sanción del convenio por el juez en caso de conciliación de las partes; depuración del procedimiento, en la que se admitirán y desahogarán las pruebas ofrecidas en relación con las excepciones procesales y cosa juzgada; admisión y preparación de pruebas para la audiencia del juicio; revisión de las medidas provisionales, de aseguramiento y precautorias decretadas, y decisión sobre las solicitadas en la audiencia, y citación para la audiencia de juicio.

La audiencia preliminar se llevará a cabo con o sin la asistencia de las partes, sin perjuicio de las consecuencias procesales que ello conlleve (art 829), disposición también mencionada en las otras legislaciones como excepción a la obligada intermediación, según se ha dicho.

Según el art 844 del *CPCEG*, cuando la controversia se refiera exclusivamente a derechos relativos a la guarda, custodia y convivencia de niños, niñas y adolescentes, las partes deberán acudir personalmente a la fase previa de conciliación y audiencia preliminar, sin perjuicio de su derecho a asistir por abogado patrono o mandatario judicial.

Declarada abierta la audiencia preliminar, las partes precisarán de manera sucinta sus pretensiones, excepciones y defensas, respectivamente. El juez enunciará la litis (art 830) y, en el supuesto de que por la naturaleza del asunto la conciliación fuere posible, el personal especializado del Centro Estatal de Justicia Alternativa dará cuenta al juez del resultado de la conciliación previa a la audiencia, haciéndole saber en su caso los términos de los acuerdos a que hubieren llegado las partes.

El juez describirá oralmente de manera precisa y detallada cada uno de los acuerdos asumidos por las partes y, una vez manifestada su conformidad, los aprobará en cuanto no sean contrarios a derecho y elevará el convenio a la categoría de cosa juzgada. En el supuesto de que el convenio incluya todas las cuestiones controvertidas, concluirán la audiencia y el juicio oral. Si las partes sólo logran conciliar parcialmente sus diferencias, el

juez aprobará el convenio, la audiencia y el juicio continuarán con las cuestiones que no hubieren sido objeto de acuerdo. Las partes no podrán invocar, en ninguna etapa procesal, manifestación, dato y en general antecedente alguno relacionado con la proposición, discusión, aceptación o rechazo de las propuestas de conciliación (art 831).

Si no se lograra la conciliación o subsisten puntos litigiosos, el juez resolverá en su caso sobre las excepciones procesales y la cosa juzgada con el fin de depurar el proceso (art 832).

Respecto a las pruebas en la audiencia preliminar, el art 836 del *CPCEG* dispone que éstas deberán recibirse cuando estén permitidas por la ley y se refieran a los puntos cuestionados. Las partes, cuando el juez así lo requiera, deberán señalar de manera precisa los hechos que pretendan acreditar con cada medio de prueba ofrecido.

El juez procederá a pronunciarse respecto a la admisión de las pruebas y podrá excluir aquellas que fueren impertinentes o sobreabundantes. Asimismo, tendrá por desahogadas las que por su naturaleza lo permitan (art 837).

Las partes tendrán a su cargo la oportuna preparación de las pruebas admitidas, con el apercibimiento que de no hacerlo se declararán desiertas (art 838).

Las medidas provisionales, de aseguramiento y precautorias decretadas con anterioridad, serán revisadas de oficio o a petición de parte y, en su caso, modificadas en esta audiencia. Si las medidas se solicitaren en la audiencia, el juez resolverá en ella. Si se ofrecieren y admitieren pruebas, se desahogarán en la propia audiencia. Las resoluciones que recaigan en la revisión y la concesión de medidas en la audiencia preliminar serán irrecurribles (art 839).

Hecho lo anterior, según señala el art 840 del *CPCEG*, el juez fijará fecha y hora para la celebración de la audiencia de juicio, la cual deberá celebrarse dentro de los quince días siguientes a la audiencia preliminar.

Se prevé la apertura inmediata de la audiencia de juicio tras la conclusión de la preliminar cuando en ésta no se hubieren ofrecido pruebas o las ofrecidas se tengan por desahogadas por su propia naturaleza.

3.3.4.3 Audiencia de juicio

3.3.4.3.1 Nuevo León

Al igual que para la preliminar, el *CPCENL* dispone en su art 1062 que la audiencia de juicio se llevará a cabo con o sin la asistencia de las partes y podrá sancionarse con una multa a quien no asista.

La audiencia integrará las siguientes etapas: propuesta de conciliación; si la hay, celebración de un convenio; y, en caso contrario, desahogo de pruebas, alegatos orales, cierre y sentencia.

Si asisten las partes, el juez procurará conciliarlas y, en su caso, se celebrará el convenio correspondiente, el cual se elevará a la categoría de cosa juzgada o sentencia ejecutoriada.

Si las partes no llegan a un convenio, en el orden que el juez determine, se desahogarán las pruebas y las partes alegarán su derecho en forma oral, hecho lo cual quedará el negocio en estado de sentencia. La sentencia se dictará en el acto si es posible; en caso contrario, se citará a las partes para dictarla dentro del término de cinco días (art 1063).

3.3.4.3.2 *Estado de México*

Según dispone el art 5.61 del *CPCEM*, la audiencia principal se desarrollará de la siguiente manera: abierta la audiencia, el secretario hará saber su objeto, llamará a las partes, peritos, testigos y demás personas que intervendrán y precisará quiénes permanecerán en el recinto. Se recibirán los medios de prueba, de preferencia en el orden en que fueron ofrecidos. Desahogadas las probanzas, se formularán alegatos —por un tiempo prudente a juicio del juez— sin derecho a réplica y se procederá a resolver.

La audiencia principal sólo se suspenderá por motivo excepcional a juicio del juez.

Podrá admitirse la recepción de pruebas después de la audiencia principal cuando éstas no hayan sido desahogadas por causas ajenas al oferente. En tal supuesto, según el art 5.64 del *CPCEM*, se señalará nuevo día y hora para la continuación de la audiencia, en un plazo no mayor a cinco días, y el juez dictará las providencias necesarias para su desahogo. Cuando se hayan solicitado informes de autoridades o particulares, se les requerirá para que a la brevedad los rindan. Una vez agotadas las medidas de apremio que se estimen conducentes, el juez podrá tenerlas por desiertas y señalará fecha dentro de los cinco días siguientes para la continuación de la audiencia.

3.3.4.3.3 *Guanajuato*

El desarrollo de la audiencia de juicio se describe en el art 842 del *CPCEG*. El día y la hora señalados, el juez, instalado en la sala de audiencias del juzgado, verificará por conducto del personal judicial de apoyo la presencia de

las partes, testigos, peritos e intérpretes que deban participar en la audiencia, así como la existencia de las cosas que deban exhibirse y de los documentos que hayan sido presentados en el juicio; además, se cerciorará de que los peritos y testigos permanezcan separados entre sí, mientras son llamados a declarar. Hecho lo anterior, declarará abierta la audiencia de juicio.

En ese punto, se recibirán los medios de prueba; el juez dejará de recibir aquellos que no se encuentren debidamente preparados por las partes, y los declarará desiertos. No se desahogarán las pruebas en las que para tal efecto deba estar presente el oferente y perderá el derecho para hacerlo. Cuando se hayan solicitado informes de autoridades o particulares que no se hayan rendido, el juez impondrá los medios de apremio que procedan y, en caso de que a su juicio resulten necesarios para la decisión del asunto, les requerirá para que a la brevedad los rindan.

Desahogadas las probanzas, se formularán alegatos verbalmente, para lo cual se les concederá la palabra, primero al actor y después al demandado, por un tiempo prudente a juicio del juez, sin exceder de 15 minutos, sin derecho a réplica. En seguida se pasará a emitir sentencia.

3.3.5 Sentencia

En virtud de la concentración y continuidad, la legislación de las entidades en comento coincide en que la sentencia deberá dictarse en el acto de concluir la audiencia de juicio de ser esto posible o, en caso contrario, en un plazo breve.

3.3.5.1 Nuevo León

En el *CPCENL*, el art 1063 establece que tras los alegatos orales quedará el negocio en estado de sentencia, la cual se dictará en el acto si es posible o en un término de cinco días.

Si se trata de alimentos, el art 1071 del mismo código señala que la sentencia que los decreta fijará la pensión correspondiente, la cual deberá abonarse siempre por adelantado. La sentencia respectiva indicará siempre, en su parte considerativa y en uno de sus puntos resolutivos, que el monto de la pensión podrá modificarse en su cuantía, previo el procedimiento respectivo, para que esté ajustada permanentemente a las necesidades del acreedor alimentista y a las posibilidades del obligado a proporcionar alimentos. Esta circunstancia deberá hacerse del conocimiento de las partes personalmente al ser notificada la sentencia respectiva.

Notificada la sentencia, se comunicará sin demora a la persona física o moral de quien perciba el ingreso el deudor alimentista, si éste es el caso. La pensión definitiva fijada en la sentencia sustituirá a la provisional (art 1072).

3.3.5.2 Estado de México

El art 5.61 del *CPCEM* señala que tras la formulación de alegatos en la audiencia principal, el juez dictará la sentencia que contendrá los motivos y fundamentos del fallo. Esta lectura podrá efectuarse de manera resumida.

Si por la complejidad del asunto no es posible dictar la sentencia en la audiencia, se citará a las partes para oírla dentro de un plazo de diez días.

De la sentencia quedará constancia íntegra por escrito y una copia se pondrá a disposición de las partes en la secretaría respectiva.

3.3.5.3 Guanajuato

En términos del art 842 del *CPCEG*, tras la formulación verbal de alegatos en la audiencia de juicio, el juez emitirá en la propia audiencia la sentencia por escrito y explicará brevemente su contenido.

En aquellos asuntos que por su complejidad lo requieran, la sentencia podrá emitirse dentro del plazo de diez días.

Para el caso de alimentos, el art 849 establece que la sentencia que los decreta se comunicará sin demora a la persona física o moral de quien perciba el ingreso el deudor alimentario, para que se haga entrega de ella a quien exige los alimentos. El embargo trabado para garantizar el pago de la pensión provisional se tendrá por definitivo, pero se puede ampliar el embargo y procederse, de ser el caso, al remate para cubrir el pago de las pensiones provisionales adeudadas y la que se fije en la sentencia. La pensión provisional se seguirá otorgando hasta en tanto no se haga efectiva la sentencia condenatoria.

3.3.6 Recursos

3.3.6.1 Nuevo León

Respecto a los recursos, el art 1064 del *CPCENL* dispone que sólo son apelables la sentencia definitiva, los autos y las sentencias interlocutorias que pongan fin al procedimiento. Para la sentencia definitiva, este recurso se admitirá en el efecto devolutivo; para los autos y las sentencias interlocutorias que pongan fin al procedimiento, se admitirá en ambos efectos.

La impugnación contra las demás resoluciones que se pronuncien durante el procedimiento se hará valer como agravio ante la segunda instancia, en el caso de que el agraviado por aquéllas interponga el recurso de apelación contra la sentencia definitiva.

En materia de alimentos no es aplicable la simplificación de recursos; la sentencia mediante la cual se denieguen los alimentos es apelable en ambos efectos y la que los concede en el efecto devolutivo (art 1073).

3.3.6.2 Estado de México

Por lo que hace al recurso de revocación, el art 5.74 del *CPCEM* establece que los autos y decretos dictados fuera de audiencia serán revocables conforme a las reglas generales.

En audiencia, el recurso de revocación sólo procede en contra del auto que resuelva excepciones procesales; el que no admita pruebas, el que declare o niegue tener por confesa a alguna de las partes y el que resuelva sobre la revisión de medidas provisionales. Los demás decretos y autos dictados en audiencia serán irrecurribles. La revocación sólo podrá plantearse en la audiencia y al emitirse el auto o decreto. Interpuesta, el juez dará vista a la contraria, de estar presente, para que en el acto la desahogue y dictará resolución (art 5.75).

El recurso de apelación, según el art 5.76 del *CPCEM*, procede en contra de las resoluciones que ponen fin a la controversia, el auto interlocutorio que resuelva sobre incompetencia y las resoluciones interlocutorias y definitivas.

La sentencia que concede alimentos será apelable sin efecto suspensivo (art 5.77).

Se admite la recepción de pruebas en segunda instancia cuando se trate asuntos que afecten los derechos de menores o incapaces y en materia de alimentos a favor del acreedor alimentario.

Respecto a la reposición del procedimiento, en términos del art 5.80 del *CPCEM* sólo podrá decretarse, con reenvío al juzgado de origen, por ausencia de algún presupuesto procesal esencial o por una violación procesal manifiesta, cuando haya trascendido al resultado del fallo; asimismo, cuando en suplencia de la queja de menores o incapaces y en materia de alimentos a favor del acreedor alimentario se estime necesario el desahogo de medios probatorios.

3.3.6.3 Guanajuato

Según establece el art 891 del *CPCEG*, las resoluciones que se emitan en los juicios orales serán impugnables mediante el recurso de revocación, apelación o denegada apelación, según corresponda, los cuales se tramitarán y sustanciarán conforme a las reglas generales del código, salvo las siguientes reglas especiales

Dentro de las audiencias en los juicios orales, el recurso de revocación sólo procede en contra de las siguientes resoluciones: la que no admita prueba y la que declare o niegue tener por confesa a alguna de las partes. La revocación deberá plantearse oralmente y los agravios se expresarán en la etapa de la audiencia en que se hubiere pronunciado la resolución recurrida. El juez dará vista a la contraria para que la desahogue en el acto y resolverá sin más trámite (art 893).

Dentro de la audiencia en los juicios orales, la apelación sólo procede en contra de: el auto que resuelva sobre excepciones procesales y cosa juzgada; los autos que resuelvan incidentes de nulidad de actuaciones y notificaciones y el de recusación de peritos; las sentencias o resoluciones que pongan fin al juicio, y la determinación que niegue alguna medida (art 894).

La apelación debe interponerse ante el tribunal que haya pronunciado la resolución, dentro de los siguientes plazos: cinco días siguientes a aquel en que surta efectos su notificación, si se trata de sentencias; tres días siguientes a aquel en que surta efectos su notificación, si se trata de cualquier otra resolución dictada fuera de las audiencias preliminar y de juicio; y en la propia audiencia, dentro de la etapa en que la resolución se hubiere pronunciado. Los agravios se formularán por escrito. Si no se presenta el escrito de agravios, el juez declarará desierto el recurso (art 895).

La denegada apelación debe interponerse dentro de los siguientes plazos: tres días siguientes a aquel en que surta efectos la notificación del acuerdo denegatorio, en aquellas resoluciones pronunciadas fuera de las audiencias preliminar y de juicio; y en la propia audiencia, dentro de la etapa en que se hubiere pronunciado el acuerdo denegatorio. Los agravios se formularán por escrito. Si no se presenta el escrito de agravios, el juez declarará desierto el recurso (art 896).

En términos del art 897 del mismo *CPCEG*, sólo podrá decretarse la reposición del procedimiento con reenvío al juzgado de origen por ausencia de algún presupuesto procesal esencial o por una violación procesal, siempre que se haya expresado como agravio y que haya trascendido al resultado del fallo, o cuando en suplencia de la queja de menores se estime necesario el desahogo de medios probatorios.

Según el art 850, la sentencia que niegue los alimentos será apelable en ambos efectos y la que los conceda sólo en el efecto devolutivo.

3.4 Procedimientos orales especiales

3.4.1 Divorcio por mutuo consentimiento

3.4.1.1 Nuevo León

Los asuntos que en esta entidad se sustanciarán por un procedimiento oral especial son el divorcio por mutuo consentimiento y los actos de la jurisdicción voluntaria: enajenación de bienes de menores o incapacitados y transacción acerca de sus derechos, adopción y cambio de régimen de matrimonio.

Según el art 1082 del *CPCENL* el procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento dará inicio con la solicitud que presenten los cónyuges, incluidos copias certificadas del acta de matrimonio y de las actas de nacimiento o defunción de los hijos si los hubiere, además del convenio en que fijen la designación de personas a quienes serán confiados los hijos del matrimonio tanto durante el procedimiento como después que haya causado ejecutoria la sentencia de divorcio; el derecho de visita o convivencia que tendrá el cónyuge que no tenga la custodia, debiendo las partes precisar los días y las horas para ese efecto; el modo de subvenir a las necesidades de los hijos, así como la garantía que ha de darse para asegurarlo, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio; la casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio; la cantidad que a título de alimentos, en caso de así acordarlo, un cónyuge debe pagar al otro durante y después del procedimiento, la forma de hacer el pago y la garantía que ha de darse para asegurarlo; la manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento; la forma de liquidar la sociedad conyugal después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores, entre otros.

Si la solicitud, el convenio o la documentación fueren insuficientes, el juez concederá a los solicitantes un plazo de tres días para que los completen.

Hecha la solicitud y cumplidas las exigencias legales, el juez citará a los cónyuges, al Ministerio Público y, en su caso, al fiador a una audiencia, señalando día y hora para que se verifique en un plazo de quince días.

En dicha audiencia, según lo establece el art 1084 del *CPCENL*, el juez exhortará a los consortes a su reconciliación; si se avienen, se declarará sobreseído el procedimiento. De no ser así y los cónyuges insisten en el divorcio, si en el convenio quedan bien garantizados los derechos de los hijos y el Ministerio Público manifiesta su conformidad, el juez suspenderá la audiencia por un plazo no mayor a una hora, al término del cual deberá reanudarla y pronunciar de inmediato la sentencia, disolviendo el vínculo matrimonial y decidiendo sobre el convenio presentado, decretando cuantas medidas sean necesarias para el bienestar de los hijos.

Si el Ministerio Público se opone a la aprobación del convenio por considerar que viola los derechos de los hijos o que no quedan bien garantizados, propondrá las modificaciones que estime pertinentes y el juez lo hará saber a los cónyuges para que en la misma audiencia manifiesten si aceptan o no las modificaciones. En caso de que no las acepten, el juez resolverá en la sentencia lo que proceda con arreglo a la ley, pero cuidará que queden debidamente garantizados los derechos de los hijos. Cuando no se deba aprobar el convenio, no podrá decretarse la disolución del matrimonio.

En caso de que cualquiera de los cónyuges no acudiere a la audiencia, el juez declarará sin efecto la solicitud y mandará archivar el expediente. Si el cónyuge justifica la causa de su inasistencia, el juez citará a las partes a una nueva audiencia, con el apercibimiento de que, en caso de persistir la inasistencia, el juez declarará sin efecto la solicitud y mandará archivar el expediente (art 1087).

La sentencia que decreta el divorcio por mutuo consentimiento es apeloable en el efecto devolutivo y la que lo niegue en ambos efectos (art 1088).

Si en la sentencia se decreta el pago de alimentos, deberá fijarse la pensión correspondiente, la cual habrá de abonarse siempre por adelantado. La sentencia respectiva indicará siempre, en su parte considerativa y en uno de sus puntos resolutivos, que el monto de la pensión podrá modificarse en su cuantía, previo el procedimiento respectivo, para que esté ajustada de forma permanente a las necesidades del acreedor alimentista y a las posibilidades del obligado a proporcionar alimentos. Esta circunstancia deberá hacerse del conocimiento de las partes personalmente al ser notificada la sentencia respectiva.

3.4.1.2 Estado de México

En esta entidad, el divorcio por mutuo consentimiento, el divorcio incausado o unilateral, el nombramiento de tutores y curadores, los procedimientos de violencia familiar y la restitución internacional de menores se regulan

según procedimientos especiales establecidos en el título sexto del libro segundo, y no en el libro quinto referente a las Controversias sobre el Estado Civil de las Personas y del Derecho Familiar que se ha venido comentando, el cual regula el juicio oral. Sin embargo, comparten los principios del juicio oral: concentración, abreviación, continuidad e intermediación.

En el caso del divorcio por mutuo consentimiento, éste lo tramitarán ambos cónyuges, presentando su solicitud escrita al juez y acompañando el convenio respectivo (art 2.275).

Presentada la solicitud, el juez citará a los cónyuges a una audiencia de avenencia, dentro de los cinco días siguientes. En el propio auto señalará los puntos del convenio que no se ajusten a derecho o que no considere de equidad; propondrá que lo corrijan o ajusten por escrito a más tardar en la audiencia respectiva (art 2.276). Durante esta audiencia, el juez exhortará a los promoventes a reconsiderar su petición de divorcio y, de no lograrse la reconciliación, analizará que el convenio esté ajustado a derecho (art 2.277).

El juez dictará resolución en la misma audiencia que decidirá sobre el convenio; si lo aprueba, declarará la disolución del vínculo matrimonial (art 2.278). Cuando, sin causa justificada, uno o ambos cónyuges no asistan a la audiencia, se declarará concluido el procedimiento (art 2.281).

Respecto al llamado divorcio incausado o unilateral, el art 2.373 del *CPCem* establece que la solicitud podrá presentarse por uno de los cónyuges, sin necesidad de señalar la razón que lo motive, debiendo acompañar entre otros requisitos la propuesta de convenio que habrá de regular las consecuencias de la disolución del vínculo matrimonial.

El convenio deberá contener la designación sobre la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces y el domicilio donde vivirán; el régimen de visita y convivencia respecto al progenitor que no ejercerá la guarda y custodia de los menores; la designación del cónyuge que seguirá habitando, en su caso, el domicilio donde se haga vida en común; la cantidad que por concepto de alimentos se propone, para atender las necesidades de los hijos y en su caso del cónyuge a quien deba darse alimentos; la forma, lugar y temporalidad para hacerlo; los elementos que permitan al juez fijar la pensión propuesta, así como la garantía para asegurar su cumplimiento; la manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, después de decretado el divorcio; y cuando se trate del régimen de separación de bienes, el modo de repartir los bienes adquiridos durante el matrimonio.

Presentada la solicitud, el juez admitirá a trámite la petición, dando vista al otro cónyuge y proveerá sobre las medidas precautorias solicitadas o

las que estime necesarias para salvaguardar el interés superior de los menores o incapaces; además, se señalará día y hora para la celebración de una audiencia de avenencia después de nueve días y antes de quince días (art 2.374).

En dicha audiencia de avenencia, el juez tratará de conciliar a las partes para continuar con el matrimonio. Si no hay conciliación, se citará a una segunda audiencia con el mismo propósito, en un término de tres días, y si en esta segunda audiencia de conciliación no se logra avenir a las partes, continuará la audiencia y el juez las escuchará acerca de la propuesta del convenio, en la cual se podrán modificar o adicionar las cláusulas de éste a petición de los interesados. De manifestar su conformidad con los términos del convenio y, de no haber observación alguna por el juzgador, se aprobará y elevará a la categoría de cosa juzgada, decretando la disolución del vínculo matrimonial y, en su caso, la terminación de la sociedad conyugal (art 2.376).

Cuando falte consenso acerca de la totalidad de los puntos del convenio, o de inasistir a la audiencia respectiva el cónyuge citado, se decretará la disolución del vínculo matrimonial y, en su caso, la terminación de la sociedad conyugal. Se otorgará a las partes un plazo común de cinco días para que —conforme a los requisitos de una demanda— formulen sus pretensiones y hechos y ofrezcan sus medios de prueba respecto a los puntos que no hayan sido objeto de consenso y los demás que estimen convenientes. Con los escritos que presenten las partes, se les dará vista para que manifiesten lo que a su interés convenga, opongán defensas y excepciones y ofrezcan los medios de prueba respectivos por un plazo de cinco días (art 2.377).

Se dará entonces citación a una audiencia inicial, que tendrá verificativo dentro de los cinco días siguientes, siguiéndose en este supuesto el procedimiento oral para las controversias familiares (art 2.378), el cual se reseñó en líneas anteriores.

3.4.1.3 Guanajuato

En esta entidad, según dispone el art 852 del *CPCEG*, se tramitarán por la vía del procedimiento oral especial: *a)* el divorcio por mutuo consentimiento; *b)* la enajenación y transacción de derechos patrimoniales de niños, niñas, adolescentes, incapaces y ausentes; *c)* la adopción, y *d)* la restitución internacional de menores.

Las solicitudes deberán cumplir con los requisitos que se establecen para la demanda en los procedimientos ordinarios. Desde la presentación

de la solicitud inicial deberán ofrecerse las pruebas que sirvan para demostrar su pretensión.

