

29
308



Universidad Nacional Autónoma de México

FACULTAD DE DERECHO

EL ARBITRIO JUDICIAL EN LAS CONTROVERSIAS
DE ORDEN FAMILIAR

T E S I S

Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO

presenta

ABEL PARRALES RONQUILLO

Ciudad Universitaria, México, D. F. 1983.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

**"EL ARBITRIO JUDICIAL EN LAS CONTROVERSIAS
DE ORDEN FAMILIAR"**

	Página
INTRODUCCION - - - - -	VI
CAPITULO I ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ARBITRIO	
JUDICIAL - - - - -	1
A) En el Derecho Romano - - - - -	1
B) En diversos ordenamientos jurídicos - - - - -	13
1. En el Derecho Soviético - - - - -	13
2. En el Derecho Inglés - - - - -	17
3. En el Derecho Norteamericano - - - - -	19
4. En el Derecho Mexicano - - - - -	22
CAPITULO II ANALISIS DE LOS VOCABLOS - - - - -	33
A) El arbitrio - - - - -	33
1. Concepto etimológico - - - - -	33
2. Significado y definición - - - - -	34
3. Concepto de arbitrio judicial - - - - -	37
a) Teoría que niega el arbitrio judicial - - - - -	37
b) Teoría partidaria del arbitrio judicial - - - - -	40
c) Teoría que reconoce al arbitrio judicial como un problema teórico general - - - - -	41
B) Estudio del concepto ' controversias de orden familiar ' - - - - -	45

1. Concepto etimológico - - - - -	45
2. Significado y definición - - - - -	48
3. Concepto de controversias de orden familiar - - - - -	50
CAPITULO III LAS CONTROVERSIAS DE ORDEN FAMILIAR EN EL	
DERECHO MEXICANO - - - - -	53
A) Antecedentes - - - - -	53
B) Controversias a las que hace referencia el Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles - - - - -	58
1. Alimentos - - - - -	59
2. Calificación de impedimentos de matrimonio - - - - -	64
3. Diferencias entre cónyuges sobre administración de bienes comunes y educación de hijos - - - - -	66
4. Oposición de maridos, padres o tutores -	67
5. Otras cuestiones familiares que reclamen la intervención judicial - - - - -	68
C) Procedimiento para dirimir dichas controversias - - - - -	69
1. Conciliación - - - - -	75
2. Recpción y valoración de pruebas - - -	77
3. Intervención del Ministerio Público - - -	80
CAPITULO IV EL ARBITRIO JUDICIAL - - - - -	85
A) El deber de juzgar - - - - -	86

B) Límites del deber de juzgar - - - - -	89
C) La interpretación de las normas procesales y el arbitrio - - - - -	92
CAPITULO V EL ARBITRIO JUDICIAL EN LAS CONTROVERSIAS FAMILIARES - - - - -	100
A) Avances del arbitrio judicial en materia familiar - - - - -	100
B) La voluntad de las partes en las controversias familiares - - - - -	107
C) Casos en los que el juzgador sustituye la voluntad de las partes - - - - -	109
D) Arbitrio y arbitrariedad - - - - -	110
E) Casos en los que debe limitarse el arbitrio judicial - - - - -	112
F) Necesidad de reformar y adicionar el Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal - - - - -	115
CONCLUSIONES - - - - -	124
BIBLIOGRAFIA - - - - -	126

INTRODUCCION

"Es bastante más preferible para un pueblo el tener malas reglas legislativas con buenos jueces, que no malos jueces con buenas reglas legislativas."

Francesco Carnelutti.

Abordar el tema del arbitrio judicial es apasionante, - desde cualquier punto de vista; ello ha dado origen a la aparición de diversas escuelas, teorías, obras, etc. En este trabajo me propongo tratar el tema denominado 'El arbitrio judicial en las controversias de orden familiar', partiendo del derecho romano para reseñar brevemente el arbitrio judicial, en cuanto a sus antecedentes - históricos, desarrollo y evolución, pasando por algunos de los principales sistemas jurídicos contemporáneos, hasta llegar a nuestro derecho procesal.

Hablar del arbitrio judicial implica hablar de otras -- cuestiones en las que éste se refleja, en cuanto a su grado de aplicación, tales como valoración de las pruebas, interpretación e integración de la ley, elección o selección de los funcionarios encargados de administrar justicia, etc. Es un tema tan extenso que sólo puede tratarse brevemente en un trabajo recepcional, no obstante me propongo circunscribirlo, después de hacer algunos antecedentes, a nuestra realidad, relacionándolo específicamente con las controversias del orden familiar en las que se han concedido al juzgador las más amplias facultades otorgadas hasta ahora en esta materia, -

entre las que destaca la de intervenir de oficio en los asuntos -- que afecten a la familia.

Es muy importante que un funcionario tenga amplias facultades para resolver los problemas que se le presenten, pero es más importante la independencia, capacidad experiencia, honorabilidad y especialidad en la materia de que se trate, de la persona que ha de elegirse para depositar dichas facultades.

Por último, debo hacer notar que este trabajo lo llevo a cabo con la valiosa orientación de mis asesores, sin la cual no hubiese sido posible.

Ciudad Universitaria, 1983.

Abel Farrales Ronquillo.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ARBITRIO JUDICIAL

- A) En el Derecho Romano.
- B) En diversos ordenamientos jurídicos.
 - 1.- En el Derecho Soviético.
 - 2.- En el Derecho Inglés.
 - 3.- En el Derecho Norteamericano.
 - 4.- En el Derecho Mexicano.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ARBITRIO JUDICIAL

A) En el Derecho Romano.

La tradición del derecho romano influye en el derecho mexicano por conducto del derecho español, con motivo de la conquista; del derecho francés, también llamado derecho napoleónico, dada la importancia de sus codificaciones; del estudio directo que realizaron generaciones anteriores y de la gran autoridad científica de destacados romanistas alemanes del siglo pasado. Por lo anterior, su estudio se hace necesario, aún cuando sea muy brevemente, en relación con el tema, principalmente del derecho procesal romano.

Dice Floris Margadant (1) que los romanos nunca aislaron el derecho procesal del derecho sustantivo, porque siempre los estudiaron como una unidad. En un principio, se hacían justicia por su propia mano al ejercer sus derechos mediante la violencia ofensiva o defensiva. En tiempos de Augusto se empezó a sancionar penalmente tal procedimiento, y Marco Aurelio añadió otra sanción civil que hizo consistir en la pérdida del derecho que se hubiera intentado imponer por medio de la violencia. El derecho justinianeo también admitía la justicia por propia mano, pero únicamente en forma defensiva, y pone como ejemplo el caso en el que un acreedor persigue a su deudor que huye para burlar a sus acreedores, lo encuentra durante su huida y le arrebató el dinero que le debe. Menciona como otras concesiones a es

(1) Floris Margadant S., Guillermo, Derecho Romano, Octava Edición, - Editorial Esfinge, S. A., México, 1978, Págs. 136-139.

ta forma de hacerse justicia, el principio de que los interdictos para recuperar la posesión eran ineficaces en contra de una persona originalmente desposeída por el ahora despojado; la facultad de cortar las ramas del árbol vecino que crecen sobre nuestra propiedad y la pignoris capio.

Actualmente el recurso a la violencia sólo se tolera en situaciones excepcionales, como en el caso de la legítima defensa. Fuera de las excepciones anteriores, quien se encontraba impedido por otros para ejercer sus derechos, debía recurrir a organismos oficiales, especialmente instalados para "administrar justicia", de orígenes consuetudinarios y religiosos, que se desarrollaron paulatinamente. El derecho de acudir a dichos organismos es el de acción; el camino que va de la acción a la sentencia y su ejecución, es el proceso, y el conjunto de formalidades que deben observarse durante el mismo, es el procedimiento.

Con el sistema de las legis acciones principia el derecho procesal romano que se caracteriza por el simbolismo material, un ritual de pantomimas y palabras consagradas en fórmulas orales. Las legis acciones son cinco: sacramentum, judicis postulatio, condictio, manus iniectio y pignoris capio. Estas acciones no agradaban por rigoristas, porque hacían que el proceso no fuera expedito y porque el juez no podía suavizar su sentencia, debía absolver o condenar, motivo por el que las desplazó el procedimiento formulario. (2)

(2) Bravo González, Agustín, Compendio de Derecho Romano, Novena Edición, Editorial Pax-México, México, 1978, Págs. 161-163.

El sistema procesal romano ha pasado por tres fases históricas: "La de las legis actiones, la del proceso formulario y la del proceso extra ordinem." (3) En las dos primeras fases que Floris -- Margadant une bajo el término de ordo iudiciorum privatorum, hay peculiar separación del proceso en dos "instancias". La primera se desarrollaba ante un magistrado y se llamaba in iure, y la segunda ante un tribunal de ciudadanos o un juez privado y recibía el nombre de in iudicio o apud iudices.

El autor antes citado resume el ordo iudiciorum privatorum como sigue: "En la primera instancia, se determinaba la constelación jurídica del caso; en la segunda, se ofrecían, admitían y desahogaban las pruebas, después de lo cual, las partes presentaban sus alegatos y el juez dictaba sentencia." (4) En este período opera -- una transición entre la justicia privada y la pública. La intervención de la autoridad pública se limitaba a presionar para que el demandado aceptara el arbitraje de un juez privado, vigilar el correcto planteamiento del problema; imponer cierto programa de acción; -- prescribir la sentencia que debía dictarse, según el resultado de la investigación, y dar eficacia a la sentencia, en su caso.

En los primeros siglos de nuestra era, los cristianos acostumbraban someter sus pleites a los obispos para que fungieran como árbitros, costumbre que se desarrolló junto con el cristianismo y que

(3) Ob. Cit., Derecho... Pág. 139.

(4) Ob. Cit., Derecho... Págs. 140-141.

constituyó la jurisdicción eclesiástica en el derecho procesal romano. Durante la Edad Media se limitó la competencia de los tribunales episcopales a "cuestiones canónicas", mismas que abarcaban intereses de viudas, huérfanos, cruzados ausentes, delitos de clérigos, asuntos sucesorios, problemas jurídicos alrededor del matrimonio, - etc. Se puede decir que abarcaba gran parte de lo que actualmente es el derecho familiar.

En el procedimiento oficial romano, la intervención estatal era mínima pero muy importante. En la fase del ordo iudiciorum privatorum, nadie tenía acceso al iudex, sin autorización previa del -- magistrado, mientras que en la fase preclásica, éste daba el permiso, si la reclamación encuadraba en alguna norma de las XII Tablas. Bajo el sistema formulario, autorizaba en los casos previstos en forma general en su álbum anual y cuando opinaba que el actor obraba de -- buena fe y podría tener razón.

La bipartición del proceso es característica del ordo iudiciorum privatorum y daba lugar a la distinción entre los dos conceptos de iurisdictio y iudicatio, que eran la facultad del magistrado para conceder o denegar una actio y la facultad del juez de dictar -- sentencia, respectivamente. La iurisdictio quedaba sujeta a requisitos especiales que determinaban la "competencia". Además de la -- iurisdictio, el magistrado disponía del imperium que le otorgaba facultades discrecionales para denegar acciones o excepciones, imponer stipulationes a las partes, etc.

Por otra parte, los magistrados y los jueces no necesaria-

mente eran juristas, pero, según Floris Margadant, se les exigían -- tres cosas: "...honradez, sentido común y buena voluntad para dejarse orientar por jurisconsultos, sin que los jueces estuvieran obligados estrictamente a las indicaciones respectivas." (5) En la fase extraordinaria del procedimiento romano, desapareció la bipartición del mismo, dando que sólo excepcionalmente se recurría a jueces privados y que, por regla general, el magistrado investigaba los hechos y él mismo dictaba sentencia.

A la caída de la monarquía, los cónsules eran los encargados de la administración de justicia, juntos con los magistrados, -- que en la primera época de la república se llamaban praetores, mismos que frecuentemente se ausentaban de la ciudad debido a las guerras, motivo por el cual hubo necesidad de nombrar un cónsul que no podía ausentarse de la ciudad y que por ello recibió el nombre de -- praetor urbanus, y cuya función era administrar justicia a personas provistas del acceso a las legis acciones. Para litigios entre romanos y extranjeros que no tuvieran acceso a las acciones de la ley, o entre extranjeros, se creó la función del praetor peregrinus. En tales condiciones, la cantidad de praetores aumentó continuamente, -- observándose cierta división de labores entre ellos (praetores urbanus, peregrinus, fideicommissarius, tutelaribus, etc.). Por su parte -- los ediles llevaban a cabo la administración de justicia en los mercados, mientras que en las provincias estaba a cargo de los goberna-

(5) Ob. Cít., Derecho... Pág. 142.

dores y magistrados municipales. La actividad praetoria fue muy importante en la creación del derecho romano; a ella se debe el derecho honorario y la modificación de la práctica jurídica y del sistema romano sustantivo a través de medidas procesales.

Desde el comienzo del imperio surgió, paralelamente a la -- justicia praetoria, la estructura impresionante de la justicia imperial, severamente jerarquizada que culminaba en el emperador o el -- prefecto del pretorio al que se le consideraba como la mano derecha del emperador en asuntos jurídicos. En esa época desapareció la división en dos instancias y tanto la iurisdicció como la iudicatio, -- empezaron a fundirse para anunciar el sistema moderno.

Los jueces romanos eran mandatarios de los magistrados y de las partes al mismo tiempo. Durante las dos primeras etapas de la -- historia procesal romana, el iudex era un simple particular, por lo que en el derecho antiguo, magistrado y juez no son sinónimos, pero en la tercera etapa ambos conceptos se acercan debido a que al suprimir a los jueces privados, el magistrado absorbió la función que venían desempeñando.

En Roma, la autoridad judicial perteneció primero a los reyes y después a los cónsules. Posteriormente fue confiada al praetor peregrinus, encargado de la jurisdicción entre peregrinos o entre ciudadanos y peregrinos. Dice Eugene Petit (6) que llegaron a --

(6) Petit, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial -- Albatros, Traducido de la Novena Edición Francesa por José Fernández González, Buenos Aires, 1970. Pág.

existir dieciocho praetores, la mayoría de ellos con una competencia especial. Al lado de los praetores se unían los ediles con funciones administrativas tales como policía de la ciudad y otras atribuciones relativas a las ventas públicas de esclavos y animales.

Durante el período que Floris Margadant identifica como ordo iudiciorum, Patit distingue dos clases de jueces: los destinados para cada asunto entre los que se encontraban el iudex, el arbiter y los recuperatores, y los permanentes que eran los decenviri stilitus iudicandis y los centunviri. Los primeros eran simples particulares destinados para cada asunto y su misión concluía con la sentencia, mientras que los segundos integraban los tribunales permanentes.

Después de haber visto diversos aspectos del derecho procesal romano, me referiré brevemente a las tres fases históricas de dicho sistema: las acciones de la ley, el proceso formulario y el proceso extraordinario.

Las acciones de la ley constituyen la primera fase histórica del derecho procesal romano. Dice Floris Margadant (7) que: "Se entiende por acciones de la ley, legis actiones, ciertos procedimientos compuestos de palabras y de hechos rigurosamente determinados que debían ser realizados delante del magistrado, bien fuera para llegar a la solución de un proceso o bien como vías de ejecución." Este tipo de procedimiento estuvo vigente durante los primeros seis siglos de Roma, a pesar de su riguroso formalismo, hasta que fueron paulatina-

(7) Ob. Cit., Derecho..., Pág. 157.

mente substituidas por el procedimiento formulario.