Radicalada la solicitud, el juez se pronunciará sobre la admisión de las pruebas ofrecidas y citará personalmente a la audiencia de juicio, la cual deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes. La oportuna preparación de las pruebas correrá a cargo del solicitante (art 854).

La audiencia de juicio contendrá las siguientes etapas: desahogo de pruebas, alegatos y sentencia. En esta audiencia se aplicarán, en lo conducente, las disposiciones relativas al desahogo de pruebas y alegatos previstas en la audiencia de juicio de los procedimientos orales ordinarios (art 855).

Concluida la etapa de alegatos, el juez emitirá la sentencia por escrito y expondrá brevemente su contenido. Excepcionalmente podrá emitirse dentro del plazo de cinco días (art 856).

En cuanto al divorcio por mutuo consentimiento, el art 857 del *CPCEG* dispone que en la solicitud los cónyuges deberán presentar el acta de matrimonio, las actas de nacimiento de los promoventes y las de sus hijos menores. Asimismo, acompañarán el convenio relativo a la custodia de los hijos menores o incapaces y a los alimentos en su caso. Si no se anexa el convenio y éste fuere necesario porque existan hijos menores o incapaces, no podrá citarse a la audiencia de juicio. El juez los requerirá para que lo exhiban en un término no mayor de tres días; de no hacerlo, la solicitud se tendrá por no interpuesta.

A la audiencia de juicio deben comparecer personalmente los cónyuges, quienes ratificarán su solicitud y, en su caso, el convenio respectivo. Si alguno o ambos cónyuges no asisten, se entenderá que se desisten de su pretensión. El juez analizará el convenio y señalará a los cónyuges los puntos que no se apeguen a derecho o que considere inequitativos, para que los corrijan en la audiencia. De encontrarlo ajustado a la ley y de estar garantizados los derechos de menores e incapaces, el juez dictará sentencia, en la cual aprobará el convenio y disolverá el vínculo matrimonial (art 858).

La sentencia que decreta el divorcio por mutuo consentimiento será irrecurrible y la que lo niegue es apelable en ambos efectos (art 860).

3.4.2 Violencia familiar

De especial interés son los procedimientos especiales de violencia familiar contemplados en el *CPCEM*. Según el art 2.345 de este ordenamiento, las partes de un conflicto de violencia familiar podrán resolver sus diferencias

mediante los procedimientos de conciliación o por la denominada *controversia de violencia familiar*.

Ambos se llevarán a cabo en forma sumarásimas sin omitir allegarse todos los elementos de convicción necesarios para apoyar las propuestas de las partes (art 2.346). Cuando se trate de menores, incapaces y adultos mayores de sesenta años, deberá oírseles durante el procedimiento, tomando en consideración su edad, grado de madurez y capacidad (art 2.347).

Los procedimientos de violencia familiar se iniciarán por escrito. La demanda podrá presentarla el receptor de la violencia familiar, cualquier miembro del grupo familiar o cualquier persona que tenga conocimiento de la violencia familiar (art 2.348).

El escrito de demanda deberá contener principalmente nombre y domicilio del que interpone la demanda, del receptor y del generador de violencia; narración sucinta de los hechos, expresando las circunstancias de lugar, tiempo y modo, así como el ofrecimiento de las pruebas conducentes a acreditar su demanda (art 2.349).

Recibida la demanda, la autoridad integrará el expediente respectivo y citará dentro de los nueve días siguientes al generador de la violencia y al receptor de violencia familiar para que acudan a una audiencia de avenencia (art 2.350).

En dicha audiencia de conciliación, el juez, después de oír a las partes, procurará obtener la avenencia entre éstas y las invitará para que se sometan a terapia médica y psicológica; de ser necesario les proporcionará alternativas de solución y las exhortará para que lleguen a un acuerdo y, en caso de no lograrlo, les dará a conocer las consecuencias e inconvenientes que ello representa para el grupo familiar. Si las partes llegan a un acuerdo, se elaborará el convenio correspondiente, que será firmado por quienes intervengan en él; en caso contrario, se dará por concluido el procedimiento de conciliación (art 2.350).

En el segundo procedimiento, el de controversia de violencia familiar, admitida la demanda se correrá traslado al presunto generador de violencia y se le emplazará para que en el plazo de cinco días conteste y ofrezca pruebas (art 2.354).

Según el art 2.355 del *CPCFM*, al admitirse la demanda de violencia familiar o durante el proceso, a juicio del juez podrán dictarse medidas de protección, entre las cuales se mencionan: ordenar al presunto generador de violencia que salga inmediatamente del domicilio común, en cuyo caso se puede utilizar incluso la fuerza pública; autorizar al receptor o agredido un domicilio diferente de aquel en el que se genera la violencia, si así lo soli-

cita; prohibir al presunto generador de violencia el acceso al domicilio del grupo familiar, así como a los lugares de trabajo o de estudio de la víctima.

Asimismo, se puede prohibir al presunto generador de violencia familiar y a aquellas personas que estén de acuerdo con él acercarse a una distancia determinada de cualquier lugar donde se encuentre la víctima u otro miembro del grupo familiar y cualquier contacto físico, verbal telefónico o de otra índole; fijar una pensión alimenticia provisional a favor de la víctima o víctimas y los menores, y emitir una orden de protección y auxilio policial, dirigida a las autoridades de seguridad pública, de la cual se expedirá copia a la víctima para que pueda acudir a la autoridad más cercana en caso de amenaza de agresión fuera de su domicilio.

El generador de violencia deberá contestar la demanda, referirse a cada uno de los hechos narrados y ofrecer las pruebas respectivas (art 2.356). Contestada la demanda o transcurrido el término para ello, el juez señalará día y hora para que dentro de los cinco días siguientes tenga verificativo la audiencia inicial de conciliación, depuración procesal, admisión y preparación de pruebas (art 2.357).

Verificada la audiencia inicial, se señalarán día y hora para que dentro de los diez días siguientes tenga verificativo la audiencia principal de desahogo de pruebas, alegatos y, en su caso, sentencia, sin perjuicio de dictarla dentro de los cinco días siguientes en audiencia (art 2.358).

En la sentencia se determinará la forma de restablecer la paz y el orden familiar, mediante la adopción de las medidas que el juez estime necesarias para la integración del grupo familiar y por el tiempo que se considere indispensable (art 2.359).

3.4.3 Jurisdicción voluntaria

3.4.3.1 Nuevo León

En esta entidad son actos de jurisdicción voluntaria la autorización judicial para la enajenación de bienes de menores o incapacitados y transacción acerca de sus derechos, la adopción y el cambio de régimen de matrimonio.

Según dispone el art 1090 del *CPCENL*, la solicitud se presentará por escrito con los requisitos que rigen para la presentación de la demanda, así como los correspondientes al acto de jurisdicción voluntaria que se promueva y cualquier otro requisito que el juez considere prudente según las circunstancias del caso.

Si se incumple con alguna exigencia, el juez concederá al promovente un término de tres días para completarlas. En caso de que no se cumpla esa prevención, se desechará de plano su solicitud.

Cumplidas las exigencias, el juez señalará el día, la hora y el lugar para una audiencia que se celebrará dentro del plazo de quince días, citando a los promoventes, al Ministerio Público y a terceros que deban comparecer (art 1091). En dicha audiencia, los promoventes ratificarán su solicitud; en caso de no hacerlo, ésta quedará sin efectos. Ratificada la solicitud, se desahogarán las pruebas que requieran diligencia especial en el orden que el juez determine, hecho lo cual el procedimiento quedará en estado de sentencia, la cual se dictará en el acto si fuere posible. En caso contrario, citará a las partes para dictarla dentro del término de tres días (art 1092).

En cuanto a la licencia judicial para la venta de los bienes que pertenezcan exclusivamente a menores o incapacitados, el art 1094 del *CPCENL* dispone que al pedirse, se expresarán el motivo de la enajenación y el objeto al cual debe aplicarse la suma por obtener y que se justifique la absoluta necesidad o la evidente utilidad de la medida.

Si fuere el tutor quien solicitare la venta, al hacer la promoción deberá proponer las bases del remate en cuanto a la cantidad que habrá de darse de contado, el plazo, el interés y las garantías del remanente. La solicitud del tutor se sustanciará con el curador y el Ministerio Público. La sentencia que se dicte es apelable en ambos efectos. Lo mismo se seguirá cuando los que ejercen la patria potestad soliciten la venta de bienes de sus hijos.

En lo relativo al procedimiento de adopción, el art 1101 del *CPCENL* señala que, una vez acreditados, los requisitos señalados en la legislación de fondo, el que pretenda adoptar deberá manifestar en su promoción inicial el nombre, apellidos, nacionalidad, edad y domicilio del menor que se pretende adoptar, además del nombre, nacionalidad, edad, estado civil y domicilio de quienes ejerzan sobre él la patria potestad o la tutela o de la institución de asistencia o beneficencia que lo haya acogido; así como el nombre, nacionalidad, edad, estado civil y domicilio del o los adoptantes, y el nombre, nacionalidad y domicilio de los padres o del adoptante o los adoptantes. En caso de querer variar el nombre del adoptado o los adoptados, en dicha promoción se expresará el nuevo nombre que se pretende asignar.

Asimismo, en la promoción se acompañará el otorgamiento del consentimiento de las personas que deban darlo.

Cuando el menor hubiere sido acogido por institución pública o privada, el adoptante recabará constancia del tiempo de la exposición; si hubieren transcurrido menos de tres meses de la exposición, se decretará el depósito

del menor con el presunto adoptante entretanto se consuma dicho plazo. Si el menor expósito no hubiere sido acogido por institución pública o privada, se decretará el depósito con el presunto adoptante por el término de tres meses para los mismos efectos.

Según el art 1102 del *CPCENL*, no procederá fijar fecha y hora para la celebración de la audiencia hasta en tanto transcurra el término para la retractación del consentimiento, que es de 30 días contados a partir de que se otorgó.

3.4.3.2 Estado de México

En la legislación procesal de esta entidad se tramitan como procedimientos no contenciosos, según las reglas del libro tercero del *CPCEM*, no sólo la autorización para vender, gravar bienes y transigir derechos de menores o sujetos a interdicción, sino también la adopción. Entre las reglas generales previstas para estos actos que requieren intervención del juez aun cuando no exista litigio, se mencionan las siguientes:

El escrito que inicie un procedimiento judicial no contencioso deberá contener, además de los requisitos específicos que se establezcan para cada procedimiento, los siguientes: el tribunal ante el cual se promueve; el nombre del promovente; el nombre y domicilio de las personas que, en su caso, deban ser citadas; los hechos en que el promovente funde su solicitud; la providencia específica que solicite el promovente, y las pruebas ofrecidas por el promovente (art 3.2).

El Ministerio Público será oído en los casos siguientes: cuando la solicitud promovida afecte intereses públicos; se refiera a la persona o bienes de menores o incapacitados; cuando carezca de representante legal o el juez advierta que es omiso o actúa en contra de los intereses de aquéllos; tenga relación con los bienes y derechos de un ausente, o lo considere necesario el juez (art 3.3).

Se celebrará una audiencia previa. En asuntos del derecho familiar, en su caso, se señalará fecha dentro de los cinco días siguientes para la celebración de audiencia de recepción de pruebas o para la práctica de las diligencias respectivas (art 3.4).

Para el procedimiento de adopción, el que pretenda adoptar, una vez acreditados los requisitos señalados en la legislación sustantiva, presentará al juez su solicitud. En ésta, en términos del art 3.16 del *CPCEM*, deberá manifestarse el nombre y edad del menor o incapacitado, el nombre y domicilio de quienes ejerzan sobre él la patria potestad o la tutela, o de la per-

sona o institución pública o privada que lo haya acogido, debiéndose anexar el certificado de idoneidad expedido por el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México. Dicho certificado contendrá los estudios médico, psicológico, socioeconómico y de trabajo social realizados por el sistema o por quien éste autorice.

Cumplidos los anteriores y obtenido el consentimiento de quien legalmente deba darlo, el juez citará a una audiencia dentro de los cinco días siguientes, en la que resolverá lo procedente. La resolución es apelable con efecto suspensivo (art 3.17).

3.4.3.3 Guanajuato

En esta entidad, los actos de jurisdicción voluntaria en materia familiar como la autorización para la enajenación y transacción de derechos patrimoniales de niños, niñas, adolescentes e incapaces y la adopción se tramitan según las reglas previstas para los procedimientos orales especiales, en el título tercero del libro sexto del *CPCEG*.

Respecto a la adopción, el que pretenda adoptar a alguna persona, si acredita las exigencias señaladas en la legislación sustantiva del estado, procederá en términos del art 874 del *CPCEG*.

En la promoción inicial deberá manifestar el tipo de adopción que se promueva; el nombre, edad y domicilio del niño, niña, adolescente o incapaz; el nombre, edad y domicilio de quienes ejerzan sobre él la patria potestad o la tutela, y el nombre y domicilio de la institución de asistencia o beneficencia que lo haya acogido, debiendo anexar el certificado de idoneidad, así como los antecedentes de la persona por adoptar. De igual forma, deberá ofrecer prueba testimonial y documental para acreditar los antecedentes del menor o incapacitado y que la adopción es benéfica para el adoptado.

En el auto de radicación, el juez ordenará citar a la audiencia de juicio a quien ejerce la patria potestad o tutela sobre la persona por adoptar, al solicitante o solicitantes de la adopción y al Ministerio Público. Asimismo, a la audiencia podrá citarse a un representante del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado designado para atender el tema de adopción.

El juez citará a la audiencia al adolescente por adoptar si tuviere más de 14 años, para recabar su consentimiento.

Según el art 875, en la audiencia de juicio, el juez deberá imponer al solicitante de los deberes que genera la adopción a efecto de que ratifique su intención de adoptar. El juez hará saber a quienes ejercen la patria potes-

tad o tutela sobre el niño, niña, adolescente o incapaz la necesidad de que otorguen su consentimiento con la adopción conforme a lo que establece la legislación sustantiva, y les hará saber las consecuencias que ello implica.

Cumplidos los requisitos, el juez pronunciará la sentencia que corresponda (art 876).

Cuando el procedimiento se refiera al cambio de la adopción simple a plena que soliciten el adoptante o los adoptantes, el juez citará a la audiencia de juicio a los solicitantes y a quien haya de otorgar su consentimiento (art 847).

Cuando el adoptante y el adoptado pidan revocar la adopción, el juez los citará a la audiencia de juicio. Si el adoptado fuere menor de edad, no se decretará la revocación sin recabar el consentimiento de quienes lo otorgaron para la adopción y sin oír al Ministerio Público. Para acreditar cualquier hecho relativo a la conveniencia de la revocación, pueden rendirse toda clase de pruebas (art 848).

UNIDAD 4

Justicia oral y enseñanza del derecho

4.1 Oralidad y perfil del profesional en derecho

Existe consenso en el señalamiento de que el éxito o fracaso del nuevo modelo procesal de juicios orales o por audiencias dependerá en gran medida de sus operadores. Como docentes, dedicados a la formación de profesionales del derecho en las aulas universitarias, estamos obligados a reflexionar en nuestra labor e identificar cuáles son las mejores vías para preparar a los futuros operadores jurídicos de este sistema, ya sea como juzgadores o abogados de las partes.

Toda reflexión referente a la enseñanza debe establecer los propósitos de ésta. Para la materia que ahora nos ocupa, el propósito es formar profesionales del derecho que se desempeñen de modo óptimo en el ámbito de los juicios orales. Las características del modelo procesal estudiadas en la unidad anterior sirven como indicaciones para establecer qué conocimientos y destrezas necesitarán dichos profesionales para lograr ese desempeño óptimo, es decir, cuál habrá de ser el perfil del profesional que se ocupe de utilizar la nueva *tecnología jurídica* del juicio por audiencias.

En principio, deberá ser un profesional que conozca el derecho positivo, esto es, las distintas normas aplicables a su caso, ya estén en los códigos, tratados internacionales o criterios jurisprudenciales. En conjunción, habrá de dominar los conceptos y sistematizaciones doctrinales que permiten estudiar y aplicar el derecho de modo racional y coherente; además, se tratará de un profesional que tenga un conocimiento del derecho y las normas de más alto nivel que el exigido por la práctica para un profesional acostumbrado al sistema procesal escrito.

¿Por qué se requiere lo anterior? Hasta ahora, en el modelo escrito, gran parte del trabajo profesional se realiza en el despacho y al preparar las demandas y promociones se tiene a la mano la biblioteca jurídica, en cuyo caso se puede detener la redacción y revisar la legislación, así como agotar la búsqueda de normatividad para dar la mejor respuesta jurídica al asunto. Luego, tras presentar el escrito, tanto el funcionario judicial como la contraparte trabajan en las mismas condiciones y tienen tiempo para estudiar el caso, revisar las fuentes y formular su propia respuesta jurídica.

Con el nuevo esquema cambia la forma de trabajar. No se omite el anterior estudio, pero deberá hacerse previamente a la realización de la audiencia y en poco tiempo, con apego a la urgencia de los términos establecidos para asegurar la celeridad. Una vez en la audiencia, auténticamente como si fuese un examen oral, los abogados y el juez habrán de demostrar públicamente que “estudiaron” el asunto, es decir, que conocen el derecho aplicable al caso. ¿Cómo harán esto? La lectura de “acordeones” escritos estará vedada y no podrán pedir pausas para revisar las normas o la bibliografía cuando les surjan dudas o se les olviden los artículos; nada, deberán tener en la mente el derecho aplicable a su caso. Conseguir esto, para una audiencia que dure dos o tres horas, puede requerir semanas de preparación.

Asimismo, los litigantes deberán estudiar por partida doble: anticipar lo que alegará la contraparte y preparar una respuesta a esa posición, en busca de desacreditar la pretensión contraria y preparar defensas para la propia. Ante los tribunales, todo argumento ha de respaldarse en el derecho. Si en el transcurso de la audiencia una de las partes demuestra que le asiste el *mejor* derecho y la otra no le puede responder jurídicamente, sólo le quedará guardar silencio.

Evidentemente, lo anterior será válido si se quiere una justicia oral de calidad, que reafirme la majestad de los tribunales mediante procesos ilustradores, dignos de presenciarse públicamente, que en realidad contribuyan a ennoblecer la imagen que la ciudadanía tiene de la jurisdicción. En otro escenario, habrá una justicia oral modesta, si no anodina, con un debate

oral simulado, en el cual las partes acudan a la audiencia a leer escritos o a hacer alusiones imprecisas e invocaciones vagas, en la complicidad de que luego el juez podrá darse tiempo, amparado en la complejidad del asunto, y revisar lo que realmente dice el derecho para el caso.

En ese sentido, para el óptimo funcionamiento del proceso oral se requiere formar a un profesional que detente un conocimiento exhaustivo de las normas, de modo que cada vez que la práctica lo requiera para ello pueda dar una adecuada respuesta jurídica. Lo contrario sólo demeritará la calidad de la justicia. Desde luego, no se exige un conocimiento memorístico, que además de chocante es humanamente imposible, sino un saber preciso sobre el sentido de las normas, el cual suelen dominar los buenos litigantes, que saben bien qué dice la ley, aunque no repitan el texto a la letra. Esto incluye por supuesto el conocimiento de los fundamentos teóricos, conceptos y marcos metodológicos del derecho, sin los cuales se carece de una visión coherente y sistemática del ordenamiento.

En segundo lugar, se requiere un profesional del derecho capaz de transmitir o comunicar con claridad, exactitud, precisión y brevedad ese conocimiento jurídico expresado como solución o respuesta a un caso específico. En el modelo procesal tradicional, la vía de expresión mayormente utilizada es la escrita. Por medio de sus escritos, los operadores jurídicos muestran que saben de derecho, a la vez que tienen tiempo para estudiar y escribir al dar la mejor redacción posible al escrito para que funcione óptimamente como instrumento de comunicación. Lo anterior cuando se trata de un buen litigante, porque muchos tienen un pésimo estilo al redactar, oscuro y farragoso, o sencillamente se dedican a reciclar los mismos machotes que otros han utilizado.

En el juicio oral, la habilidad de expresión escrita es indispensable para redactar la demanda o en su caso contestación, que inician el procedimiento. Una vez iniciado éste, para presentarse a las audiencias se requerirá además contar con óptimas habilidades de comunicación oral. Al respecto se ha hablado mucho de aprovechar las técnicas que proporciona el arte de la oratoria; esto es indudable, si bien con la precisión de que el esquema procesal oral no requiere grandilocuencia ni excesos retóricos, sino una expresión verbal clara, exacta, precisa y concisa. Lo anterior es un rasgo del discurso que resulta auténtica piedra preciosa, rarísima, en un país que dio a la lengua española el verbo *cantinflear*.

En tercer lugar, el buen funcionamiento del modelo procesal oral requiere profesionales que, además de conocer el derecho y tener habilidad para comunicar ese conocimiento, sepan argumentar correctamente. Con

esto nos referimos, a grandes rasgos, al ejercicio intelectual por el cual, a partir de los hechos concretos que son objeto del litigio, el jurista formula una respuesta o solución jurídica y la respalda con razones o argumentos que muestran que su respuesta o solución es la mejor, la cual deberá decidir el caso. Un proceso oral de calidad dependerá de la calidad de los argumentos que sean capaces de formular las partes a partir de los hechos motivo de la controversia.

Los anteriores son los tres ámbitos de conocimientos y pericias fundamentales que integran el perfil de un buen operador jurídico para el nuevo modelo de justicia oral. Evidentemente, no es una caracterización restrictiva, la cual se complementa con los conocimientos y habilidades generales que debe tener todo profesional del derecho y con los relativos al contenido especializado de la materia, es decir, el conflicto familiar.

En cuanto a lo último, se ha dicho que la justicia familiar tiene un trasfondo ético que obliga al profesional del derecho no sólo a una conducta leal durante el proceso, marginada de deliberadas prácticas dilatorias o corruptelas, sino también a tener en cuenta que el conflicto cuya resolución se le pide promover implica cuestiones sensibles de la condición humana (el aspecto íntimo de las personas). De este modo, pueden estar comprometidos los intereses y el bienestar futuro de los menores, situaciones que reclaman de él una actitud comprometida y responsable. Así, el profesional del derecho no actuará como psicólogo ni como trabajador social, pero sí como abogado en el sentido ahora perdido de hombre de confianza de la familia, cuyo consejo y respaldo se busca en momentos de crisis.

En otros detalles más pragmáticos, se requerirá un buen manejo de las nuevas tecnologías, que tienden a ser básicas en estos juicios orales “audio-visuales”, en los que no hay expedientes cosidos a mano, pero sí expedientes electrónicos en DVD.

Visto el anterior perfil requerido para el profesional del derecho que pondrá en marcha los juicios orales, queda ver si el actual modelo de enseñanza del derecho es adecuado para la formación de estos profesionistas o si, por lo contrario, requiere modificarse.

Adelantando, la opinión generalizada es que resulta necesario modificar planes y programas de estudio, generar libros de texto que discernan sobre el nuevo modelo y, en cuanto al método y las técnicas, fomentar las que permitan una educación menos dedicada a la memorización y contrastación de teorías o conceptos abstractos, enfocada a la resolución de problemas específicos, que les doten de herramientas para enfrentarse sin problemas a un caso práctico. Según dice **Carbonell**: “Habrà que enseñar a los

alumnos que lo más importante en su formación jurídica no es la capacidad de memorización, ni su talento oratorio, sino sus cualidades argumentativas”.¹

Lo anterior es una propuesta pertinente, si bien considerando, como hemos mencionado, que la argumentación jurídica no excluye el dominio del ordenamiento y la adecuada comunicación oral, sino que los presupone. Es decir, para argumentar correctamente no se requiere memorizar, pero sí saber el derecho; no se exige grandilocuencia, pero sí una claridad y contundencia en la expresión que, por lo general, sólo poseen los buenos oradores.

4.2 Formación teórica y preparación para la práctica

Desde hace algunas décadas, **Fernando Flores García** señalaba que la escuela tradicional de derecho no puede permanecer al margen de la evolución social, ni de los reclamos de la actual vida altamente tecnificada. Por el contrario, debe ser siempre la avanzada e impartirse la educación más depurada y acorde con los conocimientos y necesidades actuales y del porvenir, dejando así en el pasado la enseñanza del derecho libresca, repetitiva, acrítica y casi autodidacta, buscando al mismo tiempo preparar profesionales eficientes, honestos y con entrega a la sociedad, pues el país requiere abogados con un perfil diferente, que se conviertan en críticos y transformadores del derecho.²

Muchos han constatado que, en ocasiones, la educación jurídica parece haberse estancado en la transmisión de modelos teóricos del derecho que datan del siglo XIX. La carencia de los métodos adecuados lleva a los profesores a reproducir las ideas y valores tradicionales, ya que no actualizan sus conocimientos ni saben bien cuáles son los métodos modernos de la enseñanza. Los métodos tradicionales se apoyan fundamentalmente en las exposiciones teóricas y rara vez están orientados hacia los problemas del derecho; además, tienden a presentar una visión aislada del derecho tanto de la realidad social como de otras disciplinas.³

¹ **Miguel Carbonell**, *Los juicios orales en México*, 4a ed, Editorial Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2012, pág. 180.

² *Cfr* **Fernando Flores García**, “Enseñanza del derecho procesal”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XX, enero-junio de 1970, núms. 77-78, pág. 426.

³ Véase **Héctor Fix-Fierro** y **Sergio López-Ayllón**, “La educación jurídica en México. Un panorama general” en **Nuria González Martín** (coord), *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006, págs. 277-323.

En el extremo, **Roger Bartra** ha considerado que, en cierto sentido, “en las universidades actuales ha penetrado una cierta rigidez que podríamos llamar *neomedieval*”.⁴

En el ámbito de la enseñanza del derecho procesal, es opinión común entre los egresados que la preparación que reciben en las aulas es poco útil para la vida profesional. Sus opiniones las confirman quienes diagnostican que los egresados no parecen estar bien preparados para la práctica profesional: saben hablar de la profesión, pero no cómo resolver cuestiones y problemas de la vida social jurídica; saben mucho de derecho en abstracto, pero poco sobre su aplicación concreta.

Lo anterior sucede, según señala **Bucio Estrada**, porque no se educa a los alumnos para dar consultas o asesorías, para aplicar la ley en calidad de jueces o para pedir justicia en el ejercicio libre de la profesión. Se les enseña el dominio conceptual del conocimiento, pero no la aplicación de éste, cuando lo ideal es que no debiera haber una separación entre ambas vertientes. Enseñar a pensar forma parte de enseñar a hacer; como se hace en la medicina, en el derecho debería enseñarse teoría en las aulas y práctica en los tribunales, notarías y despachos.⁵

Así, se menciona de modo generalizado la existencia de una aparente pugna entre enseñanza teórica y enseñanza práctica del derecho, que en el fondo tiene como punto de partida la pregunta acerca de los objetivos y el contenido de la educación y respecto a qué se necesita enseñar al estudiante para que sea un buen profesional del derecho. A esta pregunta, un jurista teorizante podría responder que un robusto aparato teórico-conceptual; un postulante, privilegiar las herramientas prácticas para el litigio; un positivista, hablar de la letra de la ley; un moralista, de valores y en especial de la capacidad para identificar y promover lo justo; un izquierdista, exigir un compromiso con las transformaciones sociales, y aún habrá quien afirme que es necesario el conjunto de todo lo anterior.

Tradicionalmente, la controversia referente a las concepciones de la enseñanza del derecho se ha polarizado en dos posiciones principales, aparentemente opuestas: *a)* el modelo cultural o formativo, que sostiene la aspiración más o menos ambigua de formar un jurista pleno, y *b)* la orientación profesional, que se preocupa principalmente por el futuro destino

⁴ **Roger Bartra**, “La universidad y el nuevo renacimiento”, *Universidad y humanismo*, UNAM, México, 2003, pág 16.

⁵ *Cfr.* **Rodolfo Bucio Estrada**, “La enseñanza en el hacer del derecho procesal familiar” en **Ru-perto Patiño Manffer y Alma de los Ángeles Ríos Ruiz** (coords), *Derecho familiar. Temas de actualidad*, Editorial Porrúa, Facultad de Derecho de la UNAM, México, 2011, págs 31 y 32.

laboral del educando. De manera general, se ha considerado que el modelo cultural pone el énfasis en los conocimientos teóricos que debe alcanzar el alumno, mientras la orientación profesional privilegia la preparación práctica de los estudiantes. De este modo, los principales debates han girado desde hace décadas en torno de la dualidad conocimientos teóricos-habilidades prácticas.⁶

Para el modelo teórico, la mera formación práctica puede resultar insuficiente, pues la universidad no sólo es una escuela de oficios y de formación profesional, sino también debe aportar al estudiante un espíritu crítico.⁷ Una excesiva preocupación por el desarrollo de habilidades técnicas puede ser útil para competir en el mercado laboral, pero se aleja mucho del propósito de formar buenos profesionales entendidos no como técnicos del derecho, sino como juristas integrales.

Para el modelo práctico, la universidad no está sólo para formar eruditos, académicos e intelectuales del derecho; aunque ése es uno de los varios destinos laborales que pueden elegir los egresados, no suele ser el mayoritario. Las actuales escuelas de derecho están para formar buenos profesionales jurídicos, que se desempeñen como operadores jurídicos en diversas posiciones, con el fin de ser útiles a la sociedad.

Se mantiene como ideal el anhelo de conseguir un equilibrio entre ambas posiciones. Cualquier jurista más o menos enterado en el tema podría coincidir en que una enseñanza óptima debiera conseguir un equilibrio entre conocimientos teóricos, aptitudes prácticas y formación en valores. Según **Pérez Lledó**, “tres finalidades han de integrarse en la enseñanza de buenos profesionales: finalidad cognoscitiva (*enseñanza* de conocimientos), práctica (*capacitación* argumentativa) y crítica (*educación* en fines y valores)”.⁸

En palabras de **Berizonce**,

el objetivo de la enseñanza del derecho ha de ser articular el empalme adecuado entre los conocimientos teóricos y el aprendizaje práctico para formar abogados razonantes y criteriosos, capaces de afrontar y resolver las comple-

⁶ Cf. **Rafael de Pina**, “Teoría y práctica en la enseñanza del derecho”, *Pedagogía universitaria*, Botas, México, 1960, págs 26 y siguientes.

⁷ **María del Pilar Pérez Álvarez**, *Innovación metodológica y espacio europeo de educación superior. Experiencias docentes en el ámbito del derecho*, Dykinson, Madrid, 2011, pág 50.

⁸ **Juan Antonio Pérez Lledó**, “Teoría y práctica en la enseñanza del derecho” en **Francisco Laporta** (ed), *La enseñanza de derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003, pág 213.

jas e infinitas situaciones conflictivas del mundo actual. Se propugna la configuración de un tipo profesional bien diverso del tradicional (...) que tenga como norte en su quehacer, como abogado ejerciente, juez, asesor, etc., la composición de los conflictos con justicia y equidad, que asuma la plena conciencia de que en el ejercicio de su profesión o ministerio ha de privilegiar el bien general comunitario, como mandato ético indeclinable.⁹

Independientemente de este ideal integral, la situación que impera, según se señala, es la existencia de un preocupante divorcio entre la enseñanza del derecho (lo que se dice y explica en las aulas) y la práctica jurídica, la “realidad” de la profesión, entre el despectivamente llamado “derecho de profesores” o “artificioso” derecho académico y la realidad forense, lo que se necesita saber para el desempeño profesional. **Quintero Olivares** señala claramente cómo “los profesores están persuadidos de que los llamados *operadores jurídicos*, que con esa desafortunada denominación se agrupa a todos los que viven de cerca la realidad forense, acogen con escepticismo o desinterés los estudios y análisis de los investigadores o docentes del derecho; es “derecho de profesores”, dicen a modo de sentencia que declara su irreversible inutilidad práctica”.¹⁰

En la actualidad institucional, es factible identificar que la orientación práctica-profesional gana progresivamente terreno frente al modelo cultural teórico-dogmático. El mercado de trabajo se ha transformado de manera importante en las últimas décadas y las Facultades de Derecho, sobre todo las de las universidades públicas, aún rezagadas frente a las nuevas exigencias laborales, pretenden ponerse al día para que sus egresados puedan competir en las nuevas circunstancias sociales. Así, el *para qué* de la enseñanza del derecho hoy en día se identifica, quizá más que antes, con el para encontrar y mantener un trabajo, con la valoración de la *empleabilidad* (*employability*) de los egresados, o su capacidad de acceder a un puesto de trabajo en el cambiante mercado laboral contemporáneo.

La tendencia internacional en materia de educación universitaria privilegia el enfoque práctico de formación para el ejercicio de la profesión. En el caso de la educación en la Europa continental, la más cercana en tradición a las universidades latinoamericanas, las reformas llevadas a cabo en últimas décadas dentro del llamado *proceso de Bolonia* han llevado a colocar como objetivos prioritarios de los planes de estudios ya no la transmisión

⁹ **Roberto O. Berizonce**, *Derecho procesal civil actual*, Librería Editora Platense, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, pág 716.

¹⁰ **Gonzalo Quintero Olivares**, *La enseñanza del derecho en la encrucijada. Derecho académico, docencia universitaria y mundo profesional*, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2010, pág 25.

de contenidos temáticos, sino la formación de “competencias”, entendidas en un sentido amplio como la conjunción del saber (conceptos, teorías, modelos y definiciones) y el saber hacer (habilidades, destrezas y aplicaciones prácticas de los conocimientos teóricos), con actitudes y estilos sobre cómo hacer las cosas en cada campo de trabajo.¹¹

La noción de “competencia”, con una amplia discusión en psicología cognitiva, fue generalizada en el contexto global durante la década de los noventa. En 1997 la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) diseñó el Programa Internacional para la Evaluación de Estudiantes (PISA, por sus siglas en inglés), en el que el concepto de *competencia* se entiende como “capacidad de los estudiantes de analizar, razonar y comunicarse efectivamente conforme se presentan, resuelven e interpretan problemas en una variedad de áreas”. A finales de ese año inició el Proyecto de Definición y Selección de Competencias (DeSeCo), dentro del cual se entiende lo siguiente: “Una competencia es más que conocimientos y destrezas: involucra la habilidad de enfrentar demandas complejas, apoyándose en y movilizandolos recursos psicosociales (incluidas destrezas y actitudes) en un contexto particular”.¹²

En el caso de la enseñanza del derecho y si se considera el ejemplo de España, en la labor de “identificar” competencias, el Libro blanco publicado por la agencia para la calidad de la enseñanza presentó un estudio que establece una amplia lista de 23 competencias transversales y 17 competencias específicas, con mayor o menor relevancia según el perfil profesional al que se oriente el estudiante. Entre las primeras se incluyen: capacidad de análisis y síntesis, conocimientos de informática, conocimiento de una lengua extranjera, trabajo en equipo, aprendizaje autónomo, liderazgo, espíritu emprendedor y motivación por la calidad. Entre las competencias específicas relacionadas con los conocimientos de la disciplina (saber) y las habilidades profesionales (hacer) se incluyen: la capacidad para manejar fuentes jurídicas y el desarrollo de la oratoria jurídica; leer e interpretar textos jurídicos y redactar escritos jurídicos; adquirir valores y principios éticos; la capacidad de negociación y conciliación, y los conocimientos básicos de argumentación jurídica.¹³

¹¹ Cfr. **Jesús García Martínez**, “Las competencias y la nueva organización de la Enseñanza” en **Maria Reyes León Benítez** (coord), *La licenciatura de derecho en el contexto de la convergencia europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág 166.

¹² *La definición y selección de competencias clave. Resumen ejecutivo*, DeSeCo, OCDE, 2005, págs 2 y 3.

¹³ Véase *Libro blanco. Título de grado en derecho*, Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación, Madrid, 2006, págs 103, 104, 181 y 182.

De este modo, la definición, formación y evaluación de las competencias que los estudiantes deben adquirir durante su paso por la universidad aparecen en el contexto internacional como la mejor garantía de su empleabilidad; desde esa perspectiva, se ha propuesto la elaboración de planes de estudios dirigidos a la formación de competencias, en el ámbito jurídico: aquellas habilidades o destrezas indispensables para realizar la práctica laboral del graduado en derecho. Esto es válido a partir de que un buen profesional no sólo deberá conocer la normatividad, sino también tendrá que interpretarla y aplicarla, comprender y resolver problemas de índole jurídica, realizar investigaciones y proyectos, defender y proteger los derechos humanos, todo lo cual requiere una sólida formación ética, además de eficiencia y responsabilidad.

Así, la tradicional discusión en torno de la dualidad enseñanza teórica y enseñanza práctica se inclina actualmente en favor de la enseñanza práctica. La tendencia contemporánea es a incluir en los planes de estudios créditos en forma de clínicas jurídicas y prácticas profesionales obligatorias, que no dejen la enseñanza de la práctica para cuando egrese el estudiante, sino que sea simultánea o inmediatamente sucesiva a la de la teoría, dentro del mismo ámbito universitario. Para ello, se deben usar métodos como el de simulación de juicios o el famoso *método del caso*, importado de las instituciones estadounidenses.

En el medio mexicano, en el contexto del tránsito al modelo procesal por audiencias, se presenta una oportunidad idónea para reflexionar y fortalecer las transformaciones en la enseñanza del derecho no sólo en las materias procesales, sino también en su conjunto, hacia un esquema que si bien no abandone el ideal de una formación integral, dé la prioridad pertinente a la formación práctica que hasta ahora está excluida de la mayoría de las aulas universitarias.

4.3 Enseñanza activa del derecho

4.3.1 Fundamentos pedagógicos

Las técnicas activas de enseñanza tienen su fundamento teórico en dos corrientes pedagógicas principales: el constructivismo y la escuela activa. Los orígenes de la pedagogía activa pueden encontrarse en el trabajo de **Jean-Jacques Rousseau**, en su obra *Emilio*, en la cual critica la educación formalista de su época y propone que el niño se convierta en partícipe de

su propio proceso educativo, así como que el educando se conduzca como un ser activo, que intervenga y comparta.

Desde **Rousseau**, las voces en favor de una pedagogía *activa* pueden ubicarse en diversos discursos teóricos, por ejemplo: la pedagogía pragmática de **J. Dewey** y **W. Kilpatrick**; la escuela del trabajo y las ideas de **E. Claparède**, **M. Montessori** y **C. Freinet**, y el constructivismo de **J. Piaget**, entre otros.¹⁴

Piaget es uno de los teóricos fundadores del constructivismo educativo, según el cual el estudiante debe aprender con base en ser capaz de resolver los conflictos que le rodean. La escuela del constructivismo formuló los mecanismos con los cuales el conocimiento es interiorizado por el que aprende, mediante procesos de acomodación y asimilación que permiten a los individuos construir nuevos conocimientos a partir de las nuevas experiencias.

La teoría constructivista considera que el aprendizaje humano es una construcción interior; así, el conocimiento no puede recibirse en forma pasiva del mundo, ni nadie puede “transmitir” conocimientos a otra persona, pues el conocimiento es resultado de un proceso de construcción activa interno. La elaboración de ese conocimiento permite a la persona organizar su mundo a partir de sus vivencias y experiencias. En tales procesos, el maestro o educador debe cumplir el papel de facilitador y favorecer que el educando “construya” su propio conocimiento, y no sólo pretenda reproducir lo que el maestro indica.

En este modelo constructivista, el profesor desempeña un rol de mediador, desde el cual debe apoyar al alumno para: enseñarle a pensar, es decir, a desarrollar un conjunto de habilidades cognitivas que le permitan optimizar sus procesos de razonamiento; enseñarle sobre el pensar, al animarlo a tomar conciencia de sus propios procesos y estrategias mentales para controlarlos y modificarlos, mejorando el rendimiento y la eficacia en el aprendizaje; y enseñarle con base en pensar, lo cual implica incorporar objetivos de aprendizaje referentes a las habilidades cognitivas, dentro del currículo escolar.

Si bien en el constructivismo se establece que los estudiantes deben asumir los objetivos del aprendizaje, tomar resoluciones y resolver los conflictos que la construcción del conocimiento puede plantear, se considera también que el papel del profesor no sólo es observar el trabajo de los alumnos y determinar los contenidos de éste último, sino también conectar con los estudiantes mientras realizan actividades. El profesor puede intervenir direc-

¹⁴ Para un panorama introductorio sobre la historia de la pedagogía, véase **Eduardo López Betancourt**, *Pedagogía Jurídica*, Editorial Porrúa, México, 2000, págs 61 y siguientes.

tamente para estimular el razonamiento, por ejemplo: con preguntas o plantear problemas a resolver, o intervenir cuando se presenta un conflicto.

El constructivismo utiliza en la práctica un conjunto de métodos o técnicas activas de enseñanza, mediante las cuales se busca inducir al alumno a construir, transformar y evaluar su propio conocimiento. Pueden ser diversas actividades planteadas por el maestro, caracterizadas por estimular una participación directa del educando, de modo que éste, en lugar de retener y ser capaz de reproducir la información que el maestro le transmite, debe tomar conciencia de y dirigir por sí mismo su proceso cognoscitivo. Para ello, es necesario que surja entre el profesor y el alumno una vía de comunicación eficaz, continua y personalizada.

La escuela del *aprendizaje significativo*, término utilizado por el estadounidense **David Paul Ausubel**, coincide en que los objetivos de la educación deben distanciarse del aprendizaje memorístico y repetitivo, y dirigirse a formar en el alumno la capacidad para resolver problemas específicos, además de vincular el aprendizaje con la vida real y utilizar los conocimientos previos como base de ulteriores conocimientos.

Es responsabilidad del docente inducir al alumno a que corrija errores de método y de perspectiva en la enseñanza, de modo que obtenga un *aprendizaje significativo*. El estudiante ha de controlar su propio proceso de aprendizaje, darse cuenta de lo que hace, captar las exigencias de la tarea que se le propone, planificar y examinar sus propias realizaciones —identificando por sí mismo aciertos y dificultades—, seleccionar y emplear las estrategias de estudio pertinentes para cada situación, valorar los logros obtenidos, autoevaluarse y corregir errores.

4.3.2 Métodos y técnicas

La evolución de la sociedad contemporánea exige que los métodos de educación se modernicen. A diario, en el trabajo dentro de las aulas se confirma la necesidad de superar los sistemas tradicionales de enseñanza para sustituirlos por métodos que fomenten una participación activa del educando, con el objetivo de que éste deje de ser sólo un receptor pasivo de información.

El método tradicional de enseñanza se caracteriza por su estructura discursiva y el énfasis en la habilidad memorística. Cuando se evalúa al alumno, más que calificar su nivel de aprendizaje y comprensión, se intenta medir objetivamente la cantidad de información que ha acumulado. La actitud del alumno es sólo receptiva. Sobre todo en las materias procesales, el aprendizaje ha fomentado que el alumno se limite a memorizar los conte-

nidos. El docente es la autoridad tradicional en el aula y su función es activa, consistente en exponer o explicar el tema a tratar; mientras que el alumno asume una actitud pasiva concretándose a escuchar al profesor y, en su caso, tomar apuntes de las explicaciones, de modo que la interacción entre el maestro y el alumno suele ser escasa.

Dicho sistema pedagógico privilegia la necesidad de que los alumnos memoricen lo estudiado en la clase, lo cual es un objetivo que no concuerda con los fines de la enseñanza contemporánea enfocados a la comprensión y la habilidad de aplicar activamente lo aprendido y a la formación en competencias profesionales.

Actualmente los maestros están obligados a adoptar métodos que ya no se basen en la repetición de definiciones, sino que pretendan la comprensión constante del significado de los conceptos y el descubrimiento de sus características esenciales, aspecto más relevante de la enseñanza. De esta manera, no puede aceptarse que aún se apliquen en las escuelas de derecho métodos pedagógicos antediluvianos, entre ellos el de la simple exposición a cargo de maestros que llegan de manera dogmática a decir su verdad y que argumentan que sólo ésta es real, por lo cual deben seguirla en forma ciega los alumnos. Los maestros que enseñan derecho son muy dados a los axiomas, carecen de interés al cambio y la formación de alumnos con mente social; si esto no se presenta, se perderá el tiempo en la instrucción del nuevo abogado.

El maestro, consciente de su alta responsabilidad, debe luchar con vehemencia y penetrar cada vez más en la esencia del proceso de la enseñanza del derecho; además, debe evitar la aplicación de métodos que conduzcan a la rutina y al esquematismo; mostrarse dispuesto a impartir una nueva enseñanza del derecho que favorezca la iniciativa, el deseo de saber, y el desarrollo de las capacidades de los alumnos, para evitar el aprendizaje memorístico, que sólo logra el desinterés y la pasividad de los estudiantes.

Lo anterior no es un problema nuevo, porque la memoria es un instrumento que se ha utilizado desde hace mucho tiempo. Sin despreciarla, porque es necesaria, no debe ser el único sustento del aprendizaje. El alumno, más que memorizar, debe estar dispuesto a comprender, entender y dialogar acerca de los conceptos en busca de encontrar en ellos un significado mucho más inteligente.

La pedagogía del último siglo ha demostrado lo inadecuado de la memorización como técnica, al señalar que más importante que atiborrar a los alumnos de información, la responsabilidad del docente es promover que los alumnos aprendan a clasificar, justipreciar y utilizar de manera eficaz la

información. En el ámbito jurídico, esto se traduce en la necesidad de desarrollar en los alumnos capacidades mínimas de argumentación.

Así, memorizar grandes cantidades de información sin contar con la capacidad para discernir sobre la mejor forma de emplear esa información o respecto a la manera como se puede aplicar a un supuesto específico es simplemente un fracaso educativo. Todo esfuerzo memorístico será inútil, si no va enfocado a que los alumnos desarrollen habilidades mentales para manipular por ellos mismos la información y aplicarla a la resolución de casos determinados.

En la ciencia jurídica, el método se manifiesta mediante las formas de investigación y disposición del material de estudio, con una solución de tareas concretas de carácter teórico, práctico, cognoscitivo y pedagógico. La manera de seleccionar las tareas asignadas se determina en forma de reglas generales; el método llega a ser una teoría práctica, dirigida a la propia actividad de la investigación jurídica o, lo que es lo mismo, la teoría verificada por la práctica y utilizada como principio regulador del conocimiento.

Es importante responder, en la enseñanza del derecho, a las siguientes preguntas: ¿cuál es el método adecuado? y ¿cuál es el que dará mayores resultados y ayudará a lograr un mejoramiento del proceso de enseñanza aprendizaje? En respuesta a dichas preguntas, el método ha de ser en gran medida resultado del esfuerzo y del interés del docente, sin olvidar al alumno que debe ser partícipe de la selección del método adecuado. El método en la enseñanza del derecho será decisivo para la actividad cognoscitiva de los estudiantes.

La distancia que suele existir entre la enseñanza según los métodos tradicionales y la futura práctica del jurista ha sido motivo constante de preocupación para muchos teóricos. Por ejemplo, **Witker** y **Larios Velasco** señalan que no debe sorprender la actitud pasiva del alumno cuando el método típico empleado para la enseñanza del derecho exige esa situación en la exposición de la cátedra. Por ello, dichos autores presentan modelos más activos de enseñar el derecho en las universidades, como la docencia crítica, que surge no para dictar las normas del deber ser, sino para analizar y desentrañar los aspectos contextuales que inciden en él. Su fin es lograr una labor docente más consciente y significativa para profesores y alumnos, de modo que recuperen para ellos mismos el derecho a la palabra y a la reflexión acerca de su actuar concreto.¹⁵

¹⁵ Véase **Jorge Witker Velázquez** y **Rogelio Larios Velasco**, *Metodología jurídica*, McGraw-Hill, México, 2002, *passim*.