El procedimiento formulario, también llamado ordinario, reemplazó a las acciones de la ley y consistía en que el magistrado redactaba una fórmula y la entregaba a las partes, era una especie de instrucción escrita que indicaba al juez la cuestión por resolver y le daba poder para juzgar. Este sistema estuvo en vigor durante todo el período clásico del derecho romano. Por su parte el juzgador se encontraba investido de amplios poderes: decía el derecho; en caso de considerarse fundada la pretensión del demandante, establecía las consecuencias de su declaración; fijaba las restituciones debidas por el demandado y le ordenaba efectuarlas, si no obedecía, le condenaba a pagar una cantidad equivalente. El juez disponía de arbitrio para fijar, antes de condenar, las restituciones que debía operar el demandado. Estas últimas formas recibieron el nombre de acciones arbitrarias y llegaron a extenderse a ciertas acciones personales.

Dice Floris Margadant que durante el procedimiento formulario, menos rígido que el de las acciones de la ley, el praetor tiene autoridad: "La historia nos enseña que este magistrado (refiriéndose al praetor) aprovechó de manera admirable sus nuevas facultades, creando inteligentemente nuevas acciones, excepciones y otras medidas procesales cuando las juzgaba convenientes para obtener una más equitativa administración de justicia." (8)

El procedimiento extraordinario romano se caracterizó por --

(8) Ob. Cit., Derecho... Págs. 153 y 175.

un viraje de lo privado a lo público que se manifestó, según Floris Margadant, "... en el abandono de los principios dispositivo y de congruencia. El proceso era dirigido por una autoridad que ya no tenía por qué apearse a los deseos de los particulares; podía hacer aportar pruebas que las partes no habían ofrecido y dictar una sentencia sin ajustarse estrictamente a las pretensiones del actor." --

(9) Lo anterior ocurre cuando el emperador empieza a asumir todas las funciones del Estado, incluyendo la administración de la justicia.

En el procedimiento extraordinario romano, la antigua costumbre de los juicios orales fue substituida por el procedimiento escrito que resultó más lento y costoso.

En el derecho procesal romano y desde el punto de vista de los poderes del juez, se distinguen las acciones arbitrarias en las que disponía del arbitrium que lo facultaba para fijar equitativamente las satisfacciones debidas por el demandado, antes de pronunciar la condena, ordenándole que las suministrara al demandante. -- Esta fórmula permitía la aplicación del arbitrio judicial al obligar al juez a condenar al demandado únicamente si no restituía, exhibía o pagaba lo reclamado; si el demandado obedecía la orden del juez, era absuelto, de lo contrario era condenado pecuniariamente. Ante tal situación, el praetor crea la fórmula arbitrarie para remediar los inconvenientes de las condenas pecuniarias. Se empieza a apli-

(9) Ob. Cit., Derecho... Pág. 175.

car a la rei vindicatio, luego se extiende a las demás acciones in rem (reales) y a ciertas acciones in personam (personales) como las de dolo, metus causa, ad exhibendum, etc., sin embargo no existe ningún principio general que sirva de guía para determinar las acciones arbitrarias.

El praetor es una figura muy destacada dentro de la administración de justicia en el derecho romano, fue el creador del ius honorarium y a este funcionario puede imputársele que el derecho romano se convirtiera en elemento perenne, inspirador de nuestra cultura jurídica. Dicho magistrado tuvo su máximo esplendor dentro de la fase correspondiente al procedimiento formulario, y no sólo se encargaba de aplicar el derecho, sino que frecuentemente efectuaba una labor integradora.

Por lo que a las pruebas se refiere, en el derecho romano clásico se aplicaba el sistema mixto, pero en la mayoría de los casos el juez tenía la facultad (arbitrio) de valorar las pruebas libremente. Sin embargo, de acuerdo con el principio dispositivo, no podía exigir el desahogo de pruebas que las partes no hubiesen ofrecido. Ya en el procedimiento extraordinario, el legislador obligó al juez a dar cierto valor a determinadas pruebas y exigía, para comprobar ciertos hechos, una determinada cantidad mínima de testigos. Estas condiciones hacen que se pase del sistema libre de prueba al tasado, restringiendo con ello el arbitrio judicial en el sistema formulario que antecedió al extraordinario.

Respecto del procedimiento extraordinario, Floris Margadant lo resume como sigue: "El procedimiento muestra ahora las siguientes fases: la presentación del libellus conventionis, su notificación al demandado, presentación del libellus contradictionis, la cautio iudicio sisti, la notificación del libellus contradictionis al actor, una audiencia con la narratio, la contradictio, el ofrecimiento, admisión o rechazo de las pruebas, el desahogo de las pruebas admitidas, los alegatos y la sentencia." (10)

En resumen, el sistema procesal romano se divide en tres fases históricas que son: las acciones de la ley, el proceso formulario y el proceso extraordinario. Las acciones de la ley o legis actiones, constituyen la primera fase y se caracterizaban por estar sujetas a un riguroso formalismo compuesto de palabras y hechos que -- estuvo vigente durante los primeros seis siglos de Roma.

El proceso formulario constituye la segunda fase del sistema procesal romano, se hacía consistir en una fórmula que redactaba el magistrado y entregaba a las partes, en la que indicaba al juez la cuestión por resolver y le otorgaba poder para juzgar. Se aplicaba el sistema mixto de prueba; el juzgador tenía arbitrio (acciones arbitrarias) y la figura del praetor alcanza su máximo esplendor, al grado de que, con su labor integradora, creó el derecho honorario.

La tercera fase la constituye el procedimiento extraordinario que se caracterizó por un virage de lo privado a lo público; el

(10) Ob. Cit., Derecho... Pág. 178.

emperador asume las funciones del Estado y con ellas la administración de justicia; se pasa al sistema de prueba tasado; el procedimiento ya no es oral sino escrito, lento y costoso y se abandonan -- los principios dispositivo y de congruencia.

La actividad jurisdiccional, dentro del sistema procesal -- romano, se concentraba en el rey, durante la monarquía, pero al caer ésta, los cónsules asumieron dicha función hasta que se creó la pre-tura. Durante el ordo iudiciorum privatorum impartían justicia los praetores urbano y peregrino, así como los ediles curules; en los -- municipios y colonias, los delegados del praetor y los magistrados locales y, en las provincias, el gobernador, sus delegados y los --- questores.

B) En diversos ordenamientos jurídicos.

1.- En el Derecho Soviético. David René (11) dice: "Podemos definirlo como el conjunto de normas sociales que aseguran el imperio de la clase dominante sobre la dominada en todas aquellas de sus relaciones que no podrían mantenerse sin recurrir a la opresión ejercitada por un Estado sólidamente organizado. El Estado es la organización de la clase dominante, mediante la cual ésta asegura su opresión sobre la clase explotada, a fin de salvaguardar sus intereses de clase."

El derecho soviético tiene asignadas tres importantes funciones: La seguridad nacional, mediante la cual es preciso fortalecer y aumentar el poder del Estado para evitar los ataques de los enemigos del régimen; desarrollar la producción sobre la base de los principios del socialismo y destruir en el hombre las tendencias egoístas y antisociales. Funciones de seguridad nacional, económicas y educativas, respectivamente. La garantía de legalidad socialista en la U.R.S.S., la prestan el conjunto de instituciones estatales y la voluntad del pueblo. Está constituida por la armonía existente entre los intereses individuales y la armonía social, y asegurada por la colectivización de los bienes de producción. Hay varias instituciones encargadas de asegurar el principio de legalidad, entre las que destacan tres: La Prokuratura, la Comisión de Control Popular y

(11) David, René, Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos, Segunda Edición Francesa, traducida por Pedro Bravo Gala, Editorial -- Aguilar, Madrid, 1969, Págs. 122-123.

la advokatura.

La Prokuratura soviética es un organismo autónomo, altamente jerarquizado, independiente de todo departamento ministerial y de los soviets locales; su jefe es el único fiscal de la U.R.S.S., mismo que es electo por el Soviet Supremo para un período de siete años. Tiene una doble función: velar en forma por la legalidad soviética y la vigilancia judicial, respectivamente. Dentro de la segunda función tanto en materia civil como penal, desempeña el papel que tiene el Ministerio Público en los sistemas democráticos.

La Comisión de Control Popular es un organismo paralelo a la Prokuratura, dependiente del Consejo de Ministros de la U.R.S.S. Su función es verificar que las decisiones importantes tomadas en la esfera económica, sean efectivamente obedecidas; combatir la tendencia a examinar los problemas desde una perspectiva parcial o local; luchar contra la burocracia, contra los diferimientos; investigar los procedimientos que puedan perfeccionar el funcionamiento de los soviets o de las administraciones de toda especie que existen en la Unión Soviética.

Por su parte, la Advokatura es una corporación profesional soviética que organiza la profesión de abogado y concibe a éste como parte integrante de un equipo formado por él, el juez y el fiscal. Si el abogado está convencido de la culpabilidad de su cliente, no debe tratar de ocultarle al tribunal, debe valerse de todos los medios existentes para atenuar su culpabilidad, sin perder de vista el interés de la sociedad. El abogado soviético es un auxiliar de la justi-

cia y un servidor de la legalidad socialista.

En el derecho soviético, la interpretación de la ley debe ser lógica, dándose a los textos el sentido que les corresponde; debe llevarse a cabo a la luz de la doctrina marxista-leninista. También se habla de una interpretación auténtica y se critican los excesos de la Escuela del Derecho Libre. David René, autor consultado para el desarrollo de este tema, sostiene que los tribunales soviéticos se encuentran organizados jerárquicamente como sigue: Tribunal Supremo de la U.R.S.S., Tribunal Supremo de las Repúblicas, Tribunales de los territorios y de las provincias, Tribunales Especiales y Tribunales Populares; que los tribunales de primera instancia están integrados por uno o varios jueces y asesores populares, mientras que en instancias superiores sólo hay jueces.

Los jueces soviéticos son designados por elección; los que integran los Tribunales Populares son electos por sufragio universal y directo, mientras que en todos los demás casos los eligen los soviets correspondientes. En los tribunales prevalece el principio de colegialidad, excepto en el caso de los tribunales populares, en los que el juez actúa en presencia de asesores populares, quienes son electos por sufragio universal o por los soviets, tienen semejanza con los jurados y están situados en plena igualdad con el juez.

Dice David René (12) que la Constitución de la U.R.S.S. establece que los jueces son independientes y están sometidos únicamente

(12) Ob. Cit., Págs. 142-186.

te a la ley; que el tribunal es un instrumento en manos de la clase gobernante para asegurar su doctrina y proteger sus intereses, y que la independencia de los jueces, en un país que proclama el principio de concentración del poder estatal en el Soviet Supremo, no tiene nada que ver con la búaqueda de un equilibrio en el que el poder judicial frenase al legislativo.

Para Eduardo Couture (13), las instituciones procesales del derecho soviético son análogas a las del derecho romano occidental, ya que la diferencia radica en la insólita extensión de los poderes del juez soviético, característica común en todos los procesos revolucionarios.

Considero que el juez soviético está investido de un amplio arbitrio que le concede la constitución, con el objeto de que el tribunal sea el instrumento que asegure la doctrina y proteja los intereses de la clase gobernante.

Ovalle Favela (14) dice que el sistema procesal socialista presenta modificaciones o excepciones al principio dispositivo; que en la Unión Soviética la acción civil ejecutiva puede ejercitarse -- por la parte interesada y por la Prokuratura; que la prescripción puede ser tomada en cuenta de oficio por el juez quien puede resolver -

(13) Couture J., Eduardo, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Tercera Edición (póstuma), Buenos Aires, 1969, ---- Pág. 18.

(14) Ovalle Favela, José, Derecho Procesal Civil, Colección Textos - Jurídicos Universitarios, México, 1980, Págs. 16-20.

ultra petita; que rigen los principios de oralidad, inmediatividad y concentración procesales. El principio de legalidad impone al juzgador el deber, no sólo de observar las leyes, sino también de ajustarse a la verdad objetiva.

2.- En el Derecho Inglés. David René (15) sostiene que el derecho inglés es típicamente jurisprudencial y ha conservado rasgos originales; que la ley ha venido desempeñando un papel secundario, limitándose a realizar una función correctora o complementaria de la jurisprudencia; que su estructura se niega a identificar la obra de su legislador con los códigos y leyes del continente, y que actualmente jurisprudencia y ley ocupan un primer plano, respecto de las demás fuentes del derecho.

En Inglaterra los tribunales de justicia representan un auténtico poder. En ellos se elaboró el Common Law y la Equity, así como el actual derecho inglés. Los tribunales antes citados tienen la doble función de elaborar y administrar el derecho, determinando su procedimiento mediante reglamentos procesales elaborados por jueces y hombres de toga o por el Canciller.

El poder judicial inglés tiene la misma dignidad e importancia que los otros poderes; su existencia e independencia se conciben como condiciones sine qua non del respeto de las libertades y del buen funcionamiento de las instituciones, a cuya creación han contribuido ampliamente los tribunales a lo largo de la historia. La for-

(15) Ob. Cit., Págs. 285-286.

mas en que los jueces son recibidos en sus giras y los medios con que cuentan los tribunales para hacer respetar sus mandatos, son testimonio de la voluntad de los ingleses para mantener el prestigio de sus tribunales. En el derecho inglés no hay Ministerio Público; el poder judicial se concentra en los jueces de la Supreme Court of Judicature, rasgo típico del sistema inglés que lo distingue de los países de Europa y de los Estados Unidos, y el reclutamiento y formación de los juristas, depende de instituciones que funcionan bajo el control exclusivo de la autoridad judicial.

La Supreme Court of Judicature es el organismo por excelencia encargado de elaborar y desarrollar el Derecho Inglés, por lo que sólo sus decisiones, juntas con las que envían de la Cámara de los Lores, constituyen precedentes vinculantes. La jurisprudencia que emiten los tribunales antes citados descubre y aplica las normas jurídicas y éstas deben obedecerse, so pena de destruir toda certidumbre y de poner en peligro la propia existencia del Common Law.

En el Derecho Inglés la sentencia se reduce a una sencilla cláusula dispositiva que da a conocer la solución dada por el juez al litigio. Los jueces ingleses no tienen que motivar sus decisiones, pues ello podría constituir una ofensa a su dignidad; se limitan a expedir mandatos sin tener que justificarlos, pero al margen de la decisión judicial, existe la costumbre de que el juez exponga las razones de su decisión con el objeto de instruir a los estudiantes de Derecho.

De acuerdo con David René, se puede concluir: que el Dere--

cho Inglés no es consuetudinario sino jurisprudencial; que actualmente la ley ocupa el segundo lugar como fuente del derecho, después de la jurisprudencia; que conserva la regla del precedente, pero ésta se adapta a las necesidades de la época; que el Common Law no es el derecho nacional, sino la herencia común de las naciones de lengua inglesa; que su poder judicial es independiente y centralizado; que los tribunales ingleses tienen la doble función de elaborar y administrar el Derecho y que los jueces no tienen que motivar sus resoluciones o sentencias. (16)

3.- En el Derecho Norteamericano. David René (17) dice que el Derecho de los Estados Unidos pertenece a la familia del Common Law, debido a la influencia de los colonos ingleses; que en un principio el Common Law fue rechazado pero, a medida que la condición de vida de los colonos fue mejorando, empezaron a aceptarlo, hasta que triunfó en el siglo XIX, debido a la lengua inglesa y al origen inglés de los primeros asentamientos. Agrega que el Derecho de los Estados Unidos no puede ser el Derecho Inglés, porque a ambos los separa la distancia entre la civilización americana y la inglesa, a pesar de que, tanto uno como el otro, pertenecen a la familia del Common Law, existen marcadas diferencias entre sí, ya que mientras Inglaterra es una monarquía parlamentaria, con una administración de justicia muy centralizada, una población reducida en número, tradi-

(16) Ob. Cit., Págs. 304-307.

(17) Ob. Cit., Págs. 309-339.

cional y con homogeneidad étnica, los Estados Unidos es una república federal, presidencialista, de heterogeneidad étnica, población numerosa y liberal, diferencias que le dan originalidad al Derecho de los Estados Unidos.

Los jueces americanos son de dos categorías: federales y estatales, los primeros son electos por el gobierno entre los abogados que cuentan con gran experiencia y cierta fama; su nombramiento es vitalicio; la mayoría de los jueces de las jurisdicciones de los estados son electos mediante el sufragio universal; los actuales jueces americanos son personalidades que gozan del favor del público y cuya independencia, moralidad y competencia se reconocen generalmente.

Por su parte, Berman (18) reconoce plenamente que el Derecho Norteamericano tiene su origen inmediato en el Derecho Inglés, - por razones históricas de colonización. Como consecuencia de la aplicación del Derecho Inglés en las tierras colonizadas por Inglaterra, los tribunales y legislaturas coloniales podían hacer algunas adaptaciones, por lo que el Derecho Norteamericano, desde el principio se caracterizó por la iniciativa y libertad de acción de los jueces y legisladores. Por lo anterior, es inevitable que los jueces tomen parte en la creación del derecho al aplicarlo.

En un régimen como el de los Estados Unidos, es prudente -- que los jueces tengan una participación en el poder y, en esas condi

(18) Berman J. Harold, Diversos Aspectos del Derecho en los Estados Unidos, Editorial Letras, S. A., México, 1965, Págs. 7-32.

ciones, toda sentencia judicial contribuye a crear el derecho para el futuro.

En los Estados Unidos de Norteamérica, las condiciones de vida y las instituciones gubernamentales han conferido a los jueces facultades y poderes más amplios que en Inglaterra, y posiblemente, que en cualquier otra sociedad madura de los tiempos modernos. Los jueces pueden fallar los casos parecidos de manera parecida y los precedentes judiciales son patrones de acción y contribuyen a limitar el poder del juzgador. El juez está obligado, si se le exige, a dar públicamente las razones de sus decisiones.

Tomando en cuenta la confianza que debe depositarse en los jueces norteamericanos, su elección cobra suma importancia. En consecuencia, los jueces de los tribunales federales y la tercera parte de los de los estados, son designados por el Presidente de los Estados Unidos o el gobernador del estado en cuestión, mientras que en las otras dos terceras partes de los estados, son electos por votación popular. Por otra parte, en el sistema federal y en algunos estados de la unión, los jueces son nombrados con carácter vitalicio.

La importancia que tiene la elección de los jueces en los Estados Unidos, se desprende de los métodos que se usan. Para llegar a ser juez se requiere haber realizado actividades satisfactorias, principalmente dentro de la profesión judicial. Esto significa que cuando una persona recibe el cargo de juez, debe tener una edad madura y una experiencia heterogénea dentro de la sociedad. Dicho cargo es de los más honorables, respetados y de prestigio dentro

de la comunidad en que viven.

Por último, Etkin (19) sostiene que en Inglaterra y los Estados Unidos existen tribunales de equidad, basados en que el derecho objetivo se produce más en las costumbres y en las sentencias -- que en la ley, y que el pueblo inglés no teme al arbitrio judicial, porque la sentencia representa, para ellos, la sabiduría de una personalidad capaz de proceder con la mayor justicia, principio que se encuentra atemperado por la obligatoriedad de la aplicación de la -- sentencia a los casos análogos.

4.- En el Derecho Mexicano. Siguiendo principalmente a --- Floris Margadant (20), empezaré por referirme a los aspectos más importantes del derecho de los mayas y de los aztecas, por tratarse de las dos culturas que más destacaron en el terreno jurídico, de acuerdo con la información existente.

En el derecho maya de familia, el matrimonio era monogámico, pero frecuentemente se presentaba una especie de poligamia sucesiva. Existía una fuerte tradición exogámica, ya que dos personas - del mismo apellido no debían casarse; el novio entregaba a la familia de la novia ciertos regalos; la herencia se repartía entre la -- descendencia masculina; cada familia recibía una parcela para su uso

(19) Etkin M. Alberto, Ensayos y Estudios de Filosofía Jurídica y de Derecho Procesal Civil y Criminal,

(20) Floris Margadant S., Guillermo, Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, Textos Universitarios, Primera Edición, U.N.A.M., México, 1971, Fágs. 14-26.

personal y el papel de la mujer en la familia no era prominente, --- pues se dice que no podía entrar a los templos ni participar en los ritos religiosos.

En cuanto al derecho penal de los mayas, éste era severo. El marido ofendido podía optar entre el perdón y la pena capital del ofensor; la violación y el estupro también eran castigados con la -- pena capital; en caso de homicidio intencional se aplicaba la pena - del talión; el robo se sancionaba grabando en la cara de los ladro-- nes el símbolo del delito; distinguieron entre dolo e imprudencia y aplicaban la pena de muerte en el primer caso y la obligación de in demnizar en el segundo. El juez local decidía y los tupiles ejecu-- taban la sentencia inmediatamente.

Los aztecas formaban un pueblo de agricultores; estaban or-- ganizados en calpullis y éstos tenían tierras repartidas en parcelas y otras que cultivaban comunmente. Los tributos generalmente eran producto de la guerra y dieron lugar a una administración fiscal, en especie, que los conquistadores calificaron como sorprendentemente - eficaz, organizada en forma de pirámide y a cargo de los calpixqui, cuya deshonestidad era castigada con la pena de muerte.

El imperio azteca estaba integrado por clases sociales: - La nobleza que era hereditaria y que incluso fue reconocida por la Corona Española, después de la conquista; los sacerdotes, que se -- dedicaban al culto y a la educación; los comerciantes, clase que -- ocupaba un lugar privilegiado debido a que tenían sus propios tri--

bunales que estaban compuestos o integrados por 10 o 12 jueces; los artesanos; los agricultores ordinarios; los mayeques y los esclavos.

El matrimonio, entre los aztecas, era esencialmente polígámico, dentro de la nobleza, y su celebración era un acto formal que podía llevarse a cabo bajo condición resolutoria o por tiempo indefinido; el divorcio era posible con intervención de autoridades y el cónyuge culpable perdía la mitad de sus bienes, los hijos quedaban con el padre y las hijas con la madre; predominaba el sistema de separación de bienes; la patria potestad terminaba con el matrimonio de los hijos sujetos a ella y, en materia de sucesiones, la línea masculina excluía a la femenina.

El derecho penal azteca era muy sangriento. La pena de muerte era la sanción más corriente dentro de las normas legisladas, y su ejecución generalmente pintoresca y cruel. Existían otras penas como la caída en esclavitud, la mutilación, el destierro temporal o definitivo, la pérdida de ciertos empleos, la destrucción de la casa o el encarcelamiento en prisiones. Las lesiones y la rifa sólo daban lugar a indemnizaciones. También observaban un gran rigor en su conducta sexual, pues castigaban con la pena de muerte la incontinencia de sacerdotes, la homosexualidad, la violación, el estupro, el incesto y el adulterio.

Dice Floris Margadant, refiriéndose a la organización forense de los aztecas y texcocanos: "Hubo una jerarquía de tribunales aztecas comunes, desde el teuctli, juez de elección popular, anual, competente para asuntos menores, pasando por un tribunal de tres ---

jueces vitalicios, para asuntos más importantes nombrados por el --- Cihuacóatl, hasta llegar, mediante un sistema de apelación, al tribunal del monarca que se reunía cada 24 días." (21)

El procedimiento azteca era oral, pero algunas veces se levantaba un protocolo mediante jeroglíficos. Las principales sentencias fueron registradas en pictografías y luego conservadas en archivos oficiales. El proceso no podía durar más de 80 días, y es posible que los tepantlatoanis que en él intervenían, correspondieran a los actuales abogados. Las pruebas principales eran la testimonial, la confesional, las presunciones, los careos, a veces la documental (se dice que hubo mapas con linderos, etc.) y posiblemente el juramento libertario.

Floris Margadant, refiriéndose a la organización forense -- de los aztecas y texcocanos, dice: "En Texcoco la situación era distinta. Allí, el palacio del rey contenía tres salas con un total de doce jueces, designados por el rey, para asuntos civiles, penales y militares de cierta importancia (con apelación ante el rey con dos o tres nobles). Además hubo un número de jueces menores distribuidos sobre todo el territorio, y hubo tribunales de comercio en los mercados." (22)

De la transcripción anterior se desprende que gran parte de la labor de los reyes aztecas y texcocanos, la dedicaban a los asun-

(21) Ob. Cit., Introducción... Págs. 24-25.

(22) Ob. Cit., Introducción... Pág. 25.

tos jurídicos.

El derecho precortesiano ha sobrevivido, en algunas regiones de México, en las que diversos grupos indígenas sintieron poco la influencia de la civilización española, y aún siguen marginados, donde todavía se observan prácticas jurídicas consuetudinarias. La organización del ejido colonial (comunal) o moderno, con sus parcelas individuales, es posible que se haya originado en las tradiciones arraigadas de la época precortesiana.

Se puede resumir la administración de justicia civil azteca como sigue: Los procedimientos eran orales, rápidos, carentes de -- tecnicismos, con una defensa limitada, con aplicación de un amplio arbitrio judicial y penas muy crueles, ya que los juzgadores, en determinados negocios mercantiles, podían imponer hasta la pena de --- muerte, misma que se ejecutaba en el acto. Las pruebas más impor--- tantes eran la confesional y la testimonial resultando decisiva la - primera.

Nuestra legislación es de origen latino porque procede del derecho romano y del canónico, del antiguo derecho español, de la -- legislación germánica y aún del derecho moderno francés y del italiano. Recibe la influencia del derecho antiguo español, principalmente del Fuero Juzgo y de las Siete Partidas; del moderno influyen las Leyes de Enjuiciamiento Civil Español de 1855 y 1881. Es hasta el 4 de mayo de 1857 cuando se expide la Ley que Arregla los Proce-- dimientos Judiciales en los Tribunales y Juzgados del Distrito y Te-

territorios Federales. Esta ley, a pesar de que no tiene categoría de código, concede al juzgador un arbitrio más amplio que las anteriores. Lo faculta para prevenir que se presenten los escritos de réplica y dúplica, pero si no los considera necesarios, proveerá el auto que corresponda al estado del juicio, luego lo recibirá a prueba, si el negocio lo requiere, o dictará la sentencia definitiva. Puede abrir el pleito a prueba por el término que crea prudente. En dicha ley no se determinan los medios de prueba, de donde se desprenden las amplias facultades del juez al respecto.

El 13 de agosto de 1872, Don Sebastián Lerdo de Tejada, expidió un Código de Procedimientos Civiles para que se observara en el Distrito Federal y Territorios de la Baja California, documento que se convierte en el primer código procesal dentro de nuestro derecho positivo mexicano. En este código se estableció un sistema de prueba mixto y el arbitrio judicial, aunque restringido, se deja ver principalmente en la facultad que se concede al juzgador de recibir el juicio a prueba, a solicitud de las partes o de oficio, siempre que él lo estime necesario; también puede promover el cotejo de documentos y el reconocimiento judicial; etc.

El Código de Procedimientos Civiles de 1880, expedido por el General Porfirio Díaz, resultó una copia del de 1872, toda vez que solamente fueron cambiados los números de los preceptos, se agregó el capítulo correspondiente a las tercerías y se enumeraron los juicios que debían tramitarse sumariamente. Por las razones anterio

res, en este ordenamiento el arbitrio judicial sigue siendo tan res
tringido como en el de 1872.

El Código de Procedimientos Civiles de 1884, expedido por el entonces Presidente de la República, Don Manuel González, difiere en mucho de los dos que le precedieron, principalmente en cuanto a su contenido sistemático. Conserva la facultad del juez de abrir el juicio a prueba, a petición de parte o de oficio, si lo estima necesario, y adopta el sistema mixto de prueba, ya que como los de 1872 y 1880, prevé la mayor parte de los medios de prueba.

El Código de Procedimientos Civiles de 1932, expedido por el Presidente Don Pascual Ortiz Rubio el 29 de agosto de 1932, ha estado vigente desde el día primero de octubre del año antes citado hasta la fecha. Es superior al que le precedió, en todos aspectos; introduce un título especial sobre la justicia de paz y ha sido objeto de múltiples reformas, adiciones y supresiones entre las que destacan: la introducción de la caducidad de la instancia (artículo 137 bis); la supresión de los escritos de réplica y dúplica; la obligación del juez, en los juicios de alimentos, de fijar una pensión alimenticia provisional a petición del actor y sin audiencia del demandado, en favor del primero, que durará hasta que se resuelva el fondo del juicio; se introduce la recusación sin expresión de causa; se faculta al juez para que deseche las pruebas que no hayan sido relacionadas, en forma precisa, con los hechos controvertidos. Por decreto publicado el 14 de marzo de 1973, nuestro código procesal vi-

gente es objeto de nuevas reformas, adiciones y derogaciones importantes que vienen a dar mayor dinamismo a los procedimientos civiles, destacando entre ellas la adición del Título Décimosexto, Capítulo Unico. De las controversias de orden familiar.

Dice Froylán Bañuelos Sánchez que nuestro código de 1932, - ha sido sumamente elogiado por distinguidos procesalistas extranjeros, debido a su orientación científica-modernista; luego agrega -- que con todas las reformas, adiciones y derogaciones de las que ha sido objeto "...obvio es que se dan nuevos giros a la dinámica de -- los procedimientos civil-contenciosos en el Distrito Federal..."

(23)

De acuerdo con Alcalá Zamora (24), en nuestro derecho procesal civil, los poderes del juez se encuentran limitados en algunos casos, como cuando tiene que atenerse a una cuestión pre-judicial -- pronunciada por un órgano jurisdiccional distinto, cuando la valoración de la prueba se basa en reglas legales, y en materia de plazos, cuando los legales predominan sobre los judiciales y con mayor amplitud sobre los convencionales, toda vez que el legislador establece -- reglas para los casos no previstos en el código. No obstante lo --- anterior, el juzgador puede actuar de oficio, entre otros casos, al examinar la personalidad de las partes, investigar acerca de la ----

(23) Bañuelos Sánchez, Froylán, Práctica Civil Forense, Quinta Edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1978, Págs. 15 y 19.

(24) Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, Derecho Procesal Mexicano, -- Tomo I, Editorial Porrúa, S. A., México, 1977, Págs. 386-402.

existencia de las piezas de autos desaparecidas, rechazar recursos notoriamente frívolos, desechar incidentes ajenos al negocio principal y rechazar documentos extemporáneos, aclarar la sentencia, -- inhibirse cuando se considere incompetente, excusarse cuando exista inhabilidad, prevenir al actor para que aclare su demanda, ordenar pruebas, invocar hechos notorios, declarar que causan ejecutoria -- las sentencias, etc.

En nuestro derecho procesal civil el juzgador dispone de -- cierta libertad para aplicar la norma al caso concreto. En ocasiones tiene opción de escoger entre dos o más alternativas, como en -- el nombramiento de árbitros, auxiliares, órganos parajudiciales, -- encargados, representantes, terceros, etc.; en remociones, cuando -- el nombrado no cumple con el cargo o no llena los requisitos para -- su desempeño; en determinaciones de alcance económico; en modera-- ción prudencial de cantidades; en determinaciones de índole tempo-- ral, etc.

En relación con las pruebas, el juzgador está facultado --- para admitirlas, ordenarlas, ejecutarlas y apreciarlas. Puede dese-- char las que no tengan relación con la litis planteada o que no --- sean idóneas para acreditar las acciones o excepciones de que se -- trate; reducir el número de testigos; ordenar pruebas, compeliendo -- a terceros para que exhiban documentos o cosas con fines probato--- rios; decretar su recepción en forma oral o escrita; calificar pre-- guntas y posiciones, interrogar libremente a las partes, si así lo

desea, etc.