Según **Calamandrei**, el mejor método para hacer buenos juristas no es el de constreñir a los estudiantes a nutrirse de charlas durante cuatro años, sino el de habituarlos, en ese tiempo, mediante la ejercitación del pensamiento, a servirse de la propia mente.¹⁶

La tendencia “modernizadora” en la enseñanza del derecho postula la necesidad de efectuar transformaciones en materia de métodos y técnicas. El propósito es la sustitución paulatina del modelo “tradicional” de enseñanza, representado por la cátedra o lección magistral, el uso de manuales o apuntes con la información exhaustiva de los temarios y el examen como técnica dirigida a evaluar los contenidos asimilados, por otros métodos que impliquen mayor participación del alumno (como realizar ejercicios, resolver problemas y analizar supuestos prácticos).

Si bien no se proscribe la lección magistral, sí se exige actualizarla y complementarla con otros métodos, como exposiciones orales de los estudiantes, realización de resúmenes orales o escritos, comentario de noticias de actualidad, actividades de autoevaluación, análisis y crítica colectiva de textos, documentos o audiovisuales, trabajos de investigación, lectura de artículos doctrinales relevantes, comentario de textos normativos, resolución de problemas complejos, diseño de modelos de simulación de juicios y clínicas jurídicas, tutorías, realización de seminarios, asistencia a conferencias o jornadas, realización de visitas institucionales, debates y discusiones “socráticas”, entre otros. En especial, tiene gran respaldo el método del caso, importado de las instituciones estadounidenses.

En este escenario, desempeña un papel protagónico el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TICS). Así, la llamada informática jurídica ya no aparece como una disciplina sólo para especialistas, entendida estrictamente como la regulación jurídica de las tecnologías de la información, sino que se considera una asignatura obligatoria para la formación del jurista contemporáneo, quien se ve obligado a utilizar los nuevos medios en el trabajo jurídico cotidiano.

En este contexto, destacan técnicas de enseñanza como la simulación de juicios en los llamados laboratorios de enseñanza práctica. Estas técnicas de enseñanza tienen por objetivo “simular” o “reproducir” la práctica procesal que se realiza efectivamente en los órganos jurisdiccionales, de modo que el alumno tenga acceso a una práctica forense cercana a la rea-

¹⁶ *Apud Hugo Carrasco Soulé, “Análisis de casos”, Curso de actualización de profesores de derecho internacional privado. Cuadernos de trabajo, Seminario de Derecho Internacional, Facultad de Derecho, UNAM, México, 2009, pág 14.*

lidad. En lugar de estudiarse los temas revisando las fuentes de información (doctrina, legislación, etc), como se hace en el modelo tradicional de enseñanza, en este sistema se pone en marcha un “modelo de tribunal”, en el que el alumno puede ejercitar sus conocimientos como si se tratase de una práctica jurídica real. Según refiere **Carrasco Soulé**, el funcionamiento de un laboratorio se encuentra dirigido esencialmente a reproducir la actividad de los órganos jurisdiccionales y, de esta manera, propiciar que el alumno adquiera una práctica forense lo más cercana a la realidad.¹⁷

De cierta manera, dicho método de enseñanza práctica recupera el sentido primigenio de las escuelas de jurisprudencia clásicas, en las cuales los trabajos se dirigían principalmente a la práctica forense. De este modo, la enseñanza ponía énfasis en las disciplinas que abarcaban todas las habilidades necesarias para ejecutar en el foro y ante los tribunales los procedimientos judiciales encaminados a la declaración o al restablecimiento de derechos.

Tales técnicas buscan desarrollar en el educando habilidades de argumentación que le permitan no repetir la información, sino procesarla. El docente debe buscar que el alumno “aprenda a pensar”, en el sentido de que sea capaz de realizar investigación y de tomar decisiones, de analizar críticamente el sistema jurídico e interactuar con el entorno de las decisiones y prácticas judiciales, teniendo conciencia de las diversas interpretaciones que la norma permite efectuar.

Se trata, en concreto, de una nueva estrategia educativa basada no en la actitud receptiva, sino en la participación activa. Busca que el alumno aprenda a utilizar la información en la toma de decisiones y la resolución de problemas prácticos, como aquellos que enfrentará en su futura vida profesional. El alumno es apreciado como el principal protagonista de su propio proceso educativo; así, el contenido temático que se le ofrece y la orientación y dirección que realiza el docente buscan facilitar que el alumno construya interiormente su conocimiento, siendo capaz de entender problemas y generar soluciones tentativas a éstos.

Otro aspecto que debe atenderse son los criterios de evaluación que se utilizan. A diferencia de la enseñanza tradicional memorística, en la cual con la evaluación se calificará la cantidad de información acumulada por el estudiante, en las técnicas activas pueden evaluarse aspectos diversos (como la participación del alumno en las dinámicas de simulación procesal, el respeto de plazos, términos y formalidades, y el desempeño de su rol den-

¹⁷ Ibidem, pág 9.

tro de la representación procedimental). Esto es válido aun si se consideran los problemas que puede suscitar toda evaluación, complementados con pruebas de índole objetiva y otros criterios acumulativos.

La evaluación no debe sujetarse a asentar la calificación derivada de la aplicación de un par de exámenes, aun más cuando se trata de una materia con enfoque práctico. Es recomendable llevar a cabo una recopilación de actividades planeadas relacionadas con la materia, que puedan indicar al profesor, y mucho más al alumno, cuáles han sido los resultados del proceso de enseñanza y aprendizaje.

La evaluación permite al maestro y al alumno corregir los errores detectados, aclarar dudas, determinar qué conocimientos y habilidades se han aprendido adecuadamente y qué puntos deben fortalecerse.

Entre otras técnicas de enseñanza activa que en mayor o menor medida han ganado un lugar dentro del trabajo en las aulas se encuentran las discusiones grupales, que se utilizan cuando es conveniente conocer la opinión del grupo acerca del tema, problema o cuestión en estudio. El profesor invita a discutir respetuosamente sobre el tópico, de ser posible, y centra el asunto en una pregunta concisa. La discusión puede ser por parejas, por grupos reducidos o aun abrirse a todo el grupo. El docente funge como mediador en el intercambio o dirige la discusión hacia las conclusiones generales que sean necesarias según el tema o el caso.

El debate dirigido es otra técnica activa cuya utilización permite al educando fortalecer sus habilidades de exposición, argumentación y defensa oral de una posición respecto a un tema. El debate no debe ser sólo una discusión sin sentido, sino que el docente podrá establecer los objetivos de la polémica e incluso, para aumentar la dificultad de la técnica, señalar al alumno cuál es la posición respecto al tema sobre la cual debe argumentar y defender.

Junto a la discusión grupal y el debate de temas, destaca la técnica conocida como *lluvia de ideas*: en ésta se juntan las opiniones e ideas que respecto a un mismo asunto o problema tienen los alumnos, lo cual resulta más productivo que cuando se pone a una persona a pensar por sí sola en el tema. Cuando se utiliza adecuadamente esta técnica, se genera una conclusión grupal en relación con un problema que involucra a todo el grupo de estudiantes.

Para conducir la generación de respuestas, el docente puede formular preguntas clave, como ¿qué?, ¿quién?, ¿dónde?, ¿cómo?, ¿cuándo? y ¿por qué? Cada alumno, por turno, podrá aportar respuestas tentativas o soluciones, en un ambiente de respeto y equidad, con base en que ninguna idea

es buena ni mala por sí misma, sino que su importancia radica en que se aporte al conjunto. Las ideas se recopilarán y, una vez reunido un número adecuado, podrá pasarse a su revisión e identificar tanto la oportunidad y la pertinencia de cada idea aportada como las relaciones que puedan existir entre las distintas ideas. Asimismo, será válida la utilidad que revista para la solución del problema planteado al inicio del ejercicio.

Otras técnicas activas de enseñanza muy utilizadas son la exposición de un tema por los alumnos, sea de manera individual o por equipo, y la realización de paneles y mesas redondas. El panel se diferencia de la mesa redonda porque no se debate un tema, sino que cada expositor presenta un punto o aspecto de él, para lo cual completará o ampliará, si es necesario, el punto de vista de los demás. En el caso de la mesa redonda, ésta se integra por varias fases: *a) la preparación*, en la cual se debe motivar y determinar con precisión el tema que se desea tratar en la mesa redonda, y un miembro o dirigente del equipo puede encargarse de invitar a las personas que expondrán en la mesa redonda; *b) el desarrollo*: corresponde al coordinador o moderador hacer una breve introducción del tema que se va a tratar, explicando el desarrollo de la mesa redonda y presentando a los expositores, y *c) los expositores*, cada uno de los cuales interviene durante el tiempo convenido, presentando un aspecto del tema o un punto de vista definido sobre éste.¹⁸

Al concluir las exposiciones de todos los participantes, el coordinador o moderador puede hacer un resumen de las ideas formuladas por cada expositor, destacar las diferencias y, en su caso, abrir espacio para que el público o el resto del grupo participe con preguntas.

Otra técnica de enseñanza activa vinculada estrechamente con la materia de la enseñanza práctica del derecho es la resolución de ejemplos prácticos por los alumnos o el método de caso, el cual consiste en describir una situación concreta con finalidades pedagógicas para aprender o perfeccionarse en algún campo determinado. El caso se propone a un grupo-clase para que individual y colectivamente lo sometan al análisis y a la toma de decisiones. Al utilizar el método del caso se pretende que los alumnos estudien la situación, definan los problemas, lleguen a sus propias conclusiones acerca de las acciones que deberían emprender y contrasten ideas, las defiendan y las reelaboren con nuevas aportaciones.¹⁹

¹⁸ Cfr. **María Ferrini et al.**, *Bases didácticas. Educación dinámica*, Progreso, México, 1991, pág. 94.

¹⁹ Cfr. **Martín F. Böhmer** (compág.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Gedisa, Barcelona, 1999, págs. 64 y siguientes.

Un buen uso de la técnica de casos puede ser adecuado para lograr objetivos como la formación en el futuro profesional de capacidades mínimas destinadas a encontrar a cada problema una solución experta, personal y adaptada al contexto social, humano y jurídico. Entre ellas está la habilidad para trabajar desde un enfoque profesional los problemas de cierto ámbito, al considerar que dicho enfoque profesional parte de un problema real con sus elementos de confusión, a veces contradictorios, como en la realidad ocurren y se pide una descripción profesional, teóricamente bien fundada, que compare la situación presentada con el modelo teórico, identifique las peculiaridades del caso y proponga estrategias de solución del caso, junto con la aplicación y la evaluación de los resultados. Asimismo, el método de caso puede ser útil para crear contextos de aprendizaje que faciliten la construcción social del conocimiento y favorezcan la verbalización, la explicación, el contraste y la reelaboración de las ideas y de los conocimientos.²⁰

La solución de casos concretos favorece el desarrollo de múltiples objetivos, como los siguientes: la comprensión creativa del problema; el entendimiento de puntos de vista divergentes sobre él; la adopción de soluciones mediante la reflexión y el consenso; el aprendizaje personal —pues el alumno usa conocimientos previos para el análisis del problema y la propuesta de soluciones facilitando la generación de los conceptos utilizados—; el aprendizaje en grupo y el trabajo en equipo; el desarrollo de aptitudes comunicativas; conocer el uso del lenguaje especializado propio de la profesión; tener una mejor expresión escrita y oral; y aumentar el interés del alumnado en su capacitación, al motivarlo a confrontar el aprendizaje teórico con situaciones prácticas referentes al ejercicio futuro de su profesión.

Dicho método puede utilizarse de manera deductiva al aplicar contenidos teóricos ya explicados a la resolución de supuestos prácticos, o de forma inductiva al encomendar al alumno el estudio crítico de resoluciones judiciales con el propósito de que advierta las razones jurídicas subyacentes.

Fernández Cano explica estas distintas variantes del método del caso:²¹

- a) *Casos prácticos para adquisición inductiva de conocimientos*. Representa el modelo más puramente estadounidense de enseñanza del derecho,

²⁰ Ídem.

²¹ Cfr. **Ana Cristina Fernández Cano**, “La resolución de casos prácticos” en **Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Rafael Palomino Lozano** (dirs), *Enseñar derecho en el siglo XXI. Una guía práctica sobre el grado en derecho*, Universidad Complutense de Madrid, Arazandi, Thomson Reuters, Madrid, 2009, págs 187 y 188.

con la lectura completa de sentencias, incluidos votos particulares y otros materiales que quiera incluir el docente para fomentar el espíritu crítico del alumno, quien debe ser capaz de comprender y aprender los principios y reglas jurídicas implicados en el caso concreto.

- b) *Casos prácticos para adquisición deductiva de conocimientos y para aplicación de éstos a la práctica.* El docente plantea la necesidad de que el alumno proponga una solución a un supuesto práctico. Para ello, el docente debe activar sus conocimientos teóricos, por lo cual el caso sólo puede tener lugar una vez que éstos se hayan explicado y comprendido. Para lograrlo se pueden utilizar distintas técnicas, pero no cabe duda de que una buena lección expositiva resulta muy adecuada.
- c) *Casos prácticos para adquisición inductiva de técnica jurídica:* son aquellos en los que el alumno, quien ha recibido previamente formación teórica, comprueba con la lectura del caso cómo las partes y el juez articulan sus argumentos para llegar a la solución del conflicto litigioso.

Para muchos, este método aparece como la mejor vía para transitar de una educación *informativa*, que se limita a comunicar conocimientos estáticos sobre las normas, a una enseñanza “formativa”, que desarrolle las capacidades intelectuales de los alumnos, los adiestre en el uso de las técnicas jurídicas y, como lo hacen las escuelas de derecho en Estados Unidos, “permita que los estudiantes aprendan a leer, escribir, hablar y razonar como abogados”.²²

Las anteriores técnicas son adecuadas para las materias adjetivas, pues con ellas el alumno simula ser un litigante para enfrentarse a un modelo que recrea el funcionamiento cotidiano de los órganos jurisdiccionales. El alumno podrá intervenir ante los tribunales didácticos para lograr que se resuelva una controversia, actuará como parte actora o demandada y aplicará los conocimientos teóricos que ha adquirido en su formación. Las herramientas básicas que debe adquirir se relacionan con habilidades mínimas de redacción de escritos, así como con principios elementales para argumentar adecuadamente, además de el contexto de los procedimientos orales, aptitudes de expresión oral y técnicas discursivas y de oratoria.

El alumno, cuando empieza a pensar como un futuro litigante, deberá elegir la estrategia que seguirá durante el procedimiento didáctico, para lo cual se basará en los intereses que habrá de defender, los hechos que le

²² **Lluís Peñuelas i Reixach**, *La docencia y el aprendizaje del derecho en España. Una perspectiva de derecho comparado*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág 84.

sean narrados y las pruebas que le aporte quien sea su “cliente”. Con apego al modelo procesal de los juicios orales, el alumno agotará las fases procesales; de preferencia, actuará en distintas ocasiones como parte actora y como parte demandada hasta obtener la sentencia firme en cada caso, incluido el conocimiento de la interposición de recursos. Incluso el alumno podrá desempeñar el papel de autoridad jurisdiccional, al ocupar el rol del secretario del juzgado.

En todo momento, el alumno estará bajo la dirección y orientación del docente, quien no se limitará a indicar al alumno qué debe hacer en cada caso y etapa procesal, sino más bien fomentará que el alumno racionalice en cada etapa cuál es la tarea por realizar en cada momento, según el aprendizaje del contenido normativo que ha acumulado a lo largo de sus estudios. A su vez, el profesor podrá desempeñar el papel del juez, posición desde la cual evaluará el desempeño procesal de cada estudiante.

Como se ha señalado, dichas técnicas se sustentan en los modelos pedagógicos constructivista y del aprendizaje significativo. De este modo, no deberá perderse de vista que el objetivo es que el aprendizaje permita al alumno relacionar su conocimiento previo y la información que pueda obtener sobre el tema, con las experiencias que se le propongan a lo largo del curso y con los problemas cuya solución sea necesario plantear. Asimismo, como el constructivismo plantea una actitud social, el estudiante de derecho notará que —además de la aplicación del “saber” que posee—, la adecuada aplicación e interpretación de las leyes ocurre en un contexto de interacción con otros individuos, en el que además de los intereses particulares en juego, están comprometidos valores sociales de la mayor importancia (como la justicia).

En ese sentido, es necesario que, junto con la experiencia sobre la actividad jurisdiccional, el docente promueva la consolidación de una ética profesional en el estudiante, como una base importante para su desarrollo laboral posterior, una práctica y fomento de valores que como operador del derecho deberá cumplir y velar porque se cumpla.

En general, se insiste, el propósito es superar el señalado “divorcio” entre lo que se enseña y lo que el alumno debería saber para ser un profesional competente; para evitar que una vez egresado de las aulas, el joven abogado se vea obligado a terminar en la vida práctica su formación y adquirir por él mismo, o imitar de otros juristas, las habilidades que la educación excesivamente formal no le proporcionó.

Un comentario particular requiere usar las nuevas tecnologías de la información y comunicación, las cuales son un elemento clave en el sistema

educativo, que no debe desaprovechar el docente. Si bien su utilización se ve limitada por cuestiones de recursos materiales —tema ingente en el caso de las instituciones públicas de educación—, cada vez que el docente cuente con acceso a ellas deberá tratar de sacarles el mayor provecho, como plataforma que impulse sus acciones formativas.

Entre las tecnologías se pueden mencionar los contenidos audiovisuales, el acceso a bases de datos, la utilización de redes como internet y las herramientas de paquetería de software para la redacción de textos y el almacenamiento y el procesamiento de datos.

Resulta útil que el docente cuente con la asesoría o los conocimientos básicos para que el grupo de trabajo pueda acceder a una página en internet ya sea en la forma de un foro, un *blog* o una lista de correos por medio de la cual los participantes puedan intercambiar documentos, transmitir ideas y, en general, entablar un diálogo que pueda continuarse fuera de las horas de clase, en el cual los alumnos se auxilien unos a otros o puedan acudir directamente con el profesor para exponer dudas y comentarios.

Así, claramente, los instrumentos tecnológicos que puedan utilizarse resultarán un apoyo fundamental para la tarea educativa. Desde aquellos cuya aplicación se ha generalizado a todas las ramas jurídicas, con las mencionadas redes de información, por medio de las cuales el docente puede allegar al alumno documentos o trabajos relevantes destinados a cumplir con objetivos de aprendizaje. O bien, el alumno puede contar con otras herramientas específicas que funcionarían en un laboratorio de enseñanza práctica, como los entornos virtuales.

Si se cuenta con la infraestructura adecuada, será de gran utilidad que los docentes capturen en video el desempeño de cada alumno en la simulación del juicio o la resolución y exposición oral de un caso, con el propósito de que después, al analizar el video en el grupo, se haga retroalimentación al participante respecto a los aciertos y fallos en su desempeño.

4.4 Formación de habilidades comunicativas

Las técnicas de expresión que se utilizan en un litigio oral se relacionan claramente con una aproximación a la disciplina de la oratoria; en la medida en que litigar en un juicio oral es un acto de comunicación, el alumno debe poseer nociones teóricas acerca de los elementos de la comunicación según la teoría del lenguaje, y especialmente conocer técnicas para lograr una comunicación eficaz.

El primer interés de todo profesional que se aproxima a un tribunal es ser escuchado y comprendido en los términos en que se presenta. Al mismo tiempo, el juez ha de colocarse en una posición de escucha activa y conocer también los elementos que posibilitan una comunicación eficaz, pues en definitiva el acto de la audiencia en un juicio de esta naturaleza es un diálogo, un enfrentamiento dialéctico que determinará una sentencia o resolución en uno u otro sentido, al tenor de lo que resulte probado, según le fueran presentadas al órgano judicial los medios de probanza, así como la capacidad de persuasión y de convencimiento que use el litigante al manifestarse oralmente.

Si la comunicación es el acto de transmitir mensajes a otras personas, la comunicación puede juzgarse eficaz cuando el mensaje llega a buen fin: lo que el emisor quiere expresar o comunicar es lo mismo que efectivamente entiende o recibe el escucha. De nada sirve un mensaje si no llega al destinatario; de ahí que la correcta transmisión sea un elemento sustancial en la comunicación.

La expresión oral y la escrita son dos manifestaciones distintas, aunque complementarias en cierta medida, de la capacidad de comunicación del ser humano. Una formación completa deberá proporcionar a la persona las habilidades necesarias para desenvolverse cómodamente en ambos rubros.

Aun cuando la comunicación que se utiliza cotidianamente es oral, las personas suelen tener un conocimiento limitado de ella. La oralidad, como acto de comunicación, se basa en un sistema simbólico de expresión, es decir, implica usar un sistema de símbolos, en este caso sonidos articulados, mediante los cuales se transmite un significado al oyente. Si el receptor no comparte los símbolos, la lengua (en este caso el mensaje) no se transmitirá de manera eficaz.

La escritura suele tener mayor prestigio que la expresión oral, pues suele considerarse como un estadio superior de comunicación. Mientras lo oral aparece prejuiciadamente como una comunicación elemental o básica, la escritura se considera su perfeccionamiento; no obstante, la importancia social de la oralidad es insoslayable, pues permite realizar y reproducir la mayoría de las actividades humanas cotidianas. Es importante tomar en cuenta que ninguna tiene más importancia que la otra. En última instancia, las dos constituyen solamente modos distintos de producción de lenguaje, cada una con sus ámbitos de ejercicio y funciones sociales.

Entre las características que distinguen a la oralidad de la expresión escrita se considera esencial que el interlocutor se encuentra presente físicamente. Esto puede operar tanto como una ventaja, en la medida en que

permite utilizar reforzamientos no lingüísticos y estrategias que los lingüistas denominan *suprasegmentales*, es decir, por encima de los signos —sonidos— que integran los segmentos o cadenas orales. Asimismo, la oralidad tiene mayor control sobre las reacciones de su escucha, de modo que puede replantear el discurso según la recepción que presencia.

Sin embargo, esa inmediatez comunicativa también funciona como una desventaja, pues excluye la posibilidad de planificar y desarrollar cuidadosamente la construcción del texto, posibilidad con que sí se cuenta en la escritura.

Otra clara diferencia entre ambos medios de producción lingüística es la permanencia. La escritura se considera el soporte de la memoria, mientras que la oralidad exigirá recursos mnemotécnicos si busca una trascendencia, aunque siempre restringida. Al respecto, los soportes tecnológicos modernos constituyen medios de preservación de la expresión oral de utilización generalizada en el nuevo modelo de procesos orales.

4.4.1 Expresión escrita

Aun cuando el procedimiento que se ha estudiado en este libro será de carácter oral, es sabido que la oralidad no ha desplazado por completo el carácter escrito de la justicia. En consecuencia, las habilidades básicas relacionadas con la redacción de escritos, tanto de fondo como de forma, son cuestiones esenciales que deben tenerse en cuenta en el trabajo de enseñanza práctica.

Resulta lamentable que en el nivel de licenciatura algunos alumnos muestran deficiencias elementales en las habilidades de expresión escrita: mala ortografía, errores sintácticos, un estilo confuso y oscuro, e incapacidad para expresar sus ideas de manera clara y concisa.

Entre los errores más comunes cometidos aun por abogados y otros profesionales faltos de preparación en técnicas de redacción se encuentran un exceso de subordinación en la construcción de las frases, el mal uso del gerundio, el abuso en las perífrasis verbales, el empleo de muletillas textuales, la acumulación de locuciones prepositivas (en el supuesto que, en un todo de acuerdo con) y la utilización de arcaísmos. El docente deberá corregir esos errores en la formación del estudiante, con base en una participación activa y práctica del alumno en la obtención de esos medios de expresión.

Para todo profesional y especialmente para alguien que trabaja con cierto lenguaje, como el abogado, resulta indispensable saber redactar y tener

la capacidad de expresar de manera adecuada las ideas. Si el alumno muestra severas deficiencias en cuanto a habilidades elementales de redacción y ortografía, será conveniente recomendarle que atienda de manera extracurricular esas deficiencias: existen infinidad de textos relacionados con técnicas de lectura y redacción disponibles en ediciones de bajo costo y en las bibliotecas de cualquier institución educativa.

Lo mínimo que debiera exigirse de un profesional del derecho es un uso adecuado del lenguaje. Sin estar obligado a ser un conocedor profundo de la norma culta de la lengua española, el litigante que pretenda trabajar en el ámbito de los procesos orales deberá conocer las reglas fundamentales que hacen correcta a una escritura.