En relación con nuestro sistema probatorio, dice Alcalá Zamora: "Quizás el mayor defecto de los códigos procesales mexicanos, lo mismo civiles que penales, estriba en el régimen tasado que mantienen para la apreciación de la prueba. En efecto, lejos de haber adoptado alguno de los sistemas de valoración judicial a posteriori, ya fuese el de libre convicción o mejor aún, el de sana crítica, el enjuiciamiento mexicano sigue contra viento y marea, aferrado a uno extrajudicial a priori, de ascendencia medieval." (25)

No estoy de acuerdo con la afirmación anterior, porque considero que nuestros códigos procesales adoptan el sistema mixto de prueba, ciertamente con mayor inclinación hacia el tasado, pues el mismo autor acepta la aplicación del arbitrio judicial en el testimonio de tercera, la pericia, las pruebas científicas y las presunciones humanas.

Dentro de nuestro código procesal existen otros casos en los que se deja ver el arbitrio del juzgador, tales como calificaciones, apreciaciones (autorizaciones y homologaciones) exhortaciones, etc.

De acuerdo con el Código de Procedimientos Civiles vigente, el juzgador está facultado para exhortar y avenir a las partes, en cualquier etapa del procedimiento (Art. 55); puede recibir el juicio

(25) Ob. Cit., Derecho Procesal... Pág. 403.

a prueba, si lo estima necesario, aunque los litigantes no lo hayan solicitado (Art. 277); puede valerse de cualquier medio de prueba -- para conocer la verdad, con la única limitación de que no estén ---- prohibidas por la Ley ni sean contrarias a la moral; puede decretar, en todo tiempo, la práctica o ampliación de cualquier diligencia --- probatoria, siempre que sea conducente para el conocimiento de la -- verdad sobre los puntos cuestionados (Art. 279); puede invocar los - hechos notorios aunque no hayan sido alegados por las partes (Art. - 286); puede interrogar libremente a las partes sobre los hechos o -- circunstancias que sean conducentes para averiguar la verdad (Art. - 318); puede cotejar, por sí mismo los documentos ofrecidos como prue- ba, después de oír a los peritos y apreciar el resultado conforme a las reglas de la sana crítica, sin tener que sujetarse al dictamen, - e incluso, ordenar que se repita el cotejo; preguntar a los testigos y a las partes lo que estime conducente para investigar la verdad -- sobre los puntos controvertidos (Arts. 366, 392 y 395); valorar, se- gún su arbitrio, los dictámenes de peritos, las pruebas testimonia- les (Art. 419), las presunciones humanas, las fotografías y demás -- pruebas científicas (Arts. 420 y 423), y por si lo anterior fuera -- poco, el artículo 424 admite la valoración de las pruebas según las reglas de la sana crítica, ya que el juzgador puede, mediante el en- lace interior de las pruebas rendidas y de las presunciones forma- das, adquirir convicción distinta respecto de los hechos materia --- del litigio.

CAPITULO II

ANALISIS DE LOS VOCABLOS

A) El arbitrio.

- 1.- Concepto etimológico.
- 2.- Significado y definición.
- 3.- Concepto del arbitrio judicial.
 - a) Teoría que niega el arbitrio judicial.
 - b) Teoría partidaria del arbitrio judicial.
 - c) Teoría que reconoce al arbitrio judicial como un problema teórico general.

B) Estudio del concepto 'controversias del orden familiar'.

- 1.- Concepto etimológico.
- 2.- Significado y definición.
- 3.- Concepto de controversia del orden familiar.

CAPITULO II

ANALISIS DE LOS VOCABLOS

A) El arbitrio.

1.- Concepto etimológico. Según el Diccionario de la lengua Castellana (26), la palabra 'arbitrio' viene del latín arbitrium y tiene las acepciones siguientes: "Facultad que tenemos de adoptar una resolución con preferencia a otra. Medio extraordinario que se propone para el logro de algún fin. Juicio o sentencia del juez árbitro. Derechos que muchos pueblos imponen sobre ciertos géneros o ramos, para satisfacer sus cargas o cubrir sus gastos."

De acuerdo con Guillermo Cabanellas (27), arbitrium es una voz latina que se traduce al castellano como arbitrio, palabra que tiene las siguientes acepciones: Causa en la que el magistrado romano disponía de facultades amplias para resolver (pone como ejemplo las acciones de buena fe). Facultad de resolver eligiendo entre varias decisiones posibles. Potestad, poder. Autoridad para obrar. Voluntad meramente caprichosa o apasionada. Sentencia arbitral.

Según el Diccionario Enciclopédico Espasa, etimológicamente la palabra arbitrio viene del latín arbitrium, y se traduce al castellano con las siguientes acepciones: "Facultad de adoptar una

(26) Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Castellana, -- Décima Cuarta Edición, Imprenta de los Sucesores de Hernando, Madrid, España, 1914, Pág. 87.

(27) Cabanellas, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, -- Quinta Edición, Ediciones Santillana, Madrid, 1963, Pág. 209.

resolución con preferencia a otra. Autoridad, poder. Voluntad no gobernada por la razón, sino por el apetito o capricho. Medio extra ordinario que se propone para el logro de algún fin. Juicio o sentencia de juez árbitro. Derechos e imposiciones con que se arbitran fondos para gastos públicos, por lo general municipales." (28)

Como se puede observar, de las obras consultadas, prácticamente todos sus autores coinciden en las diversas acepciones del vocablo arbitrio, desde el punto de vista etimológico.

Resumiendo lo anterior se puede decir que, etimológicamente, la palabra arbitrio viene del latín arbitrium y tiene diversas acepciones, pero que solamente tienen relación directa con este trabajo las que se refieren a la facultad de adoptar una resolución con preferencia a otra y la que lo identifica como autoridad o poder.

2.- Significado y definición. Hasta ahora solamente me he referido en forma breve a la palabra arbitrio, desde el punto de vista etimológico, por lo que a continuación trataré sobre el significado y definición del término 'arbitrio judicial'. Según el Diccionario de la Lengua Castellana, es la facultad que suele darse a los jueces y tribunales para la apreciación de las pruebas o imposición de penas en procesos criminales, según su conciencia y el conjunto de indicios que arrojen las actuaciones. Por otra parte, dice que es la facultad que tiene el juez para decidir los casos omitidos o -

(28) Diccionario Enciclopédico Espasa, Tomo 3, Octava Edición, Editorial Espasa Calpe, S. A., Madrid, 1979, Págs. 7-8.

no claramente contenidos en las leyes. (29)

Para Eduardo Pallares (30), arbitrio judicial es la facultad de que gozan los jueces y magistrados para apreciar, según las reglas de la sana crítica, determinadas pruebas, y fallar de acuerdo con los dictados de su conciencia, sin atenerse al rigor del derecho escrito.

Guillermo Cabanellas (31), habla del arbitrium iudicis, dice que es una locución latina que se traduce al castellano como arbitrio judicial y que, durante el procedimiento formulario romano, --- es la fijación por el juez, de conformidad con el arbitrio o libertad que la fórmula le permitía, de la prestación que el demandado debía efectuar a favor del actor, a fin de eludir la condena pecuniaria. En el procedimiento extraordinario, se entiende como la facultad de apreciación judicial, es decir, el arbitrio judicial tal como se entiende en la actualidad.

El mismo autor antes citado, define al arbitrio judicial -- como la facultad discrecional que se concede al juez para decidir, -- cual si fuera legislador, en los casos no resueltos por la ley o en ella contenidos de manera dudosa. (32) Aristóteles quería que las -

(29) Ob. Cit., Pág. 87.

(30) Pallares, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Sexta Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1970, Pág. 102.

(31) Ob. Cit., Pág. 102.

(32) Ob. Cit., Pág. 209.

leyes dejasen poco al arbitrio del juez, aún comprendiendo la imposibilidad de que abarcaran todas las situaciones. El arbitrio del juez realmente está regulado por el Derecho, por la ciencia del derecho que le da la norma. Si el arbitrio fuera absolutamente libre, se incurriría fácilmente en la arbitrariedad. El arbitrio judicial se basa esencialmente en la razón y en la equidad.

En asuntos penales, el juez determina la cuantía de la pena dentro de los límites mínimo y máximo que fija la ley, quedando en ocasiones a su arbitrio, la posibilidad de sancionar o no un delito. En materia civil, los jueces y tribunales disponen de facultades más o menos amplias para apreciar las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica. La tendencia actual es ampliar cada vez más el arbitrio judicial, actitud que tiene pleno desarrollo, principalmente en las materias penal y del trabajo. En el primer caso, permite al juzgador desenvolverse entre el mínimo y el máximo de la sanción establecida en la norma, y apreciar, sin rigor matemático, todas las agravantes y atenuantes, mientras que en el segundo, la autoridad puede basarse en la equidad al dictar el fallo. (33)

Según el Diccionario Enciclopédico Espasa, el arbitrio judicial es la facultad que se deja a los jueces para la apreciación de las circunstancias que la ley no prevé (34). En mi concepto, esta definición resulta muy restringida, puesto que únicamente hace re

(33) Ob. Cit., Pág. 209

(34) Ob. Cit., Págs. 7-8.

ferencia a los casos en los que existen lagunas de la ley, además de que sólo habla de los jueces cuando existen otros funcionarios encargados de impartir justicia.

Considero que el concepto más completo, respecto del término arbitrio judicial, dentro de los hasta ahora analizados, es el de Eduardo Pallares, porque se refiere a la facultad de jueces y magistrados para apreciar, según las reglas de la sana crítica, determinadas pruebas, y para fallar de acuerdo con los dictados de su conciencia, por lo que se puede concluir que es el que más se ajusta a las necesidades y al significado que tiene en la actualidad el término - arbitrio judicial.

3.- Concepto del arbitrio judicial. El arbitrio judicial - siempre ha llamado la atención de juristas y jus-filósofos, por tratarse de una facultad que tiene el juzgador para realizar actos creadores de derecho. Al respecto se han formado tres teorías: a) La -- que niega el arbitrio judicial; b) la partidaria del arbitrio judicial que también se conoce como Escuela del Derecho Libre y, c) la -- que lo reconoce como un problema teórico general.

a) Teoría que niega el arbitrio judicial. Esta teoría se - desarrolla e inspira en el absolutismo, sistema en el que el Estado está representado por el monarca y de éste depende el juzgador al -- que nombra y remueve a su arbitrio. El juzgador se concreta a aplicar la ley en la que se encuentra previsto todo, y en caso de duda, es el monarca o su representante el que la interpreta, por lo que una actitud contraria del funcionario encargado de impartir justicia,

constituye el delito de lesa majestad.

Esta teoría se funda en que el arbitrio judicial es un peligro para la seguridad jurídica; se desarrolla dentro del absolutismo del monarca pues como ya dije, él es quien nombra y remueve libremente al juzgador, además de que puede interpretar la ley en forma "auténtica". Posteriormente, ya dentro del sistema de la división de poderes, el absolutismo del rey se convierte en absolutismo legal hasta que el liberalismo político permite la aparición del arbitrio judicial, pero esto sucede hasta que la realidad derrota a esta doctrina. (35)

Bajo el absolutismo legal aparece la separación de poderes, auspiciada por el liberalismo político, pero se traslada todo a la ley a la que se identifica con el Derecho. El juez es un magistrado que debe resolver según su ciencia y su conciencia, con una independencia que garantiza la separación de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. Cada poder tiene su función y el juez se limita a transformar el mandato abstracto del legislador en una decisión concreta. La ley se convierte en omnipotente y sustituye al absolutismo del monarca.

Tanto Justiniano como Napoleón pretenden prever todos los casos posibles dentro de la ley y consecuentemente, que su codificación sea la máxima racionalización de la vida jurídica. Justiniano, mediante su famosa codificación, pretende la suma de todo el pensa-

(35) Enciclopedia Jurídica Omba, Tomo I, Editorial Bibliográfica - Argentina, S.R.L., Buenos Aires, Págs. 758-760.

miento jurídico anterior para llegar a sentar un final definitivo. -
"Una concordia, una consequentia: así concebía su obra el emperador;
sólo la observación superficial podía descubrir en ella lagunas o --
contradicciones...", afirma Radbruch. (36)

Napoleón, por su parte, dentro de su código intenta regla--
mentar casuísticamente toda la vida jurídica, pero posteriormente su
obra no logra su objetivo y el emperador resume todo su pensamiento
al respecto cuando considera perdido su código debido a la aparición
de los primeros comentarios sobre el mismo.

Esta teoría que niega el arbitrio judicial como instancia -
que integra el acto propio del juez en cada caso que resuelve, lo --
reconoce excepcionalmente en los casos de insuficiencia o deficien--
cia. Sus seguidores argumentan principalmente que al reconocer el -
arbitrio judicial se destruye la seguridad jurídica; identifican to--
do derecho con la ley; piensan que todos los casos están previstos -
por la ley y convierten al juez en un autómatas intelectual que cuan--
do dicta sentencia sólo aplica la ley casi en forma mecánica. Se --
puede resumir esta teoría como aquella doctrina tradicional, inspi--
rada en el absolutismo, que lo considera peligroso y contrario a la
seguridad jurídica; que identifica a todo derecho con la ley y afir--
ma que todos los casos están casuísticamente previstos en ella. Den--
tro de esta teoría el juez es nombrado libremente por el monarca y -
su labor se reduce a aplicar la ley en forma casi mecánica, ya que -
en caso de que exista alguna duda debe dirigirse al monarca o a su -
(36) Ob. Cit., Págs. 759-760.

representante para obtener la "auténtica interpretación". (37)

A pesar de que la doctrina tradicional considera al arbitrio judicial como peligroso y atentatorio contra la seguridad jurídica, abre una brecha por la que aparece, impuesto por la realidad que empieza a derrotar al rígido absolutismo legal. Se empieza a aceptar la existencia de lagunas dentro de la ley y se admite que el arbitrio judicial debe tener gran relevancia en la administración de justicia, toda vez que resulta imposible que las leyes humanas prevean y comprendan todas las circunstancias de personas, tiempos y lugares. No obstante lo anterior, en el sistema de la división de poderes, el juez aparece investido de gran poder; ya no depende del monarca ni de la autoridad administrativa, sin embargo, dentro de ese juego de poderes existe gran desconfianza respecto de su arbitrio y debido a ello, se establecen controles rigurosos que le exigen fundar sus resoluciones contra las que se establecen los recursos de revocación, apelación, casación, revisión, etc. El Juez ya no se encuentra subordinado a otros poderes ni autoridades, pero sí al absolutismo legal.

b) Teoría partidaria del arbitrio judicial. Esta teoría también se conoce como Escuela del Derecho Libre y surge a fines del siglo XIX. Tiene su origen en la renovación de la filosofía jurídica que emerge de una crisis general de las ciencias del individualismo liberal, desplazado por valoraciones científicas, sociales, éticas, políticas e históricas que revelan una conciencia -

(37) Ob. Cit., Págs. 759-760.

distinta que trae como consecuencia el desarrollo de una corriente de pensamiento que admite el más amplio arbitrio judicial, e incluso, considera al juzgador como legislador. Pero la Escuela del Derecho Libre no puede sostenerse, ya que no acierta ni muestra unidad en sus afirmaciones. Es atacada porque, al admitir el libre arbitrio del juzgador, éste sustituye a la ley y se convierte en una especie de "rey judicial" (38) que dicta resoluciones y crea derecho. Por otra parte, esta teoría es fuertemente criticada porque no tiene nada de científica y descarta toda seguridad jurídica.

En resumen, la corriente del libre arbitrio judicial, también conocida como la Escuela del Derecho Libre, es la que surge al influjo de las nuevas concepciones sociales, filosóficas y científicas, como una contraposición a la teoría tradicional, pero sin acertar ni mostrar unidad en sus afirmaciones. Para esta corriente el juzgador es un crítico que valora, cerebra, siente y adopta resoluciones; le otorga la facultad de legislar, misma que se confunde con la del legislador.

c) Teoría que reconoce al arbitrio judicial como un problema teórico general. Ante el fracaso de la Escuela del Derecho Libre o partidaria del libre arbitrio judicial, surge la necesidad de plantear el problema con apego a la realidad, y aparece la teoría moderna que lo reconoce como problema teórico general. En esta teoría se destaca la extraordinaria importancia de la labor in-

(38) Ob. Cit., Págs. 760-762.

dividualizadora del juez, quien atiende a las circunstancias del caso y a la concreta aplicación de las normas jurídicas. El ordenamiento jurídico ofrece perspectivas de solución a todos los problemas para que el juez elija la que estime adecuada para resolver el caso concreto. Por otra parte, el juez como órgano jurisdiccional, realiza una labor integradora del ordenamiento jurídico cuando aplica la norma general al caso concreto sometido a su decisión, siempre tomando en cuenta las circunstancias reales. Esta teoría admite el arbitrio judicial y lo circunscribe a la función judicial dentro del ordenamiento jurídico contemporáneo.