En el ámbito jurídico es común usar los machotes o formularios de redacción de los diversos tipos de escrito jurídico que un estudiante debe aprender. Si bien éstos permiten ahorrar tiempo cuando la carga de trabajo es abundante, lo más conveniente es que el alumno elabore por sí mismo sus escritos, al menos las primeras veces, para que conozca la estructura, la forma de argumentación y el estilo y entienda a qué razón obedece cada una de las partes del producto escrito. Si con posterioridad usa machotes, por lo menos debe saber de qué se trata y por qué un escrito se elabora de tal o cual forma y no sólo actuar de manera mecánica e irreflexiva.

Por lo general, todo documento escrito podrá elaborarse de forma sencilla si se sigue un método al hacerlo: definir el tema, precisar, seleccionar y organizar la información y revisar antes de proceder a la redacción final. El estudiante deberá estar capacitado para organizar su pensamiento, cuidar la presentación y la forma de sus escritos y, evidentemente, respetar las reglas ortográficas.

Respecto al estilo, el cual se manifiesta tanto en la manera de redactar como en la de expresarse oralmente, el docente no debe imponer a sus alumnos un modo de exteriorizarse. Mientras respeten las reglas de ortografía y sintaxis, cada uno debe encontrar cómo organizar con más soltura sus ideas. El estilo de escribir suele ser algo personalísimo y con la práctica, el estudiante debe descubrir la forma idónea de argumentar, de combinar observaciones personales con referencias al contenido legislativo o a la doctrina, etc. Cualquiera que sea el estilo del estudiante al expresarse por escrito, ha de tener presentes las principales características que debe reunir una buena prosa: ser clara, certera y coherente.

4.4.2 Expresión oral

De acuerdo con la teoría de la comunicación, la oralidad es el primer sistema comunicativo que adquiere el individuo en la actividad semiótica compleja que constituye la producción discursiva. La oralidad es un sistema triplemente integrado, constituido por componentes verbales (emisión sonora, decodificación semántica, combinatoria sintagmática y elementos paraverbales), por un repertorio kinésico y proxémico y por un sistema semiótico concomitante (dimensión cultural). De este modo, el análisis de la actividad oral exige la atención a tres planos de estudio: *a)* el verbal o lingüístico, *b)* el paralingüístico, y *c)* el semiótico-cultural.²³

Es evidente que la utilización de la lengua formal oral resulta indispensable en las profesiones vinculadas con las ciencias sociales y las humanidades. Especialmente en el campo del derecho y de la política, el dominio de todas las estrategias orales es esencial.

En ámbitos formales, como es evidentemente la práctica en el foro, existe una necesidad, derivada de una obligación social, de construir un discurso oral correcto y propio. Un uso informal de la lengua podría generar rechazo o descrédito. En ese sentido, el futuro litigante podría descubrir que, aun cuando se tiene un adecuado conocimiento de las cuestiones que deben exponerse, la falta de una buena competencia comunicativa —por no dominar el “arte” de la expresión oral— puede desacreditar completamente sus razones.

En este apartado, es conveniente desarrollar técnicas y estrategias que contribuyan de forma sólida a perfeccionar las aptitudes de los alumnos al mostrar su capacidad comunicativa ante un público. Para ello, es necesario identificar los errores y “vicios” más habituales entre los usuarios del idioma español tanto a nivel individual como en lo que respecta a los medios de comunicación (radio, televisión, etcétera).

Antes de hablar, deben tenerse muy claras las ideas que se expresarán. Para establecer el recorrido de la disertación, es necesario conocer el tema y la precisión sobre las ideas que van a construir el discurso temático. Quien habla debe tener cuidado con adelantar juicios de valor o hacer suposiciones de que los oyentes conocen todo sobre el tema; mientras más seguro esté respecto al conocimiento previo que tendrán los oyentes, el expositor podrá estructurar mejor el tema por desarrollar.

²³ Cf. **Rudy Mostacero**, “Oralidad, escritura y escrituralidad”, *Sapiens. Revista Universitaria de Investigación*, Universidad Pedagógica Experimental Libertador, año 5, junio de 2004, núm 1, Caracas, págs 53-75.

Las ideas y los conceptos se deben jerarquizar; para lo cual pueden utilizarse medios como los mapas mentales, los mapas conceptuales y los cuadros sinópticos. La síntesis y la asociación entre los distintos puntos por tratar permiten llevar la plática de forma adecuada y tranquila. Es un error querer decirlo todo en un santiamén, como lo es también dar vueltas y vueltas y agregar mucha paja sin exponer claramente cuál es el intrínquilis.

En resumen, el proceso por seguir es: *a)* conocer y comprender lo que se desea transmitir, o sea, tener claras las ideas acerca del asunto; *b)* jerarquizar los conceptos e ideas; *c)* utilizar medios que permitan asociar las ideas como los mapas conceptuales; *d)* al hablar, dosificar adecuadamente los contenidos temáticos, y *e)* respaldar la expresión de ideas con emociones.

Los elementos prosódicos son esenciales para dar carga afectiva a la comunicación oral. Por ejemplo, la entonación puede marcar alegría (tono ascendente) o tristeza (tono descendente); a su vez, la duración o alargamiento de las palabras puede indicar énfasis. Junto con ello, el abogado debe estar consciente de que en un nivel sociolingüístico, los elementos prosódicos comunican otro tipo de información adicional al mensaje que desea transmitir: le dicen al oyente *quién* habla o sea, señalan características personales del individuo, como el grupo socioeconómico al que pertenece, su origen geográfico, etc. Esto sucede usualmente con las entonaciones regionales o con el uso del caló en el habla popular.

En atención a lo anterior, la expresión oral de un buen orador debe tratar de neutralizar esa información adicional que puede provocar interpretaciones prejuiciadas en su oyente. El conocimiento de la prosodia permite un uso racional de la entonación, de modo que sirva sólo para marcar los énfasis necesarios para el discurso.

Los *intensificadores* son, según los lingüistas, los mecanismos más simples para indicar énfasis, entre los cuales se incluyen los gestos, la *fonología* expresiva y la repetición.²⁴

Una metáfora afortunada es pensar en la expresión oral como una ejecución musical. La oralidad se constituye por medio de sonidos y el sentido se transmite del hablante al oyente a través de una línea acústica efímera, que se desvanece al término de la comunicación. Al igual que la música, la expresión oral debe seguir cierta melodía, pensarse en un ritmo y una modulación e interrumpirse con espacios de silencio.

²⁴ Cfr. **Alexandra Álvarez Muro**, "Análisis de la oralidad: una poética del habla cotidiana", *Estudios de lingüística del español*, vol 15, Universidad de los Andes, Grupo de Lingüística Hispánica, Mérida, Venezuela, 2001, *passim*.

Los gestos son indispensables en la comunicación verbal y pueden servir para establecer el sentido de lo que se dice o para reforzar las razones que apoyan lo expresado.

Otro factor por considerar es la risa, que puede tener un papel en la interpretación del mensaje. Por ejemplo, cuando el hablante acompaña una información con risas, quizá lo haga para aminorar el efecto negativo o controversial que su enunciación puede generar; o para expresar que no se compromete completamente con aquello que expresa.

La mirada es importante en toda exposición oral. El orador debe mirar a su interlocutor o sus interlocutores de manera tranquila y natural y evitar en lo posible desviar la mirada hacia el techo o el suelo o dejarla mucho tiempo en un solo lugar. Debe ponerse atención en las reacciones y actitudes de los oyentes para evaluar el entendimiento y el interés que las palabras despiertan en ellos. No mirar al interlocutor o interlocutores es signo de timidez y falta de confianza.

Para algunas personas suele no ser fácil expresarse de manera pública, lo cual se observa cuando se expresan oralmente: se sonrojan, sus movimientos son nerviosos, el timbre de su voz no es convincente y son incapaces de hacer las modulaciones y cambios de énfasis indispensables para presentar un buen discurso o argumento. Esos defectos sólo pueden superarse mediante la práctica reiterada de la oralidad.

La timidez es un estado emocional que inhibe al individuo o le incapacita para comunicarse de manera eficaz. Desde luego, los alumnos más tímidos no superarán sus temores en un solo día; ante ello, el maestro debe fomentar un ambiente de respeto, en el que sientan la confianza suficiente para empezar a intentarlo.

El miedo a hablar puede deberse al temor al fracaso, a lo desconocido de la situación o al hecho de que el auditorio avergüenza o resulta agobiante. El docente, en cooperación con los alumnos menos tímidos, debe impulsar a que los medrosos desarrollen sus habilidades orales. Si no lo logran ahora, fracasarán definitivamente en el futuro.

Por otro lado, es oportuno señalar que quienes utilizan la expresión oral como su medio principal, como los litigantes de juicios orales, debieran poner tanta atención en aprender a usar la voz con corrección como hacen quienes se dedican al canto. La emisión de sonidos o la pronunciación inadecuada de las palabras es la causa de muchos errores y defectos en el habla. La falta o el exceso de volumen producen efectos nocivos en el proceso comunicativo. Igualmente, son negativas las ronqueras, las estridencias agudas o al hablar emitir sonidos por la nariz.

El interés por la pronunciación correcta de las palabras tiene su origen en los estudios clásicos de retórica y oratoria. **Cicerón** y **Quintiliano**, dos personajes notables en materia oratoria, emitieron sendas recomendaciones al respecto en sus obras, cuya lectura es altamente recomendable.

La *ortopeía* se define como el arte de pronunciar correctamente, mientras que la *ortofonía* es la corrección de los defectos de la voz y de la pronunciación. Ambas forman parte de la *ortología*, que es el arte de hablar correctamente y con propiedad. Aun cuando parece un campo de estudio desatendido en muchos de los planes y programas académicos, la enseñanza de la pronunciación correcta es muy necesaria. Todos los profesionales que utilizan la lengua como medio de trabajo deberían pronunciar correctamente y, aun más, conocer las implicaciones lingüísticas, culturales y sociales que las variaciones en la pronunciación conllevan.

Los defectos en la pronunciación y en el habla en general pueden corregirse con ejercicios de relajación, acompañados de ejercicios respiratorios. Aprender a respirar requiere entrenamiento, como cualquier otra actividad de tipo físico. La emisión de los sonidos empieza en el fondo de los pulmones, lo cual hace necesario realizar ejercicios que enseñen a regular la entrada de una gran cantidad de aire y su ulterior exhalación, que hace vibrar las cuerdas vocales.

La mayoría de los errores en la pronunciación de las palabras se cometen por ansiedad o temor. La gente se “atropella” y habla con mucha rapidez, al grado de ser ininteligible su voz. Lo mejor es relajarse y hacer un uso adecuado de las pausas. Los silencios oportunos son tan elocuentes como el mismo acto de hablar.

Más que ser sólo un medio retórico, las pausas son elementos esenciales a la expresión oral de cualquier tipo; junto con la entonación expresan la intención del hablante. Una pausa situada antes de un elemento del discurso puede emplearse para dar énfasis y realce a la información.

Otro gran error es no pronunciar correctamente las palabras, dejar frases a medias o utilizar muchos estribillos o muletillas, que suelen interpretarse como signo de inseguridad y timidez del hablante. De igual modo, es preferible evitar las frases hechas y las repeticiones inútiles que no contribuyen a dar fuerza al discurso. Si un concepto o una idea se repiten, se deberá hacer dentro de un recurso didáctico llamado *refuerzo*, con el objetivo de dar énfasis a una conclusión determinada.

Quien se interesa por la educación de su voz debe considerar que —salvo cuando existan lesiones o alteraciones físicas incapacitantes—, todo par-

te de conocer y controlar el cuerpo y hacer interactuar adecuadamente a los sistemas orgánicos que intervienen en la voz, a saber:

- a) *Sistema respiratorio*: proporciona el aire necesario para crear el sonido. La regulación del flujo de aire que se expulsa cada vez da al sonido intensidad y sostén. Es necesaria una adecuada respiración para lograr que la emisión del sonido empiece en el momento mismo en que se inicia la exhalación de aire. Junto con ello, el apoyo diafragmático impulsa y mantiene la columna de aire.
- b) *Sistema laríngeo o vibratorio*: se encuentra al final de la glotis y lo constituyen las cuerdas vocales. Las diferentes vibraciones proporcionan la altura del sonido, mientras que las cuerdas son las encargadas de regular el tono del sonido, según el tamaño y la tensión en sus vibraciones.
- c) *Sistema de resonadores*: proporcionan timbre y color al sonido. Gracias a ellos, el sonido sale al exterior reforzado y amplificado para alcanzar a los oyentes.
- d) *Sistema articulatorio*: dan la precisión fonética al colocar los músculos y órganos correspondientes (lengua, labios y mandíbula) en la manera adecuada para producir cada sonido.

Un uso correcto de la voz exige la máxima eficacia en tres cualidades del sonido: alcance, claridad en la vocalización y precisión en la articulación. La *impostación*, término muy común en la educación musical de la voz, es la cualidad de colocar adecuadamente el sonido producido en la laringe en las cavidades de resonancia, de modo que con el mínimo esfuerzo se obtengan los mejores resultados en cuanto a alcance, claridad y precisión.

Es útil también realizar ejercicios de *calentamiento vocal* que ayuden a desarrollar la capacidad y el control de la respiración. La *gimnasia vocal*, actividad muy utilizada por quienes aprenden lenguas extranjeras y desean adquirir un mejor dominio en la emisión y articulación de sonidos distintos de los de su lengua materna, sirve a su vez para los hablantes que desean mejorar su eficacia verbal (alcance, claridad y precisión) e incluye ejercicios de los tipos siguientes:

- a) Relajación pasiva de la musculatura facial, mediante masajes y estiramientos para desentumecer y otorgar elasticidad.
- b) Relajación de la musculatura del cuello y los hombros, para evitar que su tensión bloquee el libre funcionamiento de la laringe.
- c) Flexibilización de los labios mediante la sonrisa y el abocinamiento, al estirarlos y fruncirlos.

- d) Ejercicios para soltar la mandíbula: abrir y cerrar la boca, moverla de derecha a izquierda, retraerla o hacerla prominente.
- e) Ejercicios del paladar blando simulando bostezos o gargarismos.
- f) Ejercicios para la lengua: movimientos por fuera y dentro de la boca, en todas direcciones y de todas las maneras posibles (estrechar, ensanchar, aplanar y estirar).
- g) Ejercicios para la punta de la lengua, que es un apéndice importante para la articulación. Es útil pasearla por el paladar e intentar con la pronunciación de trabalenguas.

Si el estudiante no cuenta con las habilidades ortofónicas mínimas para tener un buen desempeño verbal, deberá reforzar sus carencias, lo cual puede lograrse mediante repeticiones sistemáticas de sonidos para la creación de hábitos.

Por último, cabe destacar las implicaciones sociales que conlleva un buen uso de la expresión oral. En contextos con una gran desigualdad económica, social y cultural, como el latinoamericano, todo profesional debiera tener presente que el uso adecuado de la palabra constituye un ejercicio de poder. Existe una clara brecha entre quienes manejan la palabra, sea escrita u oral, y quienes no cuentan con esa habilidad, generalmente por falta de acceso a oportunidades educativas. La brecha se incrementará si se observa que, aun entre los grupos de individuos con preparación profesional, pocos saben expresarse con corrección y propiedad tanto escrita como verbalmente.

De este modo, no saber usar el lenguaje estigmatiza. El uso activo de la lengua, es decir, tener la capacidad de producirla —oral o verbalmente— además de sólo recibirla, es en las sociedades con disparidades un privilegio del que sólo gozan cotidianamente los miembros de grupos con una posición socioeconómica cómoda. En consecuencia, los profesionales que usan el lenguaje escrito y oral como herramienta de trabajo deben tener conciencia de ese poder y usarlo de manera ética. Ello es aconsejable especialmente en el caso de la profesión jurídica, conforme el acceso a la justicia se ha negado tradicionalmente a quienes no manejan con habilidad la expresión escrita; así, tras la implementación de los juicios orales, podría convertirse en un privilegio de quienes cuentan con la instrucción suficiente para moverse de forma cómoda en el ámbito de la oralidad formal.

4.4.2.1 Oratoria

La oratoria es el arte de persuadir mediante la palabra oral y se respalda en la elocuencia, que es el talento de hablar o escribir para deleitar o persuadir.

Mientras la persuasión se realiza moviendo la voluntad de las personas, el convencimiento se produce a través de la razón, por la fuerza derivada de la validez y la verdad que poseen los argumentos presentados.

La oratoria busca persuadir más que convencer: es la utilización de los medios que se tengan al alcance para mover el ánimo del escucha hacia un propósito. Ello no autoriza para que el propósito del orador sea ilegítimo o dudoso; desde la antigüedad clásica se ha censurado a los oradores que usan el poder de la palabra para engañar y se les distingue de quienes buscan instruir y mover por medio de razones. Así, se establece claramente que la palabra debe ser servidora de lo justo y de lo bueno al perfeccionar al hombre, no al pervertirlo.

En ese orden de ideas, según **Platón**, la oratoria era un arte de engaños para persuadir a los ignorantes. **Aristóteles** veía en ella un arte genuino, con el cual todo ser humano podía mantener y defender su opinión mediante razonamientos y pruebas. Ya en Roma, **Cicerón** estableció que la oratoria persigue enseñar, a la vez que deleitar y conmover.

La oratoria es la puesta en práctica del arte retórico o arte de la persuasión. La raíz etimológica de la palabra *retórica* indica que es el arte del bien decir en el lenguaje escrito y en el hablado: del griego *rhetorike*, de *rhetorikos*, relativo a la oratoria. Para **Aristóteles**, la retórica era el arte de hallar en cada caso los medios más idóneos para persuadir, ya fuese oralmente o por escrito.

Hoy en día, el concepto de retórica en la lengua coloquial se refiere no a la técnica de los medios persuasivos, sino a un modo de hablar no objetivo, que no transmite razones, sino que busca influir en el ánimo del escucha; empero, el sentido original del *ars rhetorica* era tanto la persuasión mediante la sola expresión u ornamento de las palabras como la enseñanza de los medios para persuadir: “La retórica no persuade; enseña a persuadir”.²⁵

El acto oratorio consta de tres elementos: el orador, el discurso y el auditorio. Si el objetivo del orador es la persuasión, además de las razones que exponga en su discurso, su éxito dependerá en gran medida de las aptitudes y herramientas que posea para apoyar su expresión verbal, como el énfasis y las entonaciones, la mímica, el estilo, las gesticulaciones, etcétera.

Entre esas habilidades y aptitudes que se considera debe tener un buen orador destacan las siguientes:

²⁵ **Bulmaro Reyes Coria**, *Límites de la retórica clásica*, UNAM, México, 1995, pág 13.

- a) *Claridad de pensamiento e inteligencia*: que le permita distinguir a cada uno de los miembros del auditorio (si bostezan, ven el reloj o mantienen la atención), para evaluar el efecto que su discurso genera en ellos.
- b) *Conocimiento del lenguaje*: el cual se demuestra al seleccionar los términos más apropiados para componer un discurso, en busca de que el mensaje sea entendible, sin caer en la vulgaridad; lo recomendable es una elegancia discursiva que equilibre la claridad con la refinación, sin caer tampoco en el barroquismo.
- c) *Sensibilidad e inteligencia emocional*: que le permitirá captar las emociones y sentimientos que experimentan sus escuchas. Todo ser humano necesita de la empatía para desarrollarse en sociedad y más quienes desean persuadir a los otros a que actúen o piensen de determinada manera.
- d) *Imaginación*: el orador debe ser capaz de utilizar el poder representativo de las palabras, construir imágenes que permitan al auditorio revivir hechos del pasado, recrear el presente y aun dirigirse al futuro. Es sabido que cuando disminuye la atención del auditorio o se hace difícil explicar una idea, la elaboración de una imagen es el mejor medio. Sólo los mejores oradores dominan ese poder de hacer imágenes con las palabras mientras hablan.
- e) *Memoria*: aunque la memorización puede ser una trampa para el orador incipiente, que se encontrará en aprietos cuando se vea obligado a improvisar acerca de un tema, es claro que la memoria puede ser un buen medio cuando sea necesario almacenar frases, datos u oraciones preparadas previamente que se sabe causarán buen efecto en el discurso.
- f) *Voz y dicción*: son las habilidades más evidentes en el orador; un excelente discurso puede quedar sin ningún efecto si lo dice una voz débil, sin poder de persuasión. Es posible adiestrar la voz mediante técnicas de dicción, énfasis, ritmo, armonía y ejercicios de modulación y respiración. Todos los timbres vocales tienen sus ventajas y desventajas, en lo referente a la expresión oratoria. Por medio de los ejercicios, cada orador sacará provecho de sus virtudes y atenderá los lados débiles en su expresión.
- g) *Imagen y actitud corporal*: la apariencia física suele ser la carta de presentación de todo orador; por ello, es preferible mostrar una imagen adecuada, que no provoque reacciones prejuiciadas en el auditorio. El aspecto físico del expositor u orador es la primera impresión que recibe el oyente. En ocasiones el excesivo formalismo puede actuar de manera contraproducente, por lo cual es preferible que la presencia sea agrada-

ble y segura. Un expositor desaliñado, inseguro o apocado motiva poca credibilidad y desconfianza.

En el trabajo forense, la vestimenta desempeña un papel importante. Aunque —como bien dice el refrán— “el hábito no hace al monje”, entre los litigantes una imagen formal suele ser un requisito implícito para el desempeño profesional. Lo importante es que la vestimenta sea apropiada para la ocasión, de modo que no distraiga al espectador; igualmente, es necesario que haga sentir cómodo al expositor.

Además de la presencia, es imprescindible el adecuado manejo del cuerpo mientras se habla: ademanes y gestos sin exagerar, pero tampoco sin caer en la inmovilidad que resta fuerza al discurso. La postura debe ser siempre lo más natural posible: un orador muy rígido aparece como acartonado, y alguien que siempre está en movimiento se distrae a sí mismo y distrae al interlocutor.

El lenguaje del derecho tiene un contenido deóntico. Expresa el deber ser; no obstante, ese lenguaje con tal sentido de “deber ser” no es el que utiliza el litigante, sino el usado por la “ley” o por quien cuenta con las atribuciones para “decir lo que dice” el derecho, como es el caso del juzgador.

El operador jurídico litigante utiliza un lenguaje de sentido retórico con intenciones argumentativas-persuasivas: busca convencer al juzgador de que su apreciación respecto a la ley y al derecho es la correcta; pero el litigante no “dice” el derecho, sino sólo se refiere a él para respaldar sus pretensiones. El éxito en ese convencimiento del juzgador dependerá de la pertinencia de sus argumentos, sobre lo cual se abunda a continuación.

4.5 Formación de habilidades argumentativas

Los vocablos *argumentar*, *argumento* y *argumentación* provienen respectivamente de los términos en latín *argumentare*, *argumentum* y *argumentatio*.²⁶ La argumentación se entiende gramaticalmente como la acción y el efecto de argumentar. Así, mediante argumentos se externan las razones que motivaron o motivan una acción pasada, presente o futura. El propósito de toda argumentación es convencer a alguien de lo que se afirma o se niega. Por medio de los argumentos, formulados como enunciados, se busca respaldar con la razón lo que se expresa respecto a un tema motivo de controversia.

²⁶ Juan Palomar de Miguel, *Diccionario para juristas*, tomo I, Editorial Porrúa, México, 2000, pág 132.

En el foro un argumento es, en pocas palabras, el razonamiento con el cual se quiere convencer al juez para que acepte dictar la solución o respuesta jurídica que se le propone, en favor de la pretensión defendida.

Desde una posición normativa, en la argumentación jurídica las únicas razones que cuentan son aquellas que tienen el respaldo de las normas. Según **Tamayo y Salmorán**, quienes participan en el “juego” de la argumentación deben pasar por alto todo tipo de razones que no constituyan el punto de vista jurídico; entonces la argumentación jurídica como “juego” se “juega sólo sobre la base que otorgan las normas jurídicas”.²⁷ Así, el punto de vista jurídico se sustenta en las normas jurídicas que integran el sistema dentro del cual se actúa.

No obstante, en la teoría de la argumentación jurídica contemporánea se reconoce que la ley no siempre aporta todas las razones. En ese contexto, “la argumentación moderna se ocupa de estudiar la manera como razonan jueces y abogados. El derecho es una práctica social argumentativa. Sus participantes aportan razones para respaldar o justificar sus pretensiones. En los casos ‘fáciles’, las normas jurídicas constituyen la única razón de la decisión; en cambio, en los casos ‘difíciles’, aquellos para los que existe más de una solución posible, plantean el problema de justificar la elección de la decisión.”²⁸

Los estudios sobre argumentación se consolidan como un campo de estudio importante en la ciencia jurídica, que ven al derecho no sólo como norma, sino también como “acción”, como práctica social. El derecho se entiende y estudia como un lenguaje en acción, que está destinado a persuadir y convencer con el propósito de establecer una pretensión de justicia y de verdad. Juristas, como el español **Manuel Atienza**,²⁹ afirman que el derecho es esencialmente una actividad y que entre sus dimensiones está la de ser una compleja institución volcada hacia la resolución de conflictos por medios argumentativos.

Desde otra perspectiva, según **Jaime Cárdenas**,³⁰ “la argumentación jurídica representa una superación de los métodos de interpretación tradicionales”, es decir, constituye un nuevo paradigma porque no sólo se preocupa

²⁷ **Rolando Tamayo y Salmorán**, *Razonamiento y argumentación jurídica; el paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, 2a ed, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004, pág 217.

²⁸ **Rodolfo Arango**, *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2004, pág 136.

²⁹ Véase **Manuel Atienza**, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

³⁰ **Jaime Cárdenas Gracia**, *La argumentación como derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005, págs 22-24.

por la decisión jurídica de las autoridades, sino también traspasa el edificio jurídico y entiende el razonamiento jurídico como esencialmente dialógico, en el cual la práctica decisoria no está presidida por un razonar subjetivo, sino por uno intersubjetivo. Las razones que se expresan hacia los otros como justificación de la decisión tomada provienen no de su correspondencia con una norma previa, sino de la aceptación de un hipotético auditorio universal capaz de ser convencido con las mejores razones aportadas.

Al entender el derecho como un lenguaje en acción, destinado a persuadir y convencer, estos enfoques argumentativos ponen atención en la manera como los juristas elaboran sus discursos y construyen sus argumentos; por tanto, su objeto de estudio son los argumentos jurídicos. Según establece **Atienza**,³¹ este enfoque tiene como objeto de reflexión las argumentaciones que existen en contextos jurídicos. Distingue tres campos en los cuales se pueden efectuar estas argumentaciones: a) el de la *producción o establecimiento* de normas jurídicas; b) el de la *aplicación* de normas jurídicas a la resolución de casos, y c) el de la *dogmática jurídica*.

Para una correcta argumentación, la lógica es tanto fundamental como el estudio de los métodos y principios usados para distinguir los razonamientos correctos de los incorrectos. Precisa saber distinguir lo verdadero de lo falso, lo verosímil, cuando un argumento cuenta con adecuado sustento racional o sólo tiene fuerza de factores psicológicos y emocionales.

La lógica enseña a formar juicios con exactitud y precisión. El método formal permite proceder con coherencia. Mediante la lógica formal puede demostrarse o probarse que la conclusión afirmada deriva de las premisas que supuestamente la respaldan.

La lógica jurídica puede vislumbrarse como una *lógica prudencial* o de lo *razonable*. Cuando las razones normativas son contundentes, el razonamiento jurídico es lógico, opera la subsunción del caso particular a la norma general válida y se llega a una conclusión que será válida en tanto exista correspondencia entre las premisas y la decisión que dicta.

En ese silogismo deductivo, la premisa mayor es la norma, la premisa menor es la conducta o hecho y la conclusión es la decisión de la autoridad jurisdiccional, la cual debe incluir la consecuencia jurídica correspondiente.

Toda decisión debe ser razonable, en el sentido de que la argumentación que a ella conduce se respalda en razones universales y sólidas. La razón práctica debe ser un parámetro por considerar en la aplicación del

³¹ Cfr. **Manuel Atienza**, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003, págs 1 y siguientes.

derecho, para evitar irracionalidades (que no suelen ser excepcionales) al aplicar la norma.

4.5.1 Argumentos en derecho

En la práctica del derecho, los tipos de argumentos que más se utilizan y que suelen señalar los especialistas son los siguientes:

1. *Argumento de autoridad*. En este argumento, la fuerza de la afirmación depende de su origen. Un litigante defiende su dicho porque éste se basa o deriva de opiniones dichas previamente por la jurisprudencia o por la doctrina de renombre.

En el caso del sistema jurídico mexicano, el recurso a la jurisprudencia como argumento de autoridad se basa en la fuerza de la autoridad judicial que la emite, facultada para ello por el orden jurídico. Por otro lado, en el caso de la referencia a la doctrina, su valor radica en el prestigio y solvencia personal del estudioso que la produce entre los medios académicos o forenses.

2. *Argumento analógico*. Se utiliza cuando existe una laguna en la ley, esto es, la falta de reglas exactamente aplicables a un caso, en las que el juez pueda apoyarse para resolver un conflicto.

La analogía es un proceso de integración, mediante el cual la laguna se soluciona o colma al recurrir a lo que se señala en una disposición diferente que puede aplicarse por la semejanza o cercanía existente en los casos concretos. Según una máxima propia de la historia jurídica: “donde existe la misma razón debe existir la misma disposición”.

La analogía es la técnica de integración que se respalda en la coherencia lógica del sistema jurídico, según la cual el principio o la regla prevista para un caso o situación concreta puede aplicarse a otro caso que guarde una gran semejanza con el primero.

Cuando un litigante desea utilizar el argumento analógico, debe hacer visible con su dicho que existe una semejanza esencial entre los supuestos, que existe identidad de razón —según el objeto y la finalidad de cada norma— y que la norma que se pretende aplicar por analogía es congruente y no arbitraria.

En el caso de la materia penal, el legislador ha vedado explícitamente el empleo de la analogía, según lo dispone el párr tercero del art 14 constitucional. En otras materias, la argumentación analógica debe verificar que no exista una prohibición expresa en la ley para aquélla.

3. *Argumento con base en los principios generales del derecho*. Se trata de normas no positivizadas que subyacen como fundamentos del sistema jurí-

dico, usualmente expresadas a manera de máximas o axiomas con un fuerte sentido axiológico. En la jurisprudencia se les ha entendido como aquellos “dogmas generales que conforman y dan coherencia a todo el ordenamiento jurídico”, a los cuales se estima “como la formulación más general de los valores ínsitos en la concepción actual del derecho” y “la manifestación auténtica, prístina, de las aspiraciones de la justicia de una comunidad”.³²

En otro criterio, se apunta que la doctrina admite que

los principios generales de derecho son verdades jurídicas notorias, indiscutibles, de carácter general, como su mismo nombre lo indica, elaboradas o seleccionadas por la ciencia del derecho, mediante procedimientos filosófico-jurídicos de generalización, de tal manera que el juez pueda dar la solución que el mismo legislador hubiere pronunciado si hubiere estado presente, o habría establecido si hubiere previsto el caso, siendo condición también de los aludidos “principios” que no desarmonicen o estén en contradicción con el conjunto de normas legales cuyas lagunas u omisiones han de llenarse aplicando aquéllos.³³

De acuerdo con el último párr del art 14 constitucional, en los juicios del orden civil los principios generales del derecho pueden utilizarse para fundar las sentencias cuando no sea posible hacerlo en la letra o la interpretación jurídica de la ley. De este modo, la aplicación de los principios generales del derecho es un medio auxiliar, que no puede prevalecer sobre las normas particulares que constituyen el sistema jurídico, aunque se da por sentado que se encuentra dentro de esas normas, pues los principios se identifican con las razones y el espíritu que dan origen a las normas.

4. Argumento sistemático. Tiene como punto de partida la consideración de que el derecho es no sólo un conjunto de normas, sino también un sistema. De manera general, se entiende por sistema el integrado por distintos elementos que se encuentran interrelacionados entre sí. Ninguno de los elementos está aislado, sino cada uno cumple un papel en función de los demás. De este modo, en el sistema jurídico cada norma se encuentra interrelacionada con las demás. Los preceptos no están aislados, sino que su contenido y función dependen e influyen en los de las otras disposiciones.

Por medio de la argumentación sistemática, puede asignarse un sentido o interpretar una norma defectuosa u oscura, que no permite solucionar el

³² **Principios generales del derecho. Su función en el ordenamiento jurídico.** Tesis aislada, 8a época, rcc, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo III, segunda parte-2, enero-junio de 1989, pág 573.

³³ **Principios generales de derecho.** Tesis aislada, 5a época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo LV, pág 2642.

problema al aplicarlo en forma literal. En sentido estricto, el argumento sistemático atribuye significado a una disposición, al derivarlo o inferirlo de otras normas o del contexto normativo.

La argumentación sistemática puede apoyarse en razones de orden material (por la congruencia que existe entre preceptos que regulan la misma materia), de orden lógico (por la unidad y las conexiones existentes entre las disposiciones), de orden gramatical (por el significado completo de una norma del cual se extrae el sentido de una disposición específica de aquélla) o de orden histórico y doctrinal.

5. Argumento topográfico. En este argumento se realiza una interpretación de una norma imprecisa y se lo atribuye un significado según el lugar que dicha norma ocupa en el contexto normativo.

Muy relacionado con el argumento sistemático, la argumentación topográfica considera que la localización de un precepto determinado dentro del sistema puede proporcionar una referencia acerca de su contenido.

6. Argumento de coherencia. Este argumento se utiliza cuando existen dos o más enunciados legales aplicables a un caso que parecen incompatibles entre sí. Se busca superar esa incompatibilidad, apelando a la coherencia del orden jurídico, desde la premisa de que el derecho es un sistema racional, en el que las antinomias son lógicamente imposibles.

7. Argumento de consistencia terminológica. Mediante este argumento, se atribuye significado a un enunciado normativo, según el título o rúbrica que encabeza el grupo de artículos en el cual se ubica dicho enunciado normativo.

8. Argumento de equidad. En este argumento se apela a la necesidad de preservar la equidad como valor del sistema jurídico. La equidad suele utilizarse en un sentido amplio como sinónimo de justicia o de igualdad, aunque en la práctica jurídica se constriñe a la aplicación de la ley para resolver y dar sentencia en un caso concreto.

En un sistema de derecho positivo como el mexicano, tanto la igualdad como la justicia y, por ende, la equidad están en función de que la sentencia que emita el juez no sea arbitraria, sino resulte justa o equitativa conforme cumpla con la obligación de respetar el contenido de la norma genérica y abstracta que constituye la ley, al traducirla a la norma concreta e individualizada que integra la sentencia.

9. Argumento teleológico. En este argumento, la norma se interpreta apelando a su finalidad, o sea, al objetivo concreto que se considera perseguido por la disposición jurídica.

La argumentación teleológica busca identificar los fines u objetivos determinados por los cuales el legislador creó la norma. Para ello, es útil acudir a la exposición de motivos, en la cual el legislador debió establecer la justificación que respaldó la creación del ordenamiento.

10. Argumento pragmático. Se trata del argumento que busca evaluar o valorar un suceso o hecho, con base en sus posibles consecuencias tanto favorables como desfavorables. La argumentación trata de sostener o rechazar una tesis, según los efectos futuros que la aplicación de ésta puede producir. Es una manera utilitarista de argumentar, enfocada a la práctica. Las razones en que se apoya nacen de evaluar qué tan útil o perjudicial puede resultar un acto cierto.

11. Argumento a fortiori. Se identifica con el argumento analógico, pues se apoya en el planteamiento de que la solución prevista para determinado caso debe extenderse con mayor razón a otro evento que, en principio, no se ha previsto.

12. Argumento a contrario sensu. En este razonamiento se obtiene una conclusión a partir de dilucidar cuál es el sentido contrario de una norma específica: realiza una interpretación restrictiva, pues limita los significados de un texto al excluir los que derivan de la búsqueda del sentido contrario de aquélla.

13. Argumento de exclusión del absurdo. Mediante este razonamiento se rechaza una interpretación de la norma por considerar que aquélla conduce a resultados absurdos. Su punto de partida es la coherencia interna del sistema jurídico, de modo que todas las interpretaciones de la ley que pudieran poner en entredicho esa coherencia se excluyen por absurdas.

14. Argumento volitivo. En este razonamiento se busca interpretar o atribuir sentido a una ley, al apelar a la que se considera fue la voluntad del legislador cuando la creó. Se busca el origen o espíritu de la ley, lo cual comúnmente se identifica como “lo que quiso decir el legislador”; además, se relaciona con los argumentos teleológico e histórico.

15. Argumento económico. Este argumento trata de evitar las redundancias en el orden jurídico. Mediante él se excluye la interpretación de una norma por estimarla superflua o redundante, cuando el sentido que pretende otorgársele se ha atribuido a otro enunciado normativo preexistente o jerárquicamente superior.

16. Argumento histórico. Apela a consideraciones extrajurídicas al tratar de encontrar cuál era el sentido o la finalidad que se quiso dar a una norma, según el momento histórico en que se creó. Puede ser estático, cuando considera que el orden jurídico tiende a mantener una continuidad a lo largo

del tiempo, de modo que debe guardarse el mayor respeto posible a la voluntad del legislador; o dinámico, cuando defiende una concepción evolutiva del derecho, según la cual lo jurídico se adapta y se modifica conforme cambian las necesidades sociales.

El argumento histórico es muy útil para mostrar cómo una misma institución jurídica pudieron concebirla, de manera similar o diversa, distintos legisladores a lo largo de la historia.

Bíbliohemerografía

- AA.VV., *El nuevo derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, Thomson Civitas, Aranzadi, Navarra, 2006.
- AA.VV., *Estudios sobre historia de la oralidad en la administración de justicia en México*, tomo I, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2010.
- AA.VV., *Las familias en el siglo XXI: una mirada desde el derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2012.
- ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María (coord), *Panorama internacional del derecho de familia. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006.
- ÁLVAREZ MURO, Alexandra, “Análisis de la oralidad: una poética del habla cotidiana”, *Estudios de lingüística del español*, vol 15, Universidad de los Andes, Grupo de Lingüística Hispánica, Mérida, Venezuela, 2001.
- ARANGO, Rodolfo, *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2004.
- ARCOS VIEIRA, María Luisa, *La desaparición de la affectio maritalis como causa de separación y divorcio*, Aranzadi, Navarra, 2000.
- ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.
- , *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003.

- BARROSO FIGUEROA, José, "Autonomía del derecho de familia", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XVII, octubre-diciembre de 1967, núm. 68.
- BARTRA, Roger, "La universidad y el nuevo renacimiento", *Universidad y humanismo*, UNAM, México, 2003.
- BECK-GERNSEHEIM, Elisabeth, *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, Paidós, Barcelona, 2003.
- BELLUSCIO, Augusto César, *Manual de derecho de familia*, tomo I, 6a ed, Depalma, Buenos Aires, 1996.
- BERIZONCE, Roberto O., *Derecho procesal civil actual*, Librería Editora Platense, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.
- BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia y Angelina FERREYRA DE LA RÚA, *Régimen procesal del fuero de familia*, Depalma, Buenos Aires, 1999.
- BÖHMER, Martín F. (comp), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Gedisa, Barcelona, 1999.
- BOSSERT, Gustavo A. y Eduardo A. ZANNONI, *Manual de derecho de familia*, 6a ed, Astrea, Buenos Aires, 2004.
- BRENA SESMA, Ingrid, *La adopción en México y algo más*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 41a ed, Editorial Porrúa, México, 2011.
- CALAMANDREI, Piero, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Oxford University Press, México, 2004.
- , *Instituciones de derecho procesal civil*, vol I, Eds. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973.
- CAPPELLETTI, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Eds. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972.
- CARBONELL, Miguel, *Los juicios orales en México*, 4a ed, Editorial Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2012.
- (coord), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, tomo I, 20a ed, Editorial Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005.
- CARLOS, Eduardo B., *Introducción al estudio del derecho procesal*, Eds. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.
- CARRARA, Francesco, *Programa de derecho criminal*, Temis, Bogotá, 1956.
- CASTRO Y CASTRO, Juventino V., *Garantías y amparo*, 15a ed, Editorial Porrúa, México, 2011.
- CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F., "Derechos familiares fundamentales", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 32, 2002.
- CHIOVENDA, José, *Principios de derecho procesal civil*, tomo II, Reus, Madrid, 1925.
- CICU, Antonio, *El derecho de familia*, Ediar, Buenos Aires, 1947.
- CÓRDOBA, Marcos M. et al, *Derecho de familia. Parte general*, La Ley, Buenos Aires, 2004.
- COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos de derecho procesal civil*, vol I, 3a ed, Depalma, Buenos Aires, 1974.
- CUENCA, Humberto, *Derecho procesal civil*, tomo I, Universidad Central de Venezuela, Eds. de la Biblioteca, Caracas, 1969.

- Curso de actualización de profesores de derecho internacional privado. Cuadernos de trabajo*, Seminario de Derecho Internacional, Facultad de Derecho, UNAM, México, 2009.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés *et al*, *Derecho procesal. Introducción*, 2a ed, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.
- Diccionario jurídico mexicano*, tomos I, III, IV y V, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1982, 1985.
- ESCUADERO ALZATE, María Cristina, *Procedimiento de familia y del menor*, 19a ed, Leyer, Bogotá, 2013.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord), *Procesalismo científico. Tendencias contemporáneas. Memoria del XI Curso Anual de Capacitación y Preparación para Profesores de Derecho Procesal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2012.
- FERRINI, María *et al*, *Bases didácticas. Educación dinámica*, Progreso, México, 1991.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y José OVALLE FAVELA, *Derecho procesal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1991.
- FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y Eduardo G. ROVEDA, *Manual de derecho de familia*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2004.
- FLORES GARCÍA, Fernando, “Enseñanza del derecho procesal”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XX, enero-junio de 1970, núms 77-78.
- FREGA, Gerardo y Osvaldo FERNÁNDEZ SANTOS, *Procedimiento judicial en el fuero de familia*, Eds. La Rocca, Buenos Aires, 2004.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho civil*, Editorial Porrúa, México, 2000.
- GARCÍA GARCÍA, Lucía, *Mediación familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Dykinson, Madrid, 2003.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 53a ed, Editorial Porrúa, México, 2002.
- GIDDENS, Anthony, *Sociología*, Alianza, Madrid, 1998.
- GÓMEZ FRÖDE, Carina, *Derecho procesal familiar*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 2013.
- GÓMEZ LARA, Cipriano, *Derecho procesal civil*, 7a ed, Oxford University Press, México, 2005.
- , *Teoría general del proceso*, 10a ed, Oxford University Press, México, 2004.
- GONZÁLEZ, Juan Jesús y Miguel REQUENA, (eds), *Tres décadas de cambio social en España*, Alianza, Madrid, 2005.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (coord), *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, tomo II Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Elementos de derecho procesal civil*, Ediar, Buenos Aires, 2005.
- GROSMAN, Cecilia, “Significado de la Convención de los derechos del niño en las relaciones de familia”, *La Ley*, núm 1089, 1993.
- GUAHNON, Silvia V., *Medidas cautelares en el derecho de familia*, Eds. La Rocca, Buenos Aires, 2007.
- GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián, “Derecho familiar”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XXVIII, enero-abril de 1978, núm 109.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho civil para la familia*, Editorial Porrúa, México, 2004.
- HIERRO, Liborio, *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Madrid, 2003.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *El nuevo derecho de familia. Visión doctrinal y jurisprudencial*, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010.
- KIELMANOVICH, Jorge L., *Derecho procesal de familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007.
- , *Procesos de familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

- y Diego BENAVIDES SANTOS (comps), *Derecho procesal de familia. Tras las premisas de su teoría general*, Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica, 2008.
- LAPORTA, Francisco (ed.), *La enseñanza del derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003.
- LASARTE, Carlos, *Principios de derecho civil*, tomo VI: Derecho de familia, 5a ed, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- LEÓN BENÍTEZ, María Reyes (coord), *La licenciatura de derecho en el contexto de la convergencia europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Pedagogía jurídica*, Editorial Porrúa, México, 2000.
- y Elías POLANCO BRAGA, *Juicios orales en materia civil*, Iure Editores, México, 2011.
- LÓPEZ HERRERA, Francisco, *Derecho de familia*, 2a ed, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005.
- MAGALLÓN GÓMEZ, María Antonieta (coord), *Juicios orales en materia familiar*, 2a ed, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2012.
- MEIL LANDWERLIN, Gerardo, *La posmodernización de la familia española*, Acento Editorial, Madrid, 1999.
- MIZRAHI, Mauricio Luis, *Familia, matrimonio y divorcio*, Astrea, Buenos Aires, 1998.
- MONTERO AROCA, Juan et al, *Derecho jurisdiccional I. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de familia*, 5a ed, Editorial Porrúa, México, 1992.
- MORENO QUESADA, Bernardo et al, *Curso de derecho civil IV. Derechos de familia y sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- MOSTACERO, Rudy, “Oralidad, escritura y escrituralidad”, *Sapiens. Revista Universitaria de Investigación*, Universidad Pedagógica Experimental Libertador, año 5, junio de 2004, núm 1, Caracas.
- MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 4a ed, Praxis, Barcelona, 1993.
- ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso et al (coord), *Hacia la protección de la familia. Perspectivas del derecho de familia hoy: preguntas, respuestas y propuestas*, Generalitat Valenciana, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2012.
- OVALLE FAVELA, José, *Derecho procesal civil*, 9a ed, Oxford University Press, México, 2005.
- PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *Diccionario para juristas*, tomo I, Editorial Porrúa, México, 2000.
- PARKINSON, Lisa, *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, Gedisa, Barcelona, 2005.
- PATÍÑO MANFFER, Ruperto y Alma de los Ángeles Ríos Ruiz (coords), *Derecho familiar. Temas de actualidad*, Editorial Porrúa, Facultad de Derecho de la UNAM, México, 2011.
- PEÑUELAS I REIXACH, Lluís, *La docencia y el aprendizaje del derecho en España. Una perspectiva de derecho comparado*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar, *Innovación metodológica y espacio europeo de educación superior. Experiencias docentes en el ámbito del derecho*, Dykinson, Madrid, 2011.
- PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, *Derecho de familia y sucesiones. Colección Cultura jurídica*, Nostra Editores, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010.
- PÉREZ DUARTE, Alicia, *Derecho de familia*, 2a ed, Fondo de Cultura Económica, México, 2007.
- PINA, Rafael de, “Teoría y práctica en la enseñanza del derecho”, *Pedagogía universitaria*, Botas, México, 1960.

- y José CASTILLO LARRAÑAGA, *Instituciones de derecho procesal civil*, 28a ed, Editorial Porrúa, México, 2005.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *La enseñanza del derecho en la encrucijada. Derecho académico, docencia universitaria y mundo profesional*, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2010.
- REYES CORIA, Bulmaro, *Límites de la retórica clásica*, UNAM, México, 1995.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y Rafael PALOMINO LOZANO (dirs), *Enseñar derecho en el siglo XXI. Una guía práctica sobre el grado en derecho*, Universidad Complutense de Madrid, Arazandi, Thomson Reuters, Madrid, 2009.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de derecho civil. Introducción, personas y familia*, tomo I, 16a ed, Editorial Porrúa, 1979.
- RUGGIERO, Roberto de, *Instituciones de derecho civil*, tomo II, Reus, Madrid, 1931.
- RUIZ RODRÍGUEZ, Ramón y José Ignacio NAVARRO GUZMÁN (coords), *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Tirant lo Blanch, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Valencia, 2004.
- SAÍD, Alberto, *Los alegatos*, Oxford University Press, México, 2004.
- SEDA, Juan Antonio (comp), *La Convención sobre los Derechos del Niño y su aplicación en el ámbito educativo*, 2a ed, Homo Sapiens Editores, Rosario, Argentina, 2013.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, Manuel et al, *Los menores en protección*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2007.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica: el paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, 2a ed, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004.
- TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, *La suplencia en el derecho procesal familiar*, Editorial Porrúa, México, 2004.
- TURNER SÆLZER, Susan, “Los tribunales de familia”, *Ius et praxis*, vol 8, núm 2, Universidad de Talca, Chile, 2002.
- WITKER VELÁZQUEZ, Jorge y Rogelio LARIOS VELASCO, *Metodología jurídica*, McGraw-Hill Interamericana, México, 2002.
- ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho familiar*, tomo I, 2a ed, Astrea, Buenos Aires, 1993.