Se puede resumir a la teoría que reconoce al arbitrio judicial como un problema teórico general, como aquella que lo muestra - materialmente estructurado dentro del ordenamiento jurídico, sin menoscabo de las normas que lo integran, conciliándose con la seguridad jurídica y apoyándose en la ciencia para lograr la objetividad de la decisión judicial. Dentro de esta teoría, el juzgador realiza una labor integradora del ordenamiento jurídico al individualizar, - con sujeción a las normas generales, la aplicable al caso concreto - sometido a su decisión.

Alcalá-Zamora plantea el siguiente problema: "... si el proceso como instrumento, o la jurisdicción como poder o función, se limitan a declarar el derecho aplicable al caso concreto debatido, o si, rebasando esa misión específica, no sirven ellos mismos para la creación del derecho." (39) Luego agrega "... si bien con carácter -

(39) Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, Proceso, Auto-Composición y Auto-Defensa, Segunda Edición, Textos Universitarios, U.N.A.M., México, 1970, Págs. 201-202.

general los tribunales no crean derecho, existen casos especiales en que el proceso satisface esa finalidad, como sucede en las siguientes cuatro situaciones: proceso dispositivo, proceso laboral colectivo, integración de lagunas jurídicas y derecho judicial inglés." (40)

Según Alcalá-Zamora, el llamado proceso dispositivo ofrece, en cualquiera de sus dos formas, un margen mayor a la intervención judicial, llegando a penetrar por el camino de la integración, pero dichas operaciones no elevan al juzgador a la categoría de órgano cuasilegislativo, ya que su actividad se reduce a hacer uso de normas de experiencia o de principios generales de derecho, que no han sido elaborados por él, para resolver el caso concreto objeto del proceso. Por otra parte, sostiene que algunos tribunales realizan una labor cuasilegislativa, aún teniendo por objeto interpretar y completar los textos legales sobre procedimiento, actividad que llevan a cabo ciertos tribunales argentinos mediante las acordadas que dictan y que tienen su antecedente en los autos acordados del Consejo de Castilla con los que resolvían cuestiones procesales.

Si bien es cierto que el proceso dispositivo se caracteriza por el libre arbitrio del juzgador, también es cierto que debe basarse en los principios generales del derecho o normas de experiencia.

Alberto M. Etkin (41) sostiene que la misión de los jueces

(40) Ob. Cit., Proceso... Págs. 202-203.

(41) Ob. Cit., Pág. 9.

debe limitarse a aplicar la ley; que cuando la ley es explícita, la doctrina unánime y la jurisprudencia terminante, no le es dable al juez "ni por argumentos pragmáticos, ni por interpretaciones arbitrarias, separarse de la ley". También afirma que no hay libertad si el poder de juzgar no está separado de los poderes legislativo y ejecutivo. Si aquél está junto con el legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos es arbitrario, ya que el juez deviene legislador. Si está con el ejecutivo, el juez puede tener la fuerza de un opresor.

Considero que en la aplicación del arbitrio judicial debe tomarse en cuenta la forma en que se elige a los funcionarios encargados de administrar justicia; la independencia o dependencia entre el órgano jurisdiccional y los poderes legislativo y ejecutivo, dentro de nuestro actual sistema político, y el presupuesto que se asigna al poder judicial para el cumplimiento de sus funciones. Uno de los problemas principales es la forma en que se eligen, no solamente las personas encargadas de administrar justicia, sino los funcionarios en general, pues debería ser por voto directo, o tomando como base su carrera judicial aunada a su capacidad y honestidad. Si existe dependencia respecto a los demás poderes, aunque el juzgador disponga de arbitrio, éste se verá constantemente obstaculizado por presiones políticas y económicas, y por último, difícilmente puede exigírsele capacidad y honestidad a un juez que percibe un salario que no le permite vivir con dignidad.

Lo anterior no quiere decir que carezcamos de juzgadores capaces y honestos, sino que éstos son los menos. Hay quienes actúan parcialmente en forma deliberada y quienes resuelven en forma tímida por falta de preparación en la materia, pero todo esto se irá corrigiendo a medida que se busquen mejores formas de selección y elección, que haya más independencia entre los poderes y mejor distribución del presupuesto público.

B) Estudio del concepto "Controversias de orden familiar".

1.- Concepto etimológico. Según el Diccionario de la Lengua Castellana, la palabra controversia viene del latín controversia y significa discusión larga y minuciosa entre dos o más personas. (42)

El Diccionario Enciclopédico Espasa coincide con la obra antes citada en el sentido de que controversia viene del latín - controversia, de contra, y versus, hacia, y significa discusión - larga y reiterada entre dos o más personas. (43)

De lo anterior se desprende que la palabra controversia viene del latín, que se compone de dos vocablos del mismo origen y (contra, opuesto o contrario a otro, y versus, hacia, preposición que determina la dirección del movimiento), que una vez compuesta, pasa intacta al castellano.

Por lo que se refiere a la palabra 'de' según el Diccio-

(42) Ob. Cit., Pág. 276

(43) Ob. Cit., Pág. 373

nario de la Lengua Castellana, es una preposición que viene del latín de y significa posesión o pertenencia. (44)

De acuerdo con la obra antes citada, la palabra orden viene del latín ordo, -inis, y significa colocación de las cosas en el lugar que les corresponde. Concierto, buena disposición de las cosas entre sí. Regla o modo que se observa para hacer las cosas. Serie o sucesión de las cosas. Relación o respecto de una cosa a otra.

El Diccionario Enciclopédico Abreviado (45), dice que la palabra orden viene del latín ordo, -inis, y coincide con el Diccionario de la Lengua Castellana citado con anterioridad, respecto de las acepciones de dicho vocablo.

Tomando en cuenta que cuando se habla de controversias del orden familiar se piensa en la existencia de una discusión entre dos o más miembros de una familia, se hace necesario analizar brevemente la palabra 'familia'. De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Castellana (46), viene del latín familia y quiere decir: "gente que vive en una casa bajo la autoridad del señor de ella; conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje."

Por lo que se refiere al vocablo 'familiar', según la obra antes citada, también viene del latín familiaris, adjetivo que quiere decir perteneciente a la familia.

(44) Ob. Cit., Págs. 331 y 736.

(45) Diccionario Enciclopédico Abreviado, Tomo III, Primera Edición, Editorial Espasa-Calpe Argentina, S.A., Buenos Aires, 1940, Pág. 652

(46) Ob. Cit., Pág. 468.

Fassi (47) analiza tres acepciones de familia: como un orden jurídico autónomo, familia es el grupo social integrado por las gentes que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella; como parentesco, es el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje; como parentesco inmediato o núcleo paterno-filial, es la que está compuesta por los progenitores con los procreadores que viven auxiliándose recíprocamente, en un hogar común y además por parientes ligados por un deber de asistencia y que - realmente se prestan.

Meza Barros (48), dice que familia, en sentido amplio, designa el conjunto de personas que viven bajo el mismo techo, sometidas a la dirección y con los recursos del jefe de la casa. En sentido más restringido, la define como el conjunto de personas unidas - por los vínculos del matrimonio y del parentesco. Y por último, dice que familia en sentido más limitado, es el grupo formado por los cónyuges y los hijos, excluidos los colaterales.

Para Manuel Albaradejo (49), familia en sentido más estricto, es el grupo de personas compuesto por quienes están unidos en matrimonio y los hijos que se hallan bajo su potestad o que aún - emancipados no abandonaron el hogar paterno. Considero que el con-

(47) Fassi, Santiago Carlos, Estudios de Derechos de Familia, Editora Platense, Argentina, 1962, Págs. 3-7.

(48) Meza Barros, Ramón, Manual de Derecho de Familia, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975, Págs. 12-13.

(49) Albaradejo, Manuel, Compendio de Derecho de Familia y Sucesiones, Librería Bosch, Barcelona, 1965, Pág. 7.

cepto anterior es demasiado restringido, por lo que aceptarlo sería tanto como admitir que el matrimonio es la única fuente de la familia.

Galindo Garfias (50) define a la familia como el conjunto de personas en un sentido amplio (parientes) que proceden de un progenitor o tronco común; sus fuentes son el matrimonio, la filiación (legítima o natural) y, en casos excepcionales, la adopción (filiación civil). Dice que la familia, por tratarse de la célula que da vida a la sociedad moderna, ha sido motivo de preocupación en diversas legislaciones que tienden a protegerla y preservarla.

2.- Significado y definición. Antes de entrar en forma directa al tema, considero necesario hacer algunas referencias breves sobre la familia. El origen de la familia es anterior al derecho y al hombre mismo. En Roma la familia constituía una unidad religiosa, política y económica, alrededor del pater familias, fundada en el parentesco civil y en la agnación; durante la Edad Media, la Iglesia Católica elevó el matrimonio a sacramento y trató de poner toda la sociedad doméstica al servicio de los hijos. La familia moderna normalmente la forma el padre, la madre y los hijos.

En nuestro país la familia sigue siendo el núcleo principal de la formación del hombre, especialmente desde el punto de vista de sus valores morales. Las causas más importantes de su desinte

(50) Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1980, Fögs. 425-426.

gración se originan en problemas de tipo socio económico, tales como el desempleo, la falta de vivienda, la deficiente educación escolar, la falta de preparación para el matrimonio, etc., que finalmente desembocan en inseguridad e insuficiencia económicas del núcleo familiar cuya consecuencia es su disgregación en busca de subsistencia.

Con el objeto de proteger la organización y el desarrollo de la familia, el día primero de marzo de 1975, entró en vigor la reforma al artículo 4 Constitucional, misma que se llevó a cabo a iniciativa del entonces Presidente de la República, licenciado Luis Echeverría Álvarez. Esta reforma instituye dentro de nuestra Constitución la igualdad legal entre el hombre y la mujer, así como el principio fundamental de la legislación correspondiente al control natal, consagrando el derecho a una planificación familiar que debe realizarse en forma libre, responsable e informada.

Respecto de la reforma antes mencionada, Galindo Garfias afirma: "No es a través de medidas legislativas, que tienden a destruir el núcleo de la familia misma, como puede atenderse a estas finalidades superiores que sin duda no pueden ser substituidas por el Estado, cuya función primordial es política y cuya organización no le permite la atención íntima, constante y afectiva que requieren los hijos durante su desarrollo y formación moral." (51)

La legislación procesal vigente en el Distrito Federal a partir del 14 de marzo de 1973, tiende a dar cohesión, orientar y --

(51) Ob. Cit., Págs. 425-426.

preservar a la familia, procurando la mayor estabilidad posible en el hogar y protegiendo a sus miembros. La Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común del Distrito Federal, de 30 de diciembre de 1975, tiene la misma finalidad, además de que ha hecho posible la proliferación de los juzgados familiares.

Domínguez del Río (52), refiriéndose a las controversias de orden familiar, afirma: "Se entiende por tales todos aquellos litigios en que se afecte el interés de la familia o de algunos de sus miembros, principalmente los menores e incapacitados, por ser los más urgidos de protección en primer plano, y la mujer en segundo y digno en segundo plano porque la igualdad de derechos le ha quitado privilegios que antes eran inseparables de su sexo." El mismo autor afirma que el artículo 940 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, hace hincapié en que los conflictos familiares que alcanzan o pueden alcanzar la calidad de litigios, son considerados social y políticamente como de orden público, apoyándose en que el núcleo familiar es la base de la sociedad.

3.- Concepto de controversias de orden familiar. Este término da lugar a confusiones, como veremos más adelante.

Froylán Bañoselos Sánchez (52) afirma: "...controversias de orden familiar, son todas aquellas cuestiones atinentes al matrimo--

(52) Domínguez del Río, Alfredo, Compendio Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, S. A., Primera Edición, México, 1977, Pág. 383.

(53) Ob. Cit., Pág. 324.

nio, divorcio, alimentos, tutela, curatela, estado de interdicción, emancipación y de la mayoría de edad, adopción, de los ausentes o ignorados, de la paternidad, de la filiación, de la patria potestad, etc., que ameritan la intervención judicial, y que el código los considera como problemas inherentes a la familia, encuadrándolos dentro del orden público, por constituir aquella la base de la integración de la sociedad."

El término 'De las controversias de orden familiar' es amplio, abarca todas las controversias relacionadas con la familia, - sin embargo, el Título Décimo Sexto, Capítulo único, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, lo emplea en sentido restringido, ya que únicamente se refiere al procedimiento que - debe seguirse para dirimir algunas controversias familiares que tienen por objeto preservar un estado de derecho y como consecuencia, evitar la desintegración de la familia y proteger a sus miembros.

Es indudable que en los casos de divorcio, pérdida de la patria potestad, nulidad de matrimonio, etc., se trata de controversias del orden familiar que tienen por objeto modificar un estado de derecho.

La diferencia o distinción entre unas y otras controversias familiares, no se desprende del Título Décimo Sexto, Capítulo único, del Código de Procedimientos Civiles, ni de la exposición de motivos correspondiente o de la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común del Distrito Federal, lo que da lugar a frecuentes confusiones.

Por último, tomando en cuenta que controversia del orden familiar es toda aquella en la que se discute, entre dos o más miembros de una familia, lo relacionado con sus derechos y obligaciones dentro de la misma; que nuestro Código de Procedimientos Civiles emplea en forma inadecuada el término 'De las controversias del orden familiar' y que no existe un criterio definido que permita determinar qué controversias deben tramitarse en la Vía Ordinaria y cuáles dentro del proceso especial a que se refiere el Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, podemos dividir dichas controversias en dos grupos: las que tienen por objeto modificar un estado de derecho y aquellas cuyo objeto es preservar un estado de derecho. Las primeras deben ventilarse en juicio ordinario y las segundas dentro del proceso especial familiar que se contiene en el citado Título Décimo Sexto.

CAPITULO III

LAS CONTROVERSIAS DE ORDEN FAMILIAR EN EL DERECHO MEXICANO

A) Antecedentes.

B) Controversias que forman parte del orden familiar.

- 1.- Alimentos.
- 2.- Calificación de impedimentos de matrimonio.
- 3.- Diferencias entre cónyuges sobre administración de bienes comunes y educación de hijos.
- 4.- Oposición de maridos, padres y tutores.
- 5.- Otras cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial.

C) Procedimiento para dirimir dichas controversias.

- 1.- Conciliación.
- 2.- Recepción y valoración de pruebas.
- 3.- Intervención del Ministerio Público.

CAPITULO III

LAS CONTROVERSIAS DE ORDEN FAMILIAR EN EL DERECHO MEXICANO

A) Antecedentes.

El Código de Procedimientos Civiles de 1884, en su Título Segundo, Capítulo I, artículo 949 fracciones I, II y III, regulaba como juicios sumarios los alimentos debidos por la ley, los que se debían por contrato o por testamento (siempre que únicamente se tratara de fijar la cantidad), así como el aseguramiento correspondiente. En las fracciones IX y XII del precepto antes citado, establecía que se tramitarían en juicio sumario la calificación de algún impedimento de matrimonio, así como los trámites que debían seguirse cuando en un juicio hereditario, formadas las porciones, algún heredero reclamaba sobre la cantidad que se le había asignado.