Índice de materias

abreviación o acortamiento de los trámites
y las etapas, 170-173
acceso a la justicia, 74-82
acciones, constitutivas, 118
extintivas, 118
modificativas, 118
actos procesales, continuidad de los, 166
adopción, 58-60
inicio del procedimiento de, 133-134
procedimiento de, 132-135
pruebas para la, 134-135
requisitos para la, 132-133
resolución sobre la, 135
afinidad, parentesco por, 39
alimentos, 64-67
procedimiento de, 129-131
Álvarez de Lara, Rosa María, 108, 141
Álvarez Muro, Alexandra, 245
Andrade Favela, Josefa Hedith, 113
aprendizaje significativo, 230

Arango, Rodolfo, 253
Arcos Vieira, María Luisa, 53
argumento(s), *a contrario sensu*, 258
a fortiori, 258
analógico, 255
de autoridad, 255
de coherencia, 257
de consistencia terminológica, 257
de equidad, 257
de exclusión del absurdo, 258
económico, 258
empleados en derecho, 255-259
histórico, 258-259
pragmático, 258
sistemático, 256
teleológico, 257
topográfico, 257
volitivo, 258
Aristóteles, 250
Atienza, Manuel, 253-254

audiencia(s), 130-131, 192-203
 de juicio, 201-203
 preliminar, 197-201
 reglas generales de las, 192-197
 reserva en las, 160-162

Ausubel, David Paul, 230

autoridad, argumento de, 255
 principio de, 90

Balderas A. de Garza, María Guadalupe,
 159-160

Barroso Figueroa, José, 9

Bartra, Roger, 224

Beck-Gernsheim, Elisabeth, 6-7

Belluscio, Augusto César, 9, 45, 47, 58

Benavides Santos, Diego, 72

Benet Cobo del Prado, Amparo, 31

Berizonce, Roberto O., 112, 116, 164,
 169-170, 22-226

Bertoldi de Fourcade, María Virginia, 90,
 116, 165-166

Böhmer, Martín F., 236

Bossert, Gustavo A., 2, 10, 40-42, 49-50,
 53-54, 56, 66

Brena Sesma, Ingrid, 38

Bucio Estrada, Rodolfo, 224

buen orador, habilidades y aptitudes de
 un, 251-252

Burgoa Orihuela, Ignacio, 79

Cajica, Gustavo, 119

Calamandrei, Piero, 70-71, 73, 83, 86,
 152, 158, 233

Cappelletti, Mauro, 153

características de la patria potestad, 62

Carbonell, José, 6

Carbonell, Miguel, 75, 222-223

Cárdenas Gracia, Jaime, 253

Cárdenas Gutiérrez, Salvador, 150

Carlos, Eduardo B., 71

Carrara, Francesco, 18

Carrasco Soulé, Hugo, 233-234

Carreras de Alba, Rosario, 3

Carta de los Derechos Fundamentales de
Niza, 23-24

casos prácticos de conocimiento, 237-238

Castañeda Rivas, María Leoba, 55

Castillo Larrañaga, 69-70

Castro y Castro, Juventino V., 74, 79-80

causas de nulidad del matrimonio, 123-125

Chávez Ascencio, Manuel F., 22

Chiovenda, José, 153, 155-156, 164

Cicerón, 247, 250

Cicu, Antonio, 10

Claparède, E., 229

Código Civil para el Distrito Federal (CCDF),
 124-125, 127-128

Código Civil para el Estado de Nuevo León
(CCENL), 40

Código de Procedimientos Civiles del Estado
de Guanajuato (CPCEG), 121, 162,
 179-180

Código de Procedimientos Civiles del Estado
de México (CPCEM), 120, 162, 178-
 179

Código de Procedimientos Civiles del Estado
de Nuevo León (CPCENL), 120, 162,
 177

Código de Procedimientos Civiles para el
Distrito Federal (CPCDF), 86-87, 92,
 99, 121-122, 162

Código de Procedimientos Civiles para el
Estado de Puebla, 98

Código de Procedimientos Civiles para el Es-
tado de Tlaxcala, 97

Código de Procedimientos Familiares para el
Estado de Hidalgo (CPFEH), 86-88,
 90, 119-120

coherencia, argumento de, 257

comparecencia o juicio oral, 165

concentración en los actos del juicio oral,
 164-166

concepto de derecho procesal, 69-72
 de familia, 1-5

conciliación, 139-141

concubinato, 53-56

conocimiento, casos prácticos de, 237-238

consanguinidad, parentesco por, 38-39

consistencia terminológica, argumento de,
 257

Constitución de Colombia, 14
 Constitución española, 15
 contenido ético del proceso familiar, 114-117
 continuidad de los actos procesales, 166
 contradicción, principio de, 163-164
 controversias, del orden familiar, 129-131
 en materia familiar, solución alternativa de, 135-147
 Convención sobre los Derechos del Niño, 28-32, 104
Córdoba, Marcos M., 118
Couture, Eduardo J., 82, 157-159, 163, 166, 174
Cuenca, Humberto, 165, 167-168
 cuerpos, separación de, 46-47

De la Oliva Santos, Andrés, 152, 167
De Pina, Rafael, 69-70, 225
De Ruggiero, Roberto, 10
Declaración de Derechos del Niño (1959), 34
 demanda y contestación en el juicio oral
 de Nuevo León, Estado de México y Guanajuato, 181-185
 depuración procesal, 171
 derecho(s), argumentos empleados en, 255-259
 de los integrantes de la familia, 22-32
 de visitas y convivencias, 104
 del niño a ser escuchado, 101-110
 enseñanza activa del, 228-240
 familiar, concepto de, 8-13
 generalidades del, 1-67
 instituciones del, 37-67
 principios constitucionales del, 13-36
 procesal, concepto de, 69-72
 familiar, 72-73
 familiar, generalidades del, 69-147
Dewey, J., 229
 disposiciones generales en el juicio oral
 ordinario de Nuevo León, Estado de México y Guanajuato, 176-180
 divorcio, 44-53, 125-128

necesario o causado, 47-49, 97
 por mutuo consentimiento, 207-211
 unilateral, 50-53
 voluntario, 49-50

 economía procesal, 173-175
 enseñanza activa del derecho, 228-240
 equidad, argumento de, 257
Escudero Alzate, María Cristina, 16
 especialización y cooperación interdisciplinaria, 111-114
 etapas del procedimiento de mediación, 144
 exclusión del absurdo, argumento de, 258
 expresión, escrita: habilidades básicas al redactar, 242-243
 oral: capacidad comunicativa, 244-252

 familia(s), concepto de, 1-5
 derechos de los integrantes de la, 22-32
 nuevas, 5-8
 protección jurídica de la, 15-22
 favor en la prueba, 89-95
favor probationem, 91
favor probationes, 91
Fernández Cano, Ana Cristina, 237
Fernández Santos, Osvaldo, 113
Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, 138, 156
Ferreya de la Rúa, Angelina, 90, 116, 165-166
Ferrini, María, 236
 filiación 56-58
 por naturaleza, 58
Fix-Fierro, Héctor, 74, 80, 223
Fix-Zamudio, Héctor, 72-73, 129
Fleitas Ortiz de Rozas, Abel, 118
Flores García, Fernando, 119, 135-136, 223
 formación, de habilidades, argumentativas, 252-259
 comunicativas, 240-252
 teórica y preparación para la práctica, 223-228
 formas, simplificación procesal de las, 99-101
Frega, Gerardo, 113

- Freinet, C.**, 229
fundamentos pedagógicos, 228-230
- Galindo Garfias, Ignacio**, 1, 4, 11-12, 20, 44, 60
garantía jurisdiccional, 70-71
- García García, Lucía**, 142
- García Martínez, Jesús**, 227
- García Máñez, Eduardo**, 70
generalidades, de los juicios orales, 149-156
del derecho, familiar, 1-67
procesal familiar, 69-147
- Giddens, Anthony**, 2
- Gómez Fröde, Carina**, 82, 89, 95, 117, 119, 122, 138
- Gómez Lara, Cipriano**, 71, 154
- González Contró, Mónica**, 108
- González Martín, Nuria**, 6-7, 223
- González, Juan Jesús**, 20
- Gozáini, Osvaldo Alfredo**, 153, 157-158, 165, 171
- Grande Aranda, Juan Ignacio**, 6
- Grosman, Cecilia**, 108
- Guahnon, Silvia V.**, 161, 171
- Güitrón Fuentesvilla, Julián**, 10
- Gutiérrez y González, Ernesto**, 3-4, 10, 39, 53, 57
- habilidades, argumentativas, formación de, 252-259
comunicativas, formación de, 240-252
y aptitudes de un buen orador, 251-252
- Herrera Molina, Miguel Ángel**, 6
- Hierro, Liborio**, 81
- ideas (técnica), lluvia de, 235
- Ihering**, 170
- inicio, del procedimiento de adopción, 133-134
del procedimiento de divorcio, 125-126
- inmediación, parte esencial del procedimiento oral, 167
- instituciones del derecho familiar, 37-67
- integrantes de la familia, derechos de los, 22-32
- interés superior del menor, 32-36, 101-110
- investigación, principio de, 89
- juicio(s), de divorcio, medidas provisionales en el, 126-127
resolución del, 127-128
- oral ordinario en materia familiar, 175-206
concentración en los actos del, 164-166
- orales en materia familiar, 149-217
generalidades de los, 149-156
- ordinario, 123-128
- Jurado, Teresa**, 20
- jurisdicción voluntaria, en los procedimientos familiares, 131-135
en los procedimientos orales, 213-217
- justicia, acceso a la, 74-82
completa, 78
efectiva, 80-82
expedita, 75-76
gratuita, 79-80
imparcial, 78-79
- oral y enseñanza del derecho, 219-259
- pronta, 76-78
- Kemelmajer de Carlucci, Aída**, 17, 30, 77, 94
- Kielmanovich, Jorge L.**, 72, 85, 91, 101, 112
- Kilpatrick, W.**, 229
- Kuljacha Lerma, Elsa Amalia**, 113
- Laporta, Francisco**, 225
- Larios Velasco, Rogelio**, 232
- Lasarte, Carlos**, 11-12, 115
- legislación mexicana, procedimientos familiares en la, 119-122
- Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal (LJATSJDF)*, 142-145, 162
- Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos del Estado*, 197
- Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal*, 55

Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (LOTSJDF), 122-123

Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 28-32
lluvia de ideas (técnica), 235

López Betancourt, Eduardo, 122, 229

López Herrera, Francisco, 9

López-Ayllón, Sergio, 223

Magallón Gómez, María Antonieta, 77, 82, 168, 170

Maldonado, Adolfo, 119

Martínez-Pujalte López, Antonio Luis, 25
materia familiar, juicio oral ordinario en, 175-206

juicios orales en, 149-217

matrimonio, 40-44

nulidad de, 123-125

mecanismos alternativos de solución de controversias, 137

mediación, etapas del procedimiento de, 144

familiar, 141-147

medidas provisionales en el juicio de divorcio, 126-127

Meil Landwerlin, Gerardo, 7

mejor proveer, prueba para, 89-95

menor(es), interés superior del, 101-110
testimonio de los, 110

métodos y técnicas de la enseñanza activa del derecho, 230-240

Mizrahi, Mauricio Luis, 45-46, 49, 51

Montero Aroca, Juan, 167

Montero Duhalt, Sara, 44-45, 64

Montessori, M., 229

moralidad, principio de, 117

Moreno Quesada, Bernardo, 82

Moreno Sánchez, Gabriel, 77, 112

Mostacero, Rudy, 244

Muñoz Sabaté, Luis, 91-92

mutuo consentimiento, divorcio por, 207-211

naturaleza, filiación por, 58

Navarro Guzmán, José Ignacio, 3, 115

Navarro Viñuales, José María, 138

nuevas familias, 5-8

nulidad de matrimonio, 123-125

oralidad y perfil del profesional en derecho, 219-223

oratoria: arte de persuadir, 249-252

orden familiar, controversias del, 129-131

Ortega Giménez, Alfonso, 6, 25, 31, 145

Ovalle Favela, José, 72-73, 86, 98, 119, 168

Palomar de Miguel, Juan, 252

Palomino Lozano, Rafael, 237

parentesco, 37-40

civil, 39-40

por afinidad, 39

por consanguinidad, 38-39

Parkinson, Lisa, 138

paternidad, reconocimiento de la, 106

Patiño Manffer, Ruperto, 55, 224

patria potestad, 60-64

Peñuelas i Reixach, Lluís, 238

Perea Valadez, María Clementina, 141

Pérez Álvarez, María del Pilar, 225

Pérez Contreras, María de Montserrat, 4, 11, 37, 41-42, 44, 55-56

Pérez Duarte, Alicia, 2, 37, 39, 42-43, 49, 56, 59, 61, 65

Pérez Lledó, Juan Antonio, 225

Piaget, J., 229

planteamientos de derecho, suplencia de las partes en los, 95-99

Platón, 250

Polanco Braga, Elías, 122

Porro Gutiérrez, Jacinto M., 115

preparación para la práctica, formación teórica y, 223-228

principio(s), constitucionales del derecho familiar, 13-36

de autoridad, 90

de investigación, 89

de moralidad, 117

del derecho procesal familiar, 73-117

del proceso oral familiar, 156-175

publicístico, 82-95
 procedimiento(s), de adopción, 132-135
 de alimentos, 129-131
 de divorcio, inicio del, 125-126
 de mediación, etapas del, 144
 familiares, en el Distrito Federal, 122-135
 en la legislación mexicana, 119-122
 orales especiales, 207-217
 proceso(s), audiovisual o multimedia, 175
 de Bolonia, 226
 familiar, 117-135
 contenido ético del, 114-117
 oral y escrito, 153-156
 saneamiento del, 171
 profesional en derecho, oralidad y perfil del, 219-223
 protección jurídica de la familia, 15-22
 prueba(s), en el juicio oral de Nuevo León, Estado de México y Guanajuato, 185-192
 para la adopción, 134-135
 para mejor proveer, 89-95
 publicidad, 157-162
 publicización de los procedimientos judiciales, 85-86

Quintero Olivares, Gonzalo, 226
Quintiliano, 247

reconocimiento de paternidad, 106
 recursos de apelación en Nuevo León, Estado de México y Guanajuato, 204-207
 reglas generales de las audiencias, 192-197

Requena, Miguel, 20
 requisitos para la adopción, 132-133
 reserva en las audiencias, 160-162
 resolución, del juicio de divorcio, 127-128
 sobre la adopción, 135
Reyes Coria, Bulmaro, 250
Reyes León Benítez, María, 227
Ríos Ruiz, Alma de los Ángeles, 55, 224

Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, 237
Rojina Villegas, Rafael, 9
Rousseau, Jean-Jacques, 228-229
Roveda, Eduardo G., 118
Ruiz Rodríguez, Ramón, 3, 115

Saíd, Alberto, 119
Sancho Cerdá, Gonzalo, 145-146
 saneamiento del proceso, 171
Sastre Peláez, Antonio José, 141
Seda, Juan Antonio, 36
 sentencias dictadas en Nuevo León, Estado de México y Guanajuato, 203-204
 separación de cuerpos, 46-47
Serrano Ruiz-Calderón, Manuel, 58, 61-62
 simplificación, de los trámites procesales, 171
 procesal de las formas, 99-101
 solución, alternativa de controversias en materia familiar, 135-147
 de controversias, mecanismos alternativos de, 137
 suplencia de las partes en los planteamientos de derecho, 95-99

Tamayo y Salmorán, Rolando, 253
 tecnología jurídica, 219
Tenorio Godínez, Lázaro, 96
 testimonio de los menores, 110
 trámites procesales, simplificación de los, 171
Turner Saelzer, Susan, 116-117

Vázquez Sotelo, José Luis, 156, 173-174
 vida privada e intimidad, 161
 violencia familiar, 211-213
 visitas y convivencias, derecho de, 104

Witker Velázquez, Jorge, 232

Zannoni, Eduardo A., 2, 10, 40-42, 49-50, 53-54, 56-57, 66

Justicia oral en materia familiar en el Distrito Federal

El 9 de junio de 2014 se publicó en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el Decreto por el que se adicionan diversas disposiciones al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y por el que se reforman diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Esta amplia reforma legal constituye el punto de partida formal en la puesta en marcha de los juicios orales en materia familiar en la capital de la República.

Por su importancia, es necesario no esperar una segunda edición de este libro para analizar el nuevo esquema de procesamiento. En el presente anexo se comentan las principales disposiciones que regulan el nuevo juicio oral y se evita ahondar en conceptos estudiados en el cuerpo de la obra.

1. Disposiciones generales

De acuerdo con los artículos transitorios del decreto, la reforma —y con ella el modelo de justicia oral— entrará en vigor en dos momentos:

- a) A los treinta días hábiles de su publicación (julio de 2014) en lo referente a los procedimientos o juicios de rectificación de acta, adopción nacional, acciones derivadas de la filiación, juicio especial de levantamiento de acta por reasignación para la concordancia sexogenérica, pérdida de la patria potestad de menores acogidos por una institución pública o privada de asistencia social, interdicción contenciosa y nulidad de matrimonio.
- b) A los trescientos sesenta y cinco días naturales de su publicación (junio de 2015) en cuanto a las controversias relacionadas con alimentos; guarda y custodia; régimen de convivencias y violencia familiar, principalmente.

La reforma al *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (CPCDF)* consistió en adicionar el título decimooctavo, “Del juicio oral en materia familiar”, arts del 1019 al 1080. El modelo de juicios orales en materia familiar en el Distrito Federal sigue los ejemplos de las entidades federativas comentados en la unidad 3 de este libro, aunque incluidos esquemas distintos, por ejemplo: la junta anticipada de las partes ante el secretario judicial, previamente a la audiencia preliminar.

En segundo lugar, la reforma a la *Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (LOTSJDF)* establece los ajustes estructurales necesarios para la creación e inicio de operaciones de los juzgados de proceso oral en materia familiar.

En cuanto a la procedencia, se someterán a este nuevo juicio las siguientes controversias familiares (art 1019, *CPCDF*): las relacionadas con alimentos, guarda y custodia, régimen de convivencias, violencia familiar, nulidad de matrimonio, rectificación o nulidad de los atestados del registro civil, filiación, suspensión o pérdida de la patria potestad, constitución forzosa de patrimonio familiar, cambio de régimen patrimonial controvertido, y la interdicción contenciosa.

Los procedimientos de jurisdicción voluntaria, divorcio, pérdida de patria potestad de menores acogidos por una institución pública o privada de asistencia social, de levantamiento de acta de reasignación para la concordancia sexogenérica, y adopción nacional se tramitarán conforme a sus reglas generales, pero ajustados en lo conducente al procedimiento oral y sus principios.

Quedarán excluidos de la tramitación por la vía oral los juicios sucesorios, nulidad de testamento, petición de herencia, incapacidad para heredar, modificación de inventario por error o dolo, declaración de ausencia y pre-

sunción de muerte, restitución de menores, adopción internacional, diligencias prejudiciales de interdicción y los demás juicios de tramitación especial.

Los principios del juicio se enuncian y explican en el art 1020. Además de la oralidad, publicidad, igualdad, inmediación, contradicción, continuidad y concentración, el *CPCDF* se refiere al principio de dirección procesal a cargo del juez, quien tiene la potestad de conducir el proceso; del principio de impulso procesal, mediante el cual las partes tienen la facultad de solicitar las diligencias necesarias que impidan paralizar el procedimiento; y del principio de preclusión, que prevé que los derechos procesales se extinguen o pierden por el solo transcurso del tiempo, al no ejercerlos en el término o etapa procesal respectiva.

Como garantía del derecho de acceso a la justicia, se contempla expresamente la prerrogativa a contar con un intérprete, para las personas que no puedan hablar u oír, no hablen español, pertenezcan a una comunidad indígena o se encuentren con alguna discapacidad que les impida comunicarse eficazmente (art 1021).

Como en las otras entidades, el *CPCDF* prevé una regla de notificación automática, la cual opera como sanción para la parte que injustificadamente incumple el deber de asistir a la vista oral. Según el art 1025, en el juicio oral familiar sólo se notificará personalmente el emplazamiento de la demanda principal y cualquier acto procesal a juicio del tribunal. Las determinaciones emitidas en audiencia se tendrán por notificadas en el momento de su pronunciamiento, estén o no presentes las partes o quienes debieron estar, sin formalidad alguna.

La regla de la oralidad se ratifica en el art 1027, según el cual las promociones de las partes deberán formularse de esta forma. Ello se puntualiza con el principio de saneamiento, por el cual el juez no admitirá promociones frívolas o improcedentes y deberá desecharlas de plano, pero fundará y motivará su decisión.

Cabe resaltar que el acompañamiento de un profesional en derecho no se establece como derecho de las partes, sino como una obligación. Con dicho numeral, la legislación del Distrito Federal resulta menos protectora de las personas en situación de vulnerabilidad al establecer que será deber de éstas conseguir la asesoría jurídica gratuita. Según el art 1028, las partes tienen la obligación de acudir a las audiencias y a la junta anticipada asesoradas por un licenciado en derecho con cédula profesional. Si los interesados no pueden contratar los servicios de un abogado, deberán acudir de manera previa ante las instituciones públicas o privadas que proporcionen asesoría jurídica gratuita.

2. Demanda y contestación

El procedimiento oral ordinario en materia familiar iniciará con la presentación de la demanda, la cual deberá formularse por escrito. Cabe señalar que mientras en el procedimiento de controversias del orden familiar seguido en el Distrito Federal (comentado en la unidad 2) se buscó establecer una flexibilidad en las formalidades, el nuevo procedimiento oral ha seguido un esquema con mayor rigor, al disponer diversos requisitos para la demanda, algunos de los cuales sólo pueden cumplirse con la asesoría de un abogado. Así, el art 1033 señala, entre otros requisitos, que la demanda deberá señalar en su caso los fundamentos de derecho (fracc VI).

En el art 1034 se prevé expresamente que si la demanda fuere oscura, irregular o no cumpliera con algunos de los requisitos del art 1033, el juez señalará por una sola vez con toda precisión en qué consisten los defectos de aquélla para que en el término de tres días se desahoguen. En caso de que no se cumplan los motivos de prevención o no se desahogue oportunamente, el juez desechará la demanda.

Cuando se cumplan los requisitos y se admita la demanda, el juez emplazará al demandado, con la notificación personal. El término para contestar la demanda será de nueve días.

La contestación a la demanda deberá ser por escrito y cumplir los requisitos que señala el art 1036. La reconvencción se formulará en la contestación a la demanda y deberá satisfacer los requisitos de esta última. Si ésta se presenta, se notificará y correrá traslado a la contraria para que la conteste en el término de nueve días.

Cuando se opongan excepciones procesales se exhibirán y ofrecerán pruebas en el mismo curso y se dará vista a la contraparte para que manifieste por escrito en el término de tres días lo que a sus intereses convenga. En las excepciones de conexidad, litispendencia y cosa juzgada sólo será admisible como prueba la inspección judicial o la documental. La excepción de conexidad sólo será procedente cuando el juicio señalado como conexo se tramite en un juicio oral (art 1039).

Respecto a las medidas provisionales, el art 1040 prevé que desde los autos que recaigan a los escritos de demanda, contestación, reconvencción y su contestación, el juez deberá pronunciarse acerca de las medidas provisionales que se soliciten, las cuales se resolverán a más tardar en la segunda fase de la audiencia preliminar.

En este rubro se establece una intervención oficiosa del juez, quien podrá decretar y modificar en cualquier momento del procedimiento y de

forma oficiosa las medidas provisionales necesarias para preservar a la familia y proteger a sus miembros, especialmente cuando se trate de menores de edad y de quienes se encuentren en estado de interdicción.

Una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvencción, el juez señalará fecha y hora para la celebración de la audiencia preliminar dentro de los quince días siguientes. En el mismo auto, el juez admitirá las pruebas que fueren ofrecidas en relación con las excepciones procesales opuestas, para que se desahoguen en la audiencia preliminar. En caso de no exhibirse las pruebas en dicha audiencia, se declararán desiertas por causa imputable al oferente (art 1041).

Transcurrido el término fijado para contestar la demanda o la reconvencción sin que se hubiere hecho, el juez examinará escrupulosamente y bajo su más estricta responsabilidad si el emplazamiento se practicó de forma legal. De ser así, a petición de parte hará la declaración de rebeldía correspondiente y en su defecto el juez tendrá por precluido el derecho y señalará fecha para la audiencia preliminar; en caso contrario, ordenará reponer el emplazamiento. Se tendrán por contestados los hechos de la demanda principal o reconvenccional en sentido negativo cuando se deje de contestar en el término legal (art 1042).

No habrá audiencia preliminar en caso de allanamiento. En dicho supuesto se señalará fecha para celebrar una audiencia de juicio dentro del término de quince días, en la cual se dictará sentencia definitiva. Igualmente, si cualquiera de las partes se conforma con la propuesta de convenio exhibido por su contraria, se ordenará ratificar éste y, de ajustarse a derecho, el juez lo aprobará de inmediato (art 1043).

Se prevén reglas especiales al inicio del procedimiento cuando se trate de alimentos y de guardia y custodia. En alimentos, el juez fijará el importe provisional de éstos inmediatamente a petición del acreedor, sin audiencia del deudor y mediante la información que estime necesaria (art 1031).

Por otro lado, cuando alguna de las partes solicite la custodia y convivencia provisional de menores de edad, lo hará por escrito en la demanda principal o reconvenccional o en sus contestaciones y se dará vista a la contraria por el término de tres días, quien por escrito contestará la solicitud (art 1029). En estos casos, se puntualiza el derecho del menor a ser oído durante la audiencia preliminar, atendiendo al caso específico. Según dicho artículo, en caso de rebeldía, por desacuerdo de las partes o a juicio del tribunal se señalarán día y hora para que el juez —en diligencia privada— escuche al menor ante el Ministerio Público sin la presencia de las partes, en la cual podrá comparecer el asistente de menores, quien será profesional

en psicología, pedagogía o trabajo social, adscrito al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal u otra institución, sólo para el efecto de facilitar la comunicación libre y espontánea y procurar protección psicoemocional al menor.

Sin embargo, la presencia de este profesional no será obligatoria, en cuyo caso podrá el juez celebrar la diligencia sin su comparecencia y corresponderá a éste velar por el interés superior del menor. Se prevé que el tribunal contará con una sala especial para escuchar a los menores.

El referido art 1029 añade que las personas que tengan a los menores bajo su cuidado estarán obligados a presentarlos en las diligencias y audiencias respectivas para que se les escuche, apercibidos que —de no hacerlo— se les aplicarán medidas de apremio, sin perjuicio de que el juez resuelva lo conducente respecto a la custodia y convivencia provisional solicitadas. Para ello, deberá tener en cuenta todos los elementos que estén a su alcance para decidir con apego al principio del interés superior del menor el derecho de convivencia de manera provisional. En caso de duda y para salvaguarda de los menores, deberá ordenar que las convivencias se realicen durante el procedimiento en los centros e instituciones destinados para tal efecto.

Respecto a los derechos de convivencia del ascendiente a quien no le sea otorgada la custodia, el art 1030 señala que éste podrá convivir con el menor —según determine el juez— diversos días de la semana fuera del horario escolar, sin desatender las labores escolares y debiendo auxiliarlo en dichas actividades. También en forma equitativa tiene derecho a disfrutar de convivencias en fines de semana alternados, periodos de vacaciones escolares y días festivos.

3. Pruebas

Según el art 1038, en los escritos de demanda, contestación, reconvencción y su contestación, las partes ofrecerán sus pruebas y las relacionarán de forma pormenorizada con los puntos controvertidos. Así mismo, deberá proporcionarse el nombre, apellidos y domicilio de las personas que rendirán testimonio y en relación con la prueba pericial deberá señalarse la materia de ésta, así como las cuestiones y puntos por resolver y se exhibirán los documentos que tengan en su poder. Si no cuentan con éstos, deberán acreditar haberlos solicitado con el escrito respectivo y haber dado el impulso procesal para su obtención o la negativa dada a su solicitud. No se admitirá

prueba documental que no cumpla con tales requisitos, salvo aquellas que surjan en la junta anticipada.

La regla general enunciada en el art 1058 es que en el juicio oral familiar se admitirán todos los medios de prueba, cualquiera que sea su naturaleza, siempre y cuando se cumpla con sus formalidades para el ofrecimiento y sean conducentes a la controversia. Por ende, la reforma al *CPCDF* establece diversas formalidades para el desahogo de las pruebas más usuales en los procedimientos: confesional —denominada declaración de parte—, testimonial, pericial, instrumental e inspección judicial.

Por lo que hace a la prueba de declaración, las partes podrán ofrecer la propia de forma voluntaria o la de la parte contraria. La prueba será estrictamente personal y al declarar deberán rendir protesta de decir verdad.

El interrogatorio será oral, deberá referirse a los hechos controvertidos, claro y preciso, abierto o cerrado y tendiente a acreditar el objeto del debate. Las partes pueden hacer las objeciones que consideren pertinentes, las cuales calificará el juez, quien repelerá de oficio las inconducentes, sin perjuicio de atender el principio de contradicción. El interrogatorio abierto debe referirse a hechos controvertidos y el deponente contestará de manera amplia y libre. En el cerrado se contestará en forma afirmativa o negativa (art 1061).

Las reglas para el desahogo de dicha prueba se señalan en el art 1062. El oferente de la prueba formulará su interrogatorio en primer término, concluido el cual la parte contraria tiene derecho a su vez a formular preguntas. En caso de que el deponente no asista sin justa causa al desahogo de la declaración forzada, se tendrán por ciertas las afirmaciones que su colitigante pretenda acreditar, salvo prueba en contrario. Esto no se aplica cuando se trate de declaración voluntaria de parte propia, en la cual —en caso de inasistencia injustificada del deponente— se tendrá por desierta la prueba.

En el caso de la declaración forzada, cuando el deponente se rehúse a contestar las preguntas que le formule su colitigante o lo haga de modo evasivo, el juez podrá tener por ciertas las afirmaciones de la otra parte. Cuando se trate de la declaración voluntaria de parte propia y no conteste las preguntas que le formule su abogado patrono o lo haga evasivamente, se dará por concluido el testimonio, y tendrá entonces la parte contraria el derecho a interrogarlo.

Por lo que hace a la declaración de testigos, en términos del art 1063, para su examen el interrogatorio y contrainterrogatorio se formulará oral y directamente, previa protesta de decir verdad. Las preguntas tendrán rela-

ción con los puntos controvertidos y se articularán en términos claros y precisos. Las partes tienen el derecho a realizar las objeciones que consideren pertinentes, las cuales calificará el juez, quien repelerá de oficio las preguntas y objeciones inconducentes, sin perjuicio del respeto al principio de contradicción de la contraparte.

Respecto al ofrecimiento de la prueba pericial, las reglas específicas para ésta se detallan en el art 1065 de la reforma. Se deberán señalar con toda precisión los puntos sobre los que versará y las cuestiones que se deban resolver. Una vez ofrecida, se dará vista a la parte contraria para que al contestar la demanda principal o reconvencional, en su caso, amplíe el cuestionario correspondiente.

En el supuesto de que la prueba se ofrezca debidamente, el juez la admitirá y designará perito único, ya sea que pertenezca a instituciones públicas, privadas o de la lista de auxiliares de la administración de justicia, emitida por el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal. En caso de que el perito pertenezca a una institución pública, su designación se le hará saber por medio del oficio correspondiente, con la información necesaria para que pueda rendir con oportunidad su dictamen, sin que se requiera su comparecencia para los efectos de su aceptación.

Cuando se trate de peritos de instituciones privadas, se les hará saber su designación mediante notificación personal para el efecto de que en el término de tres días presenten escrito de aceptación y, de ser necesario, precise los elementos que requiera para elaborar su dictamen, como entrevistas, exámenes o acceso a determinados expedientes, archivos, bienes o cosas objeto de su dictamen. El dictamen se exhibirá por escrito dentro del plazo de cinco días, el cual empezará a correr a partir del día siguiente en que cuente con todos los elementos suficientes para realizar su evaluación.

El perito deberá comparecer a la audiencia de juicio para exponer sus conclusiones y responder a las preguntas que le formulen las partes o el juez.

El costo de la prueba, según proponga el perito los gastos que deban erogarse y el monto de sus honorarios en términos de la legislación correspondiente deberá autorizarlos el juez y pagarlos ambas partes en igual proporción. En caso de negativa de alguna de las partes, se despachará ejecución para su cobro.

Las obstaculizaciones de las partes al desahogo de periciales tendrán consecuencias negativas para ellas; por ejemplo, cuando se trate del examen de bienes o cosas que pertenezcan a alguna de las partes, o de personas que se les deba examinar para conocer su condición física, mental o de

salud, cuando las partes se nieguen a proporcionar las facilidades necesarias o no se presenten para su estudio, la consecuencia será que se tendrán por ciertas las afirmaciones de la oferente. Igualmente, en el caso de que se trate de acciones derivadas de la filiación, se apercibirá a la parte objeto de estudio de que si hay negativa para la práctica del examen correspondiente u otorgar las facilidades necesarias (entiéndase la prueba biológica o de ADN), se presumirá la maternidad o paternidad controvertida.

Si el perito no exhibe su dictamen dentro del plazo señalado o deja de asistir sin justa causa a la audiencia de juicio, se le impondrá una sanción pecuniaria, equivalente a una cantidad igual a la que cotizó por sus servicios. En dicho acto, el juez designará otro perito, con las mismas obligaciones y apercibimientos.

Si el perito no se presenta a la audiencia de juicio, pero éste ya exhibió en tiempo y forma su dictamen, la prueba la desahogará en sus términos el juez con apego a los principios de oralidad.

Respecto a la prueba instrumental, se considera que los registros del juicio oral, cualquiera que sea el medio, serán instrumentos públicos que harán prueba plena y acreditarán el contenido y modo en que se desarrolló la audiencia (art 1066).

En el caso de las documentales, en términos del art 1067, los documentos que presenten las partes en los escritos de demanda y contestación se podrán objetar en cuanto a su alcance y valor probatorio, una vez admitidos en la audiencia preliminar. Los documentos que lleguen con posterioridad se podrán objetar al tercer día de su recepción.

La inspección judicial se practicará el día, hora y lugar que se señalen, la cual se llevará a cabo antes de la audiencia de juicio para que en ésta se desahogue. Las partes, sus representantes o abogados pueden concurrir a la inspección y hacer las observaciones que estimen oportunas (art 1070).

El *CPCDF* admite la utilización de cualesquiera otros medios de prueba que sirvan para acreditar hechos o circunstancias que tengan relación con el asunto. Así, el art 1072 se refiere a escritos, notas taquigráficas, registros dactiloscópicos, fonográficos, fotografías, cintas cinematográficas, copias fotostáticas, archivos digitales o los obtenidos por cualquier medio cibernético o telemático, así como cualquier otro elemento producido por la ciencia y la tecnología que pueda producir convicción en el juzgador.

4. Audiencias

4.1 Reglas generales

Según se señaló, es obligación de las partes asistir a la junta anticipada y las audiencias del procedimiento, por sí o por medio de sus representantes legales, asistidos por licenciado en derecho para su debida defensa. Esto se ratifica en el art 1044 y las reglas generales se establecen en el art 1045.

Las audiencias del juicio se ajustarán a los principios y reglas del debate oral. Se otorgan amplias facultades al juez para interrogar a los testigos, peritos y a las partes. Así mismo, tiene el deber de mantener el buen orden, evitar las digresiones, faltas de decoro y probidad y exigir que se guarde el debido respeto.

En lo anterior rige el principio de preclusión, de modo que concluida cada una de las etapas de las audiencias se tendrán por no ejercidos los derechos procesales que debieron ejercitar las partes.

Respecto a la continuidad, se admite que podrán decretarse los recesos que razonablemente considere necesarios el juzgador. La audiencia se podrá diferir o suspender por caso fortuito o fuerza mayor, pero deberá señalarse fecha para su continuación o celebración.

La naturaleza del proceso como mixto se observa en el deber de que al terminar las audiencias se levantará acta, la cual incluirá una relatoria sucinta del desarrollo de la audiencia.

Como es la tendencia en todas las entidades, se prevé que las audiencias se registrarán por medios electrónicos o cualquier otro idóneo, a juicio del juez, que permita garantizar la fidelidad e integridad de la información, la conservación y reproducción de su contenido y el acceso a éste (art 1046).

Al inicio de las audiencias, el secretario judicial hará constar oralmente en el registro la fecha, la hora y el lugar de realización, los datos del asunto y el nombre del juez que presida la audiencia. Las personas que intervengan en el desarrollo de las audiencias deberán identificarse y rendir previamente protesta de que se conducirán con verdad (art 1046).

4.2 Audiencia preliminar

En el procedimiento oral familiar establecido por la reforma al *CPCDF* se ha previsto que la audiencia preliminar constará de dos fases. La primera de ellas se denomina junta anticipada y se celebrará ante el secretario judicial, mientras que la segunda es propiamente la audiencia ante el juez.

De acuerdo con el art 1049, la junta anticipada tiene por objeto cruzar información e intercambiar pruebas entre las partes, formular propuestas de convenio, establecer acuerdos sobre hechos no controvertidos y fijar acuerdos probatorios.

Dicha junta anticipada se desarrollará de manera oral ante el secretario judicial, así como iniciará con el intercambio de pruebas e información entre las partes en forma libre, espontánea y directa, con el fin de identificar y explorar mayores elementos probatorios para apoyar sus acciones o desvirtuar las pretensiones del contrario. Las partes podrán proponer acuerdos sobre hechos no controvertidos con el objetivo de reducir la litis a los aspectos controvertidos. También pueden celebrar acuerdos probatorios en relación con las pruebas ofrecidas, con el objeto de excluir las que resulten ociosas o no idóneas. Para dirimir la controversia mediante un convenio, el secretario judicial podrá proponer alternativas de solución (art 1052).

Cabe señalar que dicha junta anticipada constituye una excepción al principio de inmediación, pues en ella se requiere la presencia no del juez, sino del secretario, quien luego dará cuenta al juez de los resultados de la junta. No queda del todo claro si el propósito de esta junta es sustituir la antigua audiencia previa y de conciliación, porque la reforma señala que el secretario judicial formulará alternativas de solución. Como existen mecanismos de mediación y conciliación dirigidos a solventar cuando sea posible el conflicto, no se aprecia la necesidad de duplicar estas funciones.

Asimismo, si el objetivo de la junta es abrir un espacio para reducir la litis y celebrar acuerdos preparatorios, según el principio de inmediación, será conveniente que tales actividades se realicen directamente ante el juez en la propia audiencia preliminar, como se hace en las otras entidades cuya legislación se estudió en este libro.

Por otro lado, dicha junta anticipada tampoco es congruente con el principio de abreviación, que busca resumir las etapas del procedimiento. Desde la óptica que debe guiar los procesos orales, según se ha visto en este libro, en la cual debe facilitarse y simplificarse el litigio para las partes, una nueva fase significa aumentar tiempo al proceso, lo cual no contribuye a la economía procesal, en detrimento de las partes, que al final son las que invierten su tiempo y recursos en el litigio. En todo caso, resultará adecuado que la junta anticipada y la audiencia preliminar se efectúen de forma inmediatamente consecutiva para evitar dilaciones.

La audiencia preliminar, propiamente, celebrada ante el juez tendrá por objeto, según el art 1050, depurar el procedimiento, la revisión y la aprobación del convenio que hayan celebrado las partes, si lo hay, así como la

conciliación. Se aprobarán los acuerdos sobre hechos no controvertidos y probatorios; el juez resolverá las medidas provisionales pendientes y se admitirán y prepararán las pruebas.

La asistencia a la audiencia preliminar de ambas partes o de su representante es obligatoria. En términos del art 1051, si la parte actora no comparece, se le tendrá por desistida de la instancia; empero, si la parte demandada no comparece, se tendrán por aceptadas las propuestas de la parte actora en esta etapa.

Sólo en los juicios de alimentos y de aquellos que se encuentren en estado de interdicción, podrá diferirse la audiencia por una sola ocasión. Si la parte actora reitera su incomparecencia, se le tendrá por desistida de la instancia.

El juez procederá a depurar el procedimiento y, en su caso, a examinar las propuestas de convenio formuladas en la junta anticipada. En caso de no existir propuestas en la etapa de conciliación, propondrá alternativas de solución para que los interesados lleguen a un convenio. En todo caso, se aprobará el convenio que se ajuste a derecho, el cual tendrá el carácter de sentencia firme (art 1053).

A continuación, el juez revisará y aprobará los acuerdos sobre hechos no controvertidos y los probatorios. En seguida resolverá las medidas provisionales solicitadas que se encuentren pendientes. Acto seguido se emitirá la admisión de pruebas y se ordenará su preparación. Se declararán desiertas aquellas que no se reciban por causas imputables al oferente, a cuyo cargo corresponderá su diligenciación. Una vez preparadas las pruebas documentales que se deban rendir, se fijará fecha y hora para la celebración de la audiencia de juicio dentro del término de quince días (art 1054).

4.3 Audiencia de juicio

El desarrollo de la audiencia de juicio se establece en el art 1055 del reformado *CPCDF*. Al abrir la audiencia, el juez escuchará los alegatos de apertura de las partes, las cuales podrán expresarse en un máximo de diez minutos y se integrarán de una exposición de los hechos y pruebas con las que demostrarán sus pretensiones.

Posteriormente se iniciará de inmediato el desahogo de las pruebas, en el orden que el juez establezca, para lo cual contará con las más amplias facultades como rector del procedimiento. Se declararán desiertas aquellas pruebas que no estén debidamente preparadas por causas imputables a quien las haya ofrecido.

En la audiencia sólo se concederá el uso de la palabra por una vez a cada una de las partes y por un máximo de diez minutos para formular los alegatos de apertura y cierre, respectivamente (art 1056). Concluido el desahogo de pruebas, se recibirán los alegatos de cierre de las partes hasta por diez minutos a cada una y se declarará visto el procedimiento (art 1057) y listo para dictar sentencia. Como se aprecia, el intercambio oral entre las partes estará sumamente limitado en el tiempo: máximo 10 minutos para el alegato de apertura y otros 10 para el alegato de cierre. El claro propósito del legislador al establecer esta disposición es evitar digresiones de las partes; no obstante, hubiera sido mejor atribuir al juez, en su calidad de conductor de la audiencia, la fijación del tiempo prudente de exposición según el caso y no colocarlo en posición de estar con el cronómetro midiendo el tiempo a los litigantes para cumplir con la ley.

5. Sentencia

En términos del art 1057, inmediatamente después de que las partes hayan formulado sus alegatos de cierre y se haya declarado visto el procedimiento, el juez dictará la sentencia definitiva, en la cual explicará brevemente las razones de hecho y de derecho en que se sustenta y se dará lectura a sus puntos resolutivos.

Quedará a disposición de las partes copia por escrito de la sentencia. En casos excepcionales, según la complejidad del asunto y la cantidad o naturaleza de las pruebas desahogadas, el juez podrá diferir el dictado de la sentencia hasta por quince días y citará a las partes para escucharla.

En caso de que las partes no estén presentes en la audiencia en la cual se emita la sentencia, se dispensará su explicación y lectura de puntos resolutivos y se les notificará por boletín judicial.

Para la ejecución de las sentencias, según el art 1073, regirán en lo conducente las formalidades generales establecidas en el *CPCDF* para todos los asuntos.

6. Recursos

Sólo se admitirán los recursos de apelación, de queja, y de reposición en segunda instancia. En términos del art 1076, dicho recurso de apelación procede contra todas las resoluciones emitidas por el juez en el juicio oral.

Se interpondrá por escrito y se admitirá en el efecto devolutivo de tramitación conjunta con la sentencia definitiva, excepto el interpuesto contra la determinación que resuelva medidas provisionales y la pronunciada en el incidente de nulidad de actuaciones, el cual procederá en el efecto devolutivo de tramitación inmediata.

El recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva se admitirá en ambos efectos, salvo en materia de alimentos e interdicción, que se tramitará en el efecto devolutivo de tramitación inmediata.

La apelación deberá seguir los principios del juicio oral en lo que resulte aplicable y el procedimiento se regula en el art 1077. Una vez que se haya admitido y calificado el recurso, a juicio de la sala o a petición de parte se señalará fecha para la celebración de una audiencia que presidirá el magistrado ponente, en la cual se otorgará el uso de la palabra a los interesados directamente o por conducto de su mandatario judicial para que realicen sus alegatos de apertura. Posteriormente, en su caso, se recibirán pruebas, en cuyo supuesto, al concluir el desahogo, se recibirán también alegatos finales y acto seguido se citará a las partes a oír sentencia.

De no comparecer ninguna de las partes, el secretario proyectista designado hará una exposición sucinta del asunto, en la cual declarará desiertas las pruebas no preparadas y, en su caso, recibirá las que procedan, con la dirección procesal del magistrado ponente.

Respecto a la queja, no se establecen reglas específicas para su procedencia y trámite. Acerca de su admisibilidad, el art 1078 reenvía a la regulación general de la queja en los arts 723 a 727 del *CPCDF*.

Por lo que hace al recurso de reposición de segunda instancia, éste procede en contra de cualquier decreto o auto. Según el art 1080, la reposición debe interponerse por escrito dentro de los tres días siguientes a la notificación hecha por boletín judicial, en cuyo caso se dará vista a la contraria por el término de tres días para expresarlo que a su derecho convenga. Se resolverá dentro de los cinco días siguientes, contados a partir de que surta sus efectos la notificación del auto que cita para sentencia, la cual la pronunciará en audiencia pública el magistrado ponente, de haberlo solicitado así las partes en los escritos correspondientes y a juicio del tribunal.

7. Incidentes

La reforma al *CPCDF* estableció reglas particulares para la tramitación de incidentes en el juicio oral familiar. Según el art 1024, sólo procederán los

incidentes de nulidad de actuaciones por defecto o falta de emplazamiento y el de impugnación de falsedad de documentos, los cuales se interpondrán por escrito. Sin embargo, sólo el primero de ellos suspenderá el procedimiento y será de previo y especial pronunciamiento.

El procedimiento para el incidente de nulidad por defecto o falta de emplazamiento es el siguiente: en la demanda incidental y su contestación se ofrecerán las pruebas, las cuales, de admitirse, se desahogarán en audiencia especial si su naturaleza lo exige. En el acuerdo que recaiga a la contestación de la demanda incidental o en el que declare la preclusión del término para hacerlo, se señalará la fecha para la celebración de la audiencia especial y, en su caso, para el desahogo de aquéllas. De no requerirse audiencia para la recepción de pruebas, se citará para sentencia interlocutoria dentro de los tres días posteriores. Si se reciben las pruebas en audiencia especial, el juez, después de escuchar los alegatos, dictará la sentencia interlocutoria en el mismo acto o, en su defecto, citará a las partes dentro del mismo término para emitir la resolución respectiva. En todo caso, el juez explicará brevemente la sentencia y sus resolutivos en la audiencia especial o su continuación.

En cuanto al incidente de impugnación de falsedad de documentos deberá promoverse conjuntamente en la contestación de la demanda o la reconvencción, salvo que se impugnen documentos exhibidos en dichos ocursos o con posterioridad. Las pruebas se ofrecerán en la demanda incidental y su contestación, se admitirán en el mismo acuerdo que recaiga a la contestación de la demanda o en el que declare la preclusión del término para hacerlo y se recibirán en la audiencia de juicio, así como se resolverán conjuntamente con la sentencia definitiva.