El Código procesal antes citado, contenía una sección denominada "DISPOSICIONES ESPECIALES PARA LA CALIFICACION DE IMPEDIMIENTOS PARA EL MATRIMONIO". Según el artículo 981, el juez mandaba abrir el juicio a prueba por el término de cinco días, pero tenía facultades para conceder el tiempo necesario, si tenía que rendirse alguna prueba importante. Una vez rendidas las pruebas o concluido el término, citaba para audiencia dentro del tercer día y debía pronunciar el fallo en igual término (Art. 982).

El Código de Procedimientos Civiles de 1932, en su artículo 430 establecía que se tramitarían sumariamente los juicios de alimentos, provisionales, los que se debieran por contrato, testa-

mento o disposición legal, ya fuera el pago o el aseguramiento; la calificación de impedimentos para contraer matrimonio y la responsabilidad por incumplimiento de promesa de matrimonio, entre otras - cuestiones familiares. En las fracciones VI y VIII el artículo antes citado, establecía que se tramitarían sumariamente la constitución del patrimonio familiar; la oposición de terceros respecto de dicha constitución, cualquier controversia relacionada con el patrimonio de la familia; las diferencias entre cónyuges sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de maridos, padres y tutores, y en general, todas las cuestiones familiares que requieran de la intervención judicial. En el artículo 432, establecía entre otros casos, que el de la fracción VI (que seguramente se refería al artículo 430) no se requerían más solemnidades que oír a las partes, en su orden de aparición, recibir en el mismo orden las pruebas y dictar la resolución concisa en el propio acto.

Los Juzgados Pupilares, creados por la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito y Territorios Federales, de fecha 31 de diciembre de 1932, constituyen el antecedente de los actuales Juzgados Familiares.

Según Domínguez del Río (54), con motivo de la vigencia de la Ley Orgánica de Tribunales, de 29 de enero de 1969, tuvo lugar una división o separación de competencias, ya que de la civil dimana la especial familiar, quedando establecidas y perfectamente defi

nidas dos ramas jurisdiccionales. Luego agrega que puede afirmarse que lo familiar es una vertiente procedimental aparte y con pujanza renovada que compara con las materias penal y del trabajo.

Con las reformas a la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal, efectuadas el 24 de febrero de 1971, se crearon en esta entidad los Juzgados Familiares a los que se les atribuyó competencia para conocer, tanto de los juicios y procedimientos de jurisdicción voluntaria concernientes a las relaciones familiares y al estado civil de las personas, como los juicios sucesorios, según se desprende del artículo 58 de la Ley antes citada. Posteriormente, el 26 de febrero de 1973, se adicionó el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, agregándole el Título Décimosexto que contiene un capítulo único denominado "De las controversias de orden familiar". Sin embargo no introdujo una regulación sistemática y completa del proceso familiar, ya que solamente se limitó a preveer algunos principios generales para todos los juicios y procedimientos relativos a la familia, y a regular un juicio especial por el que sólo se tratan algunas controversias familiares.

Por decreto de 14 de marzo de 1973, se reformó y adicionó nuevamente el Código de Procedimientos Civiles, cambiándose el Título Séptimo que se denominaba "De los juicios sumarios y de la vía de apremio", mismo que quedó como sigue: "De los juicios especiales y de la vía de apremio". En dicha reforma se estableció un trámite especial para los juicios que hasta entonces se habían ven

tilado sumariamente. También se adicionó a la fracción II del artículo 430, el párrafo segundo que a la letra dice: "En todos estos casos, el juez fijará a petición del acreedor, sin audiencia del deudor y mediante la información que considere necesaria, una pensión alimenticia provisional, mientras se resuelve el juicio de alimentos".

Según José Ovalle Faveia (55), la reforma de 1973 adicionó a las reglas ya existentes, las siguientes: 1) Se consideran de orden público todos los problemas inherentes a la familia; 2) Se faculta a los jueces de lo familiar para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores y de alimentos, decretando las medidas que tienden a preservarla y proteger a sus miembros, y 3) Se establece la obligación del asesoramiento de un defensor de oficio a la parte que no esté asesorada por licenciado en derecho, cuando la otra sí lo esté (Art.943). También dice que el Título Décimosexto del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, regula un juicio especial similar al "sumario", por haber sido diseñado para algunos litigios familiares y no para todas las controversias sobre relaciones familiares y del estado civil, como parece indicarlo el nombre del capítulo único. Dice que el hecho de que este juicio no esté regulado dentro del título correspondiente a los juicios especiales, no contradice su carácter de especial.

(55) Ob. Cit., Pág. 277.

Por decreto de 30 de diciembre de 1975, aparecieron las útimas importantes reformas y adiciones a la Ley Orgánica de los Tribunales, desapareciendo los partidos judiciales, convirtiendo a los Juzgados Menores Foráneos en familiares y estableciendo jurisdicción concurrente en toda la Ciudad de México, al desaparecer los citados partidos judiciales. Considero que estas reformas y adiciones han sido de las más importantes dentro de la práctica forense, principal-mente por la desaparición de los partidos judiciales cuya existencia ya no se justificaba debido al crecimiento de la Ciudad de México y al aumento de los juzgados de primera instancia, tanto civiles y familiares como penales. por lo que se refiere a los Juzgados Menores Foráneos, tampoco se justificaba su existencia, por las mismas razones, además de que ya resultaban inoperantes dada la cuantía de los negocios en los que tenían competencia.

Según Ovalle Favela (56), el proceso familiar suele ubicarse dentro del grupo en el que rige el principio inquisitivo, debido a que al juzgador familiar se le han otorgado mayores poderes de conducción del proceso y los derechos derivados del estatus familiar, - generalmente son irrenunciables. Luego agrega: "las controversias familiares, a diferencia de las civiles patrimoniales, no son susceptibles de someterse al juicio arbitral".

B) Controversias a las que hace referencia el Título Décimo Sexto - del Código de Procedimientos Civiles.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito, en su Título Décimo Sexto, denominado "De las controversias de orden familiar", parece abarcar todo tipo de controversias relacionadas con la materia, pero el artículo 942 sólo se refiere a algunas controversias familiares, y luego agrega: "...y en general todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial.", pero resulta incongruente el título con el contenido del citado precepto.

Ovalle Favela (57) dice, respecto de las denominadas controversias que pueden tramitarse mediante el juicio especial previsto en el Título Décimo Sexto, que son fundamentalmente: los litigios sobre alimentos; la calificación de impedimentos para contraer matrimonio; las diferencias entre los cónyuges sobre la administración de los bienes comunes y la educación de los hijos; las oposiciones de maridos, padres y tutores, y todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial.

Del artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles vigente, se desprende que las controversias a que se refiere el Título Décimo Sexto son los alimentos, la calificación de impedimentos para contraer matrimonio, las diferencias que surjan entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes y educación de hijos, -

(57) Ob. Cit., Pág. 278.

la oposición de maridos, padres y tutores, y por último, todas aquellas cuestiones familiares similares a las anteriores que reclamen la intervención judicial. Por lo anterior, se hace necesario analizar brevemente cada uno de los litigios que el precepto antes citado considera controversias del orden familiar.

1.- Alimentos. Según de Ibarrola (58), la historia de los alimentos comienza con la historia de la humanidad, y el término viene del latín alimentum, ab alere, que quiere decir alimentar, nutrir y que significa las cosas que sirven para sustentar el cuerpo, y en el lenguaje jurídico se usa para asignar lo que se da a una persona para atender a su subsistencia. Este autor afirma que el fundamento de la obligación alimentaria es el derecho a la vida que tienen las personas, del que es emanación la asistencia como conjunto de prestaciones a que el hombre tiene derecho, que se traduce en el deber de alimentar y que no se concreta en la sustentación del cuerpo, si no que se extiende al cultivo y educación del espíritu, puesto que el hombre es un ser racional.

Belluscio define los alimentos como sigue: "Se entiende por alimentos el conjunto de medios materiales necesarios para la existencia física de las personas, y en ciertos casos también para su instrucción y educación". (59)

(58) De Ibarrola, Antonio, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, - S.A., Segunda Edición, México, 1981, Págs. 119-120.

(59)

Es indudable que dentro de las controversias familiares a que se refiere el artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, la más importante en la práctica forense es la relativa a los alimentos. Y de acuerdo con el artículo 308 - del Código Civil para el Distrito Federal, los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad, además de los gastos necesarios para la educación primaria del acreedor y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honesta y adecuada a su sexo y demás circunstancias personales, cuando se trata de menores. El mismo ordenamiento antes citado establece diversas características de los alimentos, entre las que se encuentran la reciprocidad de la obligación de proporcionarlos (artículo 301); la proporcionalidad entre las posibilidades del deudor y las necesidades del acreedor (artículo 311); la irrenunciabilidad del derecho a recibirlos y la no sujeción a transacción alguna (artículo 321).

Arellano García (60), basándose en tesis jurisprudenciales de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre alimentos, llega a las siguientes conclusiones: Que es improcedente la suspensión del pago de alimentos en el amparo, excepto en el caso de alimentos anteriores o cuando se afectan intereses de un tercero extraño; que la carga de la prueba corresponde al deudor; que la sentencia no constituye cosa juzgada y que la mujer que trabaja está obli

(60) Arellano García, Carlos, Práctica Forense Civil y Familiar, - Editorial Porrúa, S.A., México, 1981, Págs. 450-455.

gada a cumplir con su obligación de proporcionar alimentos.

A continuación, me permito transcribir algunas ejecutorias emitidas por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre diversos aspectos de los alimentos: "ALIMENTOS, APORTACION DE LA MUJER. Si bien es cierto que el cuidado de la familia y la dirección del hogar debe estimarse como suficiente aportación de la mujer al sostenimiento del mismo y que no puede exigirsele que trabaje para ayudar económicamente, esto no impide que si la mujer trabaja, sin que esté demostrado que se le haya coaccionado para ello, contribuya a las cargas de la familia." (61)

La ejecutoria antes transcrita, aún no constituye jurisprudencia, pero se cita porque constituye un precedente importante relacionado con la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer.

"ALIMENTOS. INCORPORACION DEL ACREEDOR AL SENO DE LA FAMILIA DEL DEUDOR. El derecho de incorporar al acreedor alimentario al domicilio del deudor, su encuentra subordinado a la doble condición de que el deudor tenga casa o domicilio propio y de que no exista estorbo legal o moral para que el acreedor sea trasladado a ella y pueda obtener así el conjunto de ventajas naturales y civiles que se comprenden en la aceptación jurídica de la palabra alimentos, pues faltando cualquiera de éstas condiciones, la opción del deudor se -- hace imposible y el pago de alimentos tiene que cumplirse, necesariamente en forma distinta de la incorporación." (62)

(61) Jurisprudencia, Cuarta Parte, Tercera Sala, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1975, Pág. 135.

(62) Ob. Cit., Págs 107-108.

A continuación transcribo parte de la ejecutoria que se -- refiere a la cosa juzgada en materia de alimentos, dada su importancia, aunque no constituye jurisprudencia definida: "ALIMENTOS, EN MATERIA DE, NO SE CONSTITUYE COSA JUZGADA. Es bien sabido que en materia de alimentos, no se constituye cosa juzgada, puesto que el -- artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito -- Federal autoriza se vuelva a juzgar el punto cuando cambien las circunstancias que motivaron la anterior decisión judicial." (63)

"ALIMENTOS, IMPROCEDENCIA DE LA SUSPENSION CONTRA EL PAGO DE. Es improcedente conceder la suspensión contra el pago de alimentos porque, de concederse, se impediría al acreedor alimentario recibir la protección necesaria para su subsistencia, en contravención de las disposiciones legales de orden público que la han establecido y se afectaría el interés social, de donde resulta que se surte el requisito negativo exigido por la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo para negarla." (64)

"ALIMENTOS. SUSPENSION EN AMPARO PEDIDO POR UN TERCERO EXTRAÑO. La suspensión debe concederse contra el embargo de bienes -- del quejoso, para asegurar pensiones alimenticias en un procedimiento judicial al cual es extraño, debiendo exigirse fianza para garantizar los perjuicios que se puedan causar al tercer perjudicado." -- (65)

(63) Ob. Cit., Pág. 133.

(64) Ob. Cit., Pág. 105.

(65) Ob. Cit., Pág. 137.

"ALIMENTOS. PROCEDENCIA DE LA SUSPENSIÓN TRATÁNDOSE DE PENSIONES CAIDAS. Procede la suspensión cuando se trata del pago de pensiones alimenticias caídas, es decir, que no fueron pagadas oportunamente, ya que no existe la necesidad imperiosa de que desde luego las reciba el acreedor alimentista". (66)

En resumen, la historia de los alimentos comienza con la humanidad y su fundamento es el derecho a la asistencia; comprenden comida, vestido, habitación y asistencia en casos de enfermedad, pero tratándose de menores, además de los renglones anteriores, los gastos necesarios para la educación primaria del acreedor y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honesta y adecuada a su sexo y demás circunstancias personales. Los alimentos son irrenunciables; deben ser proporcionales entre las posibilidades del deudor y las necesidades del acreedor; la obligación de proporcionarlos es recíproca; son de orden público y no están sujetos a transacción alguna.

De acuerdo con la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, la mujer que trabaja tiene obligación de proporcionar alimentos; la incorporación del acreedor al seno de la familia del deudor, se encuentra subordinada a la doble condición de que éste último tenga casa o domicilio propio y de que no exista estorbo legal o moral para que el acreedor se incorpore; en materia de alimentos no se constituye cosa juzgada, toda vez que si cambian las

circunstancias que motivaron la anterior decisión judicial, puede volver a juzgarse; es improcedente la suspensión contra el pago de alimentos, ya que de concederse se impediría al acreedor alimentario recibir la protección necesaria para su subsistencia, en contravención de disposiciones legales de orden público y se afectaría el interés social, y por último, es procedente la suspensión contra el embargo de bienes de un tercero extraño, para asegurar pensiones alimenticias, debiendo exigirse fianza al quejoso para garantizar los perjuicios que puedan causarse al tercero perjudicado.

2.- Calificación de impedimentos de matrimonio. Para contraer matrimonio se requieren determinados elementos esenciales y requisitos de validez. Los elementos esenciales son: La voluntad de los contrayentes, el objeto y las solemnidades requeridas por la ley. La voluntad se manifiesta mediante la declaración expresa de los contrayentes, en el sentido de unirse en matrimonio, y debe llevarse a cabo ante el Juez del Registro Civil, funcionario que los declarará unidos en nombre de la sociedad y de la ley. El objeto consiste en que los contrayentes sujetan su vida común a un conjunto de derechos y obligaciones, respecto de ellos y de sus hijos. La solemnidad se refiere a las declaraciones de voluntad de los contrayentes, mismas que deben revestir la forma ritual que establece la ley para que el acto exista.

Los requisitos de validez son: la capacidad, la ausencia de vicios de la voluntad, la licitud en el objeto y las formalida-

des. La capacidad de goce es la aptitud para la cópula entre los contrayentes, su salud física y mental, así como la ausencia de hábitos viciosos, mientras que la de ejercicio se refiere a la edad requerida o en su caso, al consentimiento de quienes ejercen la patria potestad, la tutela o la autorización del juez de lo familiar. La voluntad debe estar exenta de vicios como el error en la persona y la violencia por fuerza o miedo graves. La ilicitud en el objeto se presenta cuando existe parentesco entre los contrayentes, ya sea por consanguinidad, afinidad o adopción; adulterio judicialmente comprobado; atentado contra la vida de uno de los cónyuges para casarse con el que quede libre o bigamia, y las formalidades se refieren al contenido del acta de matrimonio.

La falta de los elementos esenciales o requisitos de validez del matrimonio, impide la celebración válida de dicho acto.

A las prohibiciones para celebrar el matrimonio, se les denomina impedimentos que suelen subdividirse en dirimentes e impedientes; los primeros producen la inexistencia o nulidad del matrimonio, mientras que los segundos lo convierten en ilícito, es decir, dicho acto tiene validez pero da lugar a aplicación de sanciones tales como multas, destitución del Juez del Registro Civil que lo autorizó, etc.

El artículo 156 del Código Civil para el Distrito Federal, establece como impedimentos para contraer matrimonio los siguientes: la falta de edad; la falta de consentimiento de quienes ejercen la patria potestad, el tutor o el juez de lo familiar; el pa-

rentesco por consanguinidad legítima o natural sin limitación de grado en línea recta ascendente o descendente; el parentesco por afinidad en línea recta y sin limitación alguna; el adulterio habido entre las personas que pretenden contraer matrimonio, cuando haya sido judicialmente comprobado; el atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre; la fuerza o miedo graves; la embriaguez habitual, la morfínomanía, la heteromanía, el uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes, la impotencia incurable para la cópula, la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas e incurables cuando sean contagiosas o hereditarias; el idiotismo y la imbecilidad; el matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretende contraer. El mismo precepto establece que de todos los impedimentos anteriores sólo son dispensables la falta de edad y el parentesco consanguíneo en línea colateral desigual.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles, en caso de que el juez de lo familiar tenga que calificar alguno de los impedimentos antes citados, deberá seguirse el procedimiento que establece el Capítulo único del Título Décimo Sexto del mismo ordenamiento.

3.- Diferencias entre cónyuges sobre administración de bienes comunes y educación de hijos. El Código Civil para el Distrito Federal, establece que el matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o el de separación de bienes (artículo 178); --

que la sociedad conyugal comprende los bienes que hayan sido objeto de capitulaciones matrimoniales y los que se adquirieran durante la vigencia del matrimonio (artículo 184). Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles, culaquier controversia que se auscite entre los cónyuges sobre administración de bienes comunes, deberá resolverse mediante el procedimiento establecido para las controversias del orden familiar.

Como una consecuencia de las reformas legales que consagran la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, el artículo 168 del Código Civil vigente, establece que el marido y la mujer tendrán en el hogar iguales consideraciones, y que en consecuencia, resolverán de común acuerdo todo lo relacionado con la formación y educación de sus hijos. También establece que en caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente al respecto, por lo que de acuerdo con el multicitado artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles, deberá seguirse el procedimiento señalado para las controversias del orden familiar.

4.- Oposición de maridos, padres y tutores. El Código Civil establece que los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad excepto aquellas que dañen la moral de la familia o pongan en peligro su estructura. En consecuencia, cualquiera de ellos podrá oponerse a que el otro desempeñe la actividad de que se trate, y el juez de lo familiar resolverá sobre la oposición, mediante el procedimiento fijado para las controversias del orden familiar. Este

mismo procedimiento deberá seguirse en todos los demás casos en que exista oposición de maridos, padres o tutores.

5.- Otras cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial. El artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles, no es muy claro en su contenido y consecuentemente da lugar a confusiones, ya que en el mismo no se especifica cual es la diferencia esencial entre las controversias familiares que tienen asignado un procedimiento ordinario y las que se contienen en dicho precepto. Por otra parte, pretende señalar casuísticamente todas las controversias familiares sujetas a la tramitación señalada por el Título Décimosexto, Capítulo Unico del Código de Procedimientos Civiles, y en su parte final se refiere, en forma general, a las controversias similares que reclamen la intervención judicial.

Considero que el precepto antes mencionado debería referirse a todas aquellas controversias de orden familiar cuya finalidad sea la de preservar los derechos familiares y con ello proteger y conservar la unidad de la familia, a diferencia de las que tienen un trámite ordinario, cuya finalidad es crear, modificar o extinguir derechos familiares.

C) Procedimiento para dirimir dichas controversias.

Hasta 1973, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal no contenía ningún título o capítulo dedicado especialmente al proceso familiar, sólo había algunos preceptos que establecían ciertas reglas especiales tales como la extensión de la autoridad de la cosa juzgada a terceros extraños, de las sentencias sobre estado civil de las personas, la sanción en caso de rebeldía que era la presunción de contestación en sentido negativo, cuando se afectaban las relaciones familiares o el estado civil de las personas, y la revisión de oficio en todas las sentencias sobre rectificación de actas del estado civil y nulidad de matrimonio.

Ovalle Favela (67) afirma que el proceso sobre las relaciones familiares y el estado civil de las personas, se encuentra orientado por el principio inquisitorio; que en dicho proceso se otorgaron al juzgador mayores atribuciones para dirigirlo, especialmente para la obtención de las pruebas; que los derechos que se controvierten son generalmente irrenunciables y que la modificación o alteración de las relaciones jurídicas familiares se somete a la intervención necesaria de los órganos del Estado.

Dice Domínguez del Río (68), refiriéndose al Código de Procedimientos Civiles, "Como agregado o apéndice del texto original -- del código, bajo el rubro de "Las Controversias de Orden Familiar", las reformas a dicho ordenamiento publicadas en el Diario Oficial del

(67) Ob. Cit., Pág. 275.

(68) Ob. Cit., Pág. 385.

día 14 de marzo de 1973 y en vigor 15 días después, con bastante eficacia y sentido humano, se instituyen formas procesales idóneas para el tratamiento en juicio de los litigios mencionados, ocupándose de esa materia los artículos del 940 al 956". El autor antes citado también sostiene que en las nuevas instituciones procesales se tiende a suprimir formalidades, con reducción de las mismas al mínimo de lo permisible por el desenvolvimiento del proceso, sin desequilibrio del derecho de las partes, pero con claro concepto de los privilegios de que gozan jurídicamente determinadas prestaciones pecuniarias como los alimentos.

Simultáneamente a la abolición de algunas formalidades rigoristas, se enviste al órgano jurisdiccional de indiscutibles facultades inquisitivas que puede ejercitar directamente o a través de trabajadores sociales, pero considero peligroso que en las citadas reformas y adiciones efectuadas en 1973 al Código de Procedimientos Civiles, el legislador haya facultado al juez de lo familiar para intervenir de oficio en asuntos que afectan a la familia, ya que sustituye la voluntad de las partes y puede convertirse en un enemigo de la seguridad jurídica, en casos de deshonestidad, dependencia o falta de capacidad profesional.

Dentro de las reformas que se vienen comentando, hay que reconocer que existen novedades positivas, tales como la intervención expresa de trabajadores sociales, misma que debería extenderse a psicólogos, psiquiatras, sociólogos, etc., aunque en la práctica forense es casi nula la intervención de trabajadores sociales, seguramente por

falta de presupuesto que trae como consecuencia que el juzgador no pueda disponer de dicho personal especializado. Por otra parte, como un vestigio del antiguo proceso sumario, se fija en treinta días el término para la celebración de la audiencia de pruebas y alegatos, - mismo que en la práctica resulta, generalmente, de varios meses y -- hasta años, con lo que se neutraliza la impartición de la justicia - pronta y expedita y, como consecuencia, no se cumple con la finalidad del procedimiento señalado a las controversias de orden familiar que tienen por objeto preservar los derechos de la familia.

Dominguez del Río (69) dice que el hecho de que los litigantes puedan comparecer o apersonarse sin el patrocinio de abogados, - tiene por objeto hacer prevalecer la cuestión substancial sobre el - aspecto formal, como una consecuencia de la naturaleza tutelar del - ejercicio de esta rama de la jurisdicción. Este autor hace una crítica al procedimiento señalado a las controversias del orden familiar cuando dice: "No se explica el hibridismo de técnica procesal criticado, cuando de sobra se sabe que la franquicia de que van a gozar - los jueces, disponiendo de ocho días para dictar sentencia, harán numerosas las bondades del sistema y los ocho días se convertirán fácilmente en ocho meses. Este transaccionismo de los reformadores diluye el avance jurídico procesal que se pretendió crear en favor de las controversias del orden familiar, por la sabida carencia de elementos personales y materiales de que adolece la administración de justicia."

El Código de Procedimientos Civiles (artículo 948) faculta al juez para que tome las medidas necesarias con el objeto de expedir el procedimiento, incluso puede ordenar el arresto hasta por 15 días para quienes deban comparecer a rendir su testimonio o a emitir su opinión pericial y no lo hagan, pero el juzgador pocas veces hace uso de esta facultad. Es criticable igualmente que aún en esta clase de litigios, de suma importancia y trascendencia social, se conceda al juzgador un término de ocho días para pronunciar sentencia, a pesar de la brevedad y concisión señalados por el artículo 949 del ordenamiento antes citado, término que como dice Domínguez del Río se convierte en ocho meses, cuando deberían imperar los principios de oralidad e inmediatez y obligar al juzgador a emitir el fallo en la misma audiencia de ley, pero no lo puede hacer porque generalmente no presencia las audiencias.

En el procedimiento asignado a las controversias de orden familiar, ni la recusación, ni las excepciones dilatorias pueden impedir que se les dé eficacia a las medidas provisionales dictadas por el juzgador, pero estas disposiciones generalmente no se observan en la práctica. Por otra parte, otro aspecto importante es que se limite la procedencia del recurso de apelación al efecto devolutivo (artículo 951) y que se pueda ejecutar sin fianza la sentencia, en caso de que haya sido recurrida.

Dice Domínguez del Río (70) que a diferencia de lo dispues-

to por el artículo 88, refiriéndose al Código de Procedimientos Civiles, el 955 advierte que no se suspenderá el procedimiento en la tramitación de incidentes y que, incluso, deroga lo previsto por el artículo 78, llegando a causar perplejidad el hecho de que este privilegiado procedimiento llegue a tan peligrosos extremos, pero reconoce que la medida marcha de acuerdo con la finalística y dinámica excepcionales de estas fórmulas de estructuración procesal.

Bañuelos Sánchez (71), refiriéndose a las controversias de orden familiar, afirma: "Es obvio que, en la tramitación de las controversias señaladas por el artículo 942, constituyen juicios sumarios u orales, en los que rige el principio de oralidad." Este autor se remite a Chiovenda quien dice que las deducciones de las partes se hacen de viva voz ante el juez, persona física que dicta la sentencia. En este caso tiene una importancia extraordinaria el principio de inmediatez, ya que el resultado del fallo dependerá de la convicción obtenida por el juzgador durante el procedimiento, de ahí la importancia de que dicho fallo se dicte al concluir la audiencia de ley.

Ovalle Favela (72), refiriéndose al artículo 943 del Código de Procedimientos Civiles, afirma que dicho precepto autoriza al juez para fijar una pensión alimenticia provisional a cargo del demandado, teniendo en cuenta únicamente la petición del actor y la

(71) Ob. Cit., Pág. 326.

(72) Ob. Cit., Pág. 279.

información que estime necesaria, misma que debe ser suficiente e im-
parcial para que la medida cautelar se dicte sólo cuando quede acre-
ditado el derecho o al menos la apariencia del derecho del actor pa-
ra pediría y la necesidad de que el juzgador la otorgue. También dice
que la redacción del artículo 943 del citado ordenamiento plantea va-
rios problemas teóricos y prácticos, pues parece indicar que se trata
de hacer efectivo un crédito alimentario plenamente demostrado al ha-
blar de "deudor" y "acreedor", cuando son actor y demandado quienes -
controvierten sobre la existencia y cuantificación de un crédito ali-
mentario. Dice que el legislador parece prejuzgar que el actor es -
acreedor y el demandado deudor, lo cual es objeto de prueba en el ju-
icio.

Considero que el legislador prejuzga cuando llama acreedor
al actor y deudor al demandado. Pero hay un punto aún más grave, cuan-
do el juzgador, facultado por el artículo 943, fija a petición del a-
creedor, sin audiencia del deudor, y mediante la información que con-
sidere necesaria, una pensión alimenticia provisional, ya que cuando
se trate de menores de edad que demanden a sus padres, es correcto -
que se fije dicha pensión en cuanto se acredite el entroncamiento, pe-
ro cuando los demandados son los abuelos, es elemental que el actor -
acredite la falta o la imposibilidad física o mental de sus padres, o
bligados directos, para que el juzgador esté en posibilidades de fijar
una pensión provisional, pues de lo contrario su actuación será arbi-
traria y puede lesionar los intereses de verdaderos acreedores alimen-
tarios. Cuando los alimentos sean demandados por un cónyuge al otro,

considero que únicamente procede fijar una pensión provisional cuando el actor acredite su incapacidad física o mental que le impida valer-se por sí mismo, ya que en cualquier otro caso no habría ninguna pre-sunción a su favor, e incluso, dicho actor puede ser el obligado a -- proporcionar alimentos al demandado. De acuerdo con la facultad del - juzgador que se viene analizando, puede llegarse al absurdo de fijar una pensión provisional a cargo de cualquier persona, por el solo he-cho de haber sido demandada.

Por último, para evitar que el juzgador cometa arbitrarieda-des al fijar o no una pensión alimenticia, es necesario que se esta-blezcan las hipótesis y sus respectivos requisitos de procedencia.

1.- Conciliación. El artículo 55 del Código de Procedimien-tos Civiles, en su párrafo segundo dice: "Salvo los casos que no lo - permita la ley, los magistrados o jueces durante el juicio, o funcio-narios judiciales autorizados por el Tribunal Superior de Justicia, - distintos de los que intervengan en la decisión del litigio, están fa-cultados para exhortar en todo tiempo a las partes a tener voluntaria-mente, un avenimiento sobre el fondo de la controversia, resolviendo sus diferencias mediante convenio con el que pueda darse por termina-do el litigio." Según se desprende de la transcripción anterior, el - juzgador y demás auxiliares están facultados para conciliar a las par-tes, derivándose de ello una especie de auto-composición para dar por terminado el litigio, excepto algunos casos que constituyen la excep-ción de esta regla.

La facultad que tiene el juez para conciliar a las partes, -

dentro de las controversias de orden familiar, se desprende del segundo párrafo del artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que dice: "...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." Como se desprende de la transcripción anterior, existe la obligación del juez de lo familiar de exhortar a las partes para que lleguen a un avenimiento y resuelvan sus diferencias mediante convenio, con excepción de las prohibiciones legales relativas a alimentos, toda vez que éstos son irrenunciables y no están sujetos a --- transacción alguna, de acuerdo con lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 321 del Código Civil vigente.

Tomando en cuenta que el procedimiento señalado a las controversias de orden familiar es esencialmente oral (cuando menos en teoría), debería cumplirse estrictamente el principio de inmediatez, ya que tiene por objeto preservar los derechos familiares y con ello proteger a la familia como célula de la sociedad; también debería establecerse, dentro de la audiencia de ley, un período conciliatorio en el que los funcionarios encargados de impartir justicia realmente hicieran una labor de persuasión hacia las partes, tendiente a conciliar sus intereses y, consecuentemente, a evitar la desintegración familiar cuando es posible, ya que determinadas controversias, al ser resueltas, pueden convertirse incluso, en una causal de divorcio y lejos de cumplir con su objetivo, contribuyen a la desintegración de la familia.

2.- Recepción y valoración de pruebas. Tradicionalmente existen tres sistemas probatorios que atienden al mayor o menor grado de aceptación del arbitrio judicial en la apreciación y valoración de los medios de prueba: Sistema Libre; Sistema Legal o Tasado y Sistema Mixto. En el Sistema Libre el juzgador actúa con absoluta libertad al estimar las pruebas. El Sistema Legal o Tasado es tradicional en el Derecho Español, desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima Recopilación. En este sistema la valoración de las pruebas no depende del juzgador, sino que se encuentra previamente regulado por la ley y el juez debe atenerse a las disposiciones correspondientes, motivo por el cual también recibe el nombre de tasado, pudiendo concluir que no interviene el arbitrio judicial. El Sistema Mixto es el que tiene una postura ecléctica en relación a los dos anteriores, por lo que puede afirmarse que es el que inspira a la mayor parte de los códigos procesales del mundo jurídico, entre los que se encuentra el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal vigente, seguramente con el objeto de no poner en peligro la seguridad jurídica ni caer en un absolutismo del juzgador, se prefirió este sistema.

Según Bañuelos Sánchez (73), prueba viene del latín probare y significa acción y efecto de probar. Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa. Justificación de la verdad de los hechos controvertidos en juicio, hecha por los medios que reconoce y autoriza como eficaces la ley.

(73) Ob. Cit., Pág. 321.

Respecto a la apreciación de las pruebas en general, el jugador debe estudiar minuciosamente todas y cada una de las pruebas ofrecidas, admitidas y desahogadas, apegándose a las leyes que las regulan, a la fijación de los hechos y a la lógica. Nuestra legislación adopta el sistema mixto de apreciación o valoración de las pruebas, - motivo por el cual concede al juzgador un arbitrio relativo en esta - materia, siempre regido por los principios de la lógica.

Alcalá-Zamora (74) dice que en nuestro derecho procesal civil, el juzgador tiene poder para admitir, ordenar, ejecutar y apreciar pruebas. Puede desechar las pruebas que no se relacionan con la litis; reducir el número de testigos; ordenar pruebas compeliendo a terceros para que exhiban documentos o cosas; ordenar la recepción oral o escrita de las pruebas admitidas; calificar preguntas o posiciones; interrogar libremente a las partes; etc.

Dentro del procedimiento señalado para dirimir las controversias del orden familiar, se admite cualquier medio de prueba, con la única limitación de que no sean contrarias a la moral o al derecho (artículo 944). Tomando en cuenta que la demanda puede ser verbal o escrita, en ella deben ofrecerse las pruebas y exhibirse las copias correspondientes para el traslado, y aún cuando este procedimiento especial no dice que deban relacionarse con los puntos controvertidos, es recomendable hacerlo. Una vez presentada la demanda será admitida por el juez quien señalará día y hora para la celebración de la audiencia de pruebas y alegatos, dentro de los treinta días siguientes;

(74) Ob. Cit., Derecho..., Págs. 400-402.

ordenará que se emplace al demandado a quien concederá 9 días para que conteste por escrito o verbalmente y ofrezca sus pruebas en dicha contestación. Llegada la fecha de la audiencia, ésta deberá celebrarse, concurran o no las partes, o fijarse nueva fecha, dentro de los ocho días siguientes. En la audiencia se desahogaran las pruebas ofrecidas y admitidas que se encuentren preparadas con anterioridad y el juez dictará el fallo en la misma audiencia o dentro de los ocho días siguientes.

Ovalle Favala (75) dice que, además de los medios de prueba admitidos en los juicios ordinarios, el juez puede ordenar de oficio, inspecciones e investigaciones, estas últimas por conducto de trabajadores sociales y con el objeto de averiguar la verdad sobre los hechos controvertidos. Los trabajadores sociales deben rendir un informe por escrito con el resultado de sus investigaciones y estar presentes en la audiencia para contestar las preguntas que les formulen las partes o el juez. El Código de Procedimientos Cíviles denomina al informe de los trabajadores sociales "testimonio de calidad" y somete su valoración al sistema de apreciación razonada (artículos 944 y 945).

Es lamentable que este tipo de prueba no se utilice en la práctica y ojalá en el futuro no solo se haga uso de ello, sino que haya la posibilidad de que cualquier experto en cuestiones familiares proporcione informes tendientes a averiguar la verdad de los hechos controvertidos.

(75) Ob. Cit., Pág. 280.

3.- Intervención del Ministerio Público. Dice Alcalá-Zamora (76) que la posición procesal del ministerio público ha sido entendida de muy diversas maneras, ya que hay quienes lo consideran - como parte en juicio, quienes niegan que sea parte y quienes lo ven como órgano jurisdicente, según las tres corrientes más importantes. Afirma que la tercera tendencia, la representan quienes lo -- exhiben como órgano jurisdicente, incluyéneolo entre los juzgadores, junto al juez y al defensor, luego agrega: "Carnelutti olvida que si desde el punto de vista de la argumentación y el contenido, sus pareceres podrían llegar a coincidir, se diferencia de modo tajante por el lado de la voluntad, ya que en tanto el juez manda, el ministerio público y el defensor no pasan de pedir". Continúa diciendo: "La falla común a las distintas opiniones que acabamos de -- recoger, consiste en querer definir mediante un solo marbete una -- institución de cometidos múltiples, administrativos unos y procesales otros. Si en la figura mucho más homogénea del juzgador, no to da su actividad es jurisdiccional, con mayor motivo habrá que desta car la posibilidad de una caracterización única o unitaria respecto del ministerio público".

Becerra Bautista (77) dice que el ministerio público puede ejercitar algunas acciones ante los órganos jurisdiccionales, lo -- que significa que puede tener la calidad de parte en el proceso ci-

(76) Ob. Cit., Derecho..., Págs. 509-514.

(77) Becerra Bautista, José, Introducción al Estudio del Derecho Procesal Civil, Segunda Edición, Ediciones de América Central, S. A., - México 1970, Págs. 26-28.

vil, pero se trata de una parte sui generis, imparcial. Su misión es velar porque se respete el orden jurídico establecido. Efectivamente, creo que la misión más importante del Ministerio Público, en materia civil es vigilar que se respete el orden jurídico y con --- ello coadyuvar a la paz social.

El autor antes citado resume las funciones del Ministerio Público diciendo que actúa como sustituto procesal, cuando el Estado es actor, demandado o tercerista, ejercitando acciones o defensas; interviene en los casos en que se aplican normas de interés -- social, como en los juicios sucesorios en los que tiene funciones; se le oye en la substanciación de las excepciones de incompetencia, cuando se afectan derechos de familia o hay de por medio interés -- público, como en la revisión de las sentencias de rectificación de actas del estado civil o de nulidad de matrimonio.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal en su artículo 1, establece las atribuciones del Ministerio Público que pueden resumirse como sigue: Investigar los delitos de su competencia; ejercitar la acción penal cuando proceda; recabar los documentos e informes indispensables para el ejercicio de sus funciones; promover lo necesario para la recta y pronta administración de justicia; recibir las manifestaciones de bienes de los funcionarios del Distrito Federal; auxiliar al Ministerio Público Federal e intervenir, en los términos de ley, en la --- protección de incapaces y en los procedimientos de orden familiar.

Dicha ley en su artículo 30 establece: "Los Agentes del Ministerio Público adscritos a las Salas del Tribunal Superior de Justicia y a los Juzgados de los ramos Civil y Familiar tendrán ante éstos la intervención que las leyes señalan, debiendo poner especial cuidado en la protección de los menores y otros incapaces, así como en el debido trámite y resolución de las cuestiones concernientes al régimen de familia en que deban intervenir."

El artículo antes transcrito se refiere a la intervención del Ministerio Público en materia civil y familiar y remite a las leyes de las materias correspondientes.

En materia de Jurisdicción Voluntaria, el Ministerio Público debe ser oído cuando la solicitud promovida afecte intereses públicos; cuando se refiera a la persona o bienes de menores o incapacitados o cuando tenga relación con los bienes o derechos de un ausente (artículo 895). También puede pedir la declaración de estado de minoridad o demencia, previo al nombramiento de tutor o curador (artículo 902), y debe ser oído en la autorización judicial de los emancipados para enajenar o gravar bienes raíces o comparecer en juicio, para que los cónyuges celebren contratos entre sí, para calificar la excusa de la patria potestad, etc.

El Ministerio Público representa al ausente en caso de diligencias urgentes o dilación perjudicial, a juicio del tribunal, (artículo 48); será oído en todos los incidentes en que se afecten los derechos de familia (artículos 165 y 166); vigilará que se respeten y garanticen los derechos de los hijos menores o incapacita-

dos (artículos 675, 676 y 680) en el procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento; tiene intervención en la revisión de las sentencias recaídas en juicios sobre rectificación de actas del estado civil y nulidad de matrimonio a que se refiere el artículo 716.

Dice Alcalá-Zamora (78) que el ministerio público en México, no se halla legitimado para promover la mal llamada revisión de oficio, a que se refiere el artículo 716 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que nada tiene que ver con el genuino recurso excepcional de ese nombre que opera contra sentencias con autoridad de cosa juzgada, mismo que sólo acogen en México los Códigos Procesales de Sonora y Morelos, bajo el rubro de juicio de nulidad o indulto, según la materia. Afirma que el artículo 716 contiene dos contrasentidos, que el primero consiste en que siendo los recursos esencialmente actos procesales de parte, - la revisión brote de oficio y el segundo en que perteneciendo las contendidas a la categoría de procesos civiles inquisitorios, se reputa necesaria en los mismos la intervención del ministerio público, como representante del interés social que junto o frente al individual de los litigantes, se ventila en tales casos, no se le reconozca legitimación para impugnar el fallo de primera instancia.

El Ministerio Público tiene acción para pedir el aseguramiento de alimentos, de acuerdo con lo dispuesto por la fracción V del artículo 315 del Código Civil para el Distrito Federal. También puede intervenir cuando quienes ejercen la patria potestad -

no cumplen con su obligación, promoviendo lo que corresponda, según lo dispuesto por el artículo 422 del mismo Ordenamiento.

En resumen, el juzgador no sólo tiene facultades para conciliar a las partes, sino que tiene obligación de exhortarlas para que resuelvan sus diferencias, no obstante debería establecerse dentro de la audiencia de ley, un período conciliatorio. En cuanto a las pruebas, nuestro Código de Procedimientos Civiles se rige por el sistema mixto, siendo relativa la aplicación del arbitrio judicial, y en las controversias del orden familiar se admiten todo tipo de pruebas, -- con la única limitación de que no estén prohibidas por la moral o el derecho; su recepción puede ser oral o escrita (aunque siempre debería ser oral), y su apreciación debe apearse a las leyes que la regulan, a la fijación de los hechos y a la lógica, aunque el juzgador puede ordenar de oficio inspecciones e investigaciones, estas últimas por conducto de trabajadores sociales, para averiguar la verdad sobre los hechos controvertidos y, según el Código de Procedimientos Civiles, -- los informes de los trabajadores sociales tienen el carácter de un testimonio de calidad y su valoración se encuentra sometida al sistema de apreciación razonada.

Por lo que al Ministerio Público se refiere, considero que su misión principal es vigilar que se respete el orden jurídico para coadyubar a la paz social. Dentro de las controversias familiares, tiene acción para pedir el aseguramiento de alimentos e intervenir cuando los que ejercen la patria potestad no cumplen con sus obligaciones, entre otras intervenciones.

CAPITULO IV

EL ARBITRIO JUDICIAL

- A) El deber de juzgar
- B) Límites del deber de juzgar
- C) La interpretación de las normas procesales y el arbitrio.

CAPITULO IV

EL ARBITRIO JUDICIAL

Antes de entrar al desarrollo de este capítulo, considero conveniente hacer la distinción entre juez, magistrado y ministro, dentro de nuestro sistema jurídico, ya que es muy común hablar del juez cuando se hace referencia al encargado de impartir o administrar justicia; también suele llamarse "primer magistrado" al Presidente de la República y "ministros" a los secretarios de estado.

El maestro Cipriano Gómez Lara (79) dice que el juez "... es el titular de un órgano jurisdiccional unipersonal, por regla general de primer grado o instancia." Por otra parte, refiriéndose al magistrado, dice: "La palabra se deriva del latín magister maestro. Por una evolución del término, ha venido a significar el titular de un órgano judicial de jerarquía superior, por regla general, de segundo grado o instancia. También se ha aplicado a los titulares de órganos colegiados o pluripersonales, pero esto no siempre es así, porque encontramos tribunales unitarios, con un solo magistrado." Después se refiere al ministro como sigue: "El término está reservado en nuestro sistema constitucional, para los titulares del máximo órgano judicial, o sea, para los miembros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Estos son los únicos ministros que contempla nuestro sistema jurídico y no deben ser nombrados así, los secretarios de estado del Poder Ejecutivo Federal."

(79) Gómez Lara Cipriano, Teoría General del Proceso, Segunda Edición, Textos Universitarios, U.N.A.M., México, 1980, Pág. 175.

Y por último dice: "El juzgador. Se habla en términos muy amplios - del juzgador, queriendo dar a entender con esta voz, el titular de - cualquier órgano jurisdiccional."

Después de la breve distinción que antecede, basada en los conceptos emitidos al respecto por el maestro Cipriano Gómez Lara, - debo aclarar que en este trabajo, generalmente uso el término 'juzga - dor' al referirme al titular de cualquier órgano jurisdiccional.

A) El deber de juzgar. Este deber implica, por una parte, la obligación impuesta al titular del órgano jurisdiccional de dar - solución a todos los problemas que concretamente le sean planteados, y por otra, las facultades que se le confieren para que cumpla con - dicha obligación. Tanto la obligación del juzgador de resolver cual - quier caso que se le plantee como las facultades para cumplir con di - cha función, son impuestas y otorgadas, respectivamente, por el le - gislador a través de la ley.

De acuerdo con el Código Civil para el Distrito Federal, el silencio, la obscuridad o insuficiencia de la ley no autoriza al juz - gador para que deje de resolver las controversias que le sean plan - teadas (artículo 18). Esto significa que aún cuando la ley no con - tenga disposición aplicable al caso concreto, sea oscura o deficien - te, el juzgador debe resolver todas las controversias planteadas, ya sea conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica, y a falta de ley, conforme a los principios generales de derecho (artí - culo 19). Los artículos 20 y 21 establecen la forma en que debe ac - tuar el juzgador en los casos en que no haya ley expresa aplicable,

y cuando hay ignorancia de la ley, respectivamente, de donde se concluye que siempre deberá resolver todos los casos que se le presenten. Por último, el artículo 83 establece: "Los jueces y tribunales no podrán, bajo ningún pretexto, aplazar, dilatar ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito."

De lo anterior se desprende que el titular de un órgano jurisdiccional, cualquiera que éste sea, debe juzgar todos y cada uno de los casos que se le presenten, aún cuando haya silencio, obscuridad, insuficiencia o ignorancia de la ley. Para cumplir con su cometido debe recurrir a la letra de la ley, a su interpretación jurídica o a falta de ésta, a los principios generales del derecho.

Por otra parte, el titular del órgano jurisdiccional, para cumplir con su deber de juzgar, de conformidad con el Código de Procedimientos Cíviles para el Distrito Federal, dispone de diversas facultades otorgadas por el legislador, entre las que se encuentran las siguientes: Está facultado para examinar, bajo su responsabilidad, la personalidad de las partes (artículo 46); investigar de oficio acerca de la existencia de las piezas de autos desaparecidas (artículo 70); rechazar recursos notoriamente frívolos e improcedentes (artículo 72); aclarar sus sentencias después de firmadas (artículo 84); modificar las resoluciones judiciales provisionales y las firmas, en este segundo caso, cuando hayan recaído en negocios de alientos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y demás previstas por las leyes (artículo 99); inhibirse cuando se considere incompetente (artículo 163);

excusarse cuando concurra alguna causa de inhabilidad para el cargo (artículo 171); prevenir al actor de que la demanda es oscura o irregular a fin de que la aclare, corrija o complete (artículo 257); ordenar pruebas (artículo 278); decretar en todo tiempo la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria para conocer la verdad sobre los puntos cuestionados (artículo 279); invocar hechos notorios (artículo 286); requerir a terceros para que exhiban documentos o cosas (artículo 288); formular preguntas y pedir aclaraciones a las partes, testigos o peritos (artículos 390, 391, 392 y 395); - declarar que causan ejecutoria las sentencias consentidas expresamente (artículo 428), etc.

Además de las normas antes referidas, existen otras expresiones de arbitrio judicial, como cuando el juzgador puede escoger - entre dos o más alternativas, nombrar árbitros, peritos, auxiliares, etc., remover a los nombrados por incumplimiento de su cargo, decretar medidas de apremio, moderar cantidades al condenar al pago de - daños y perjuicios, prorrogar plazos, etc.

Las facultades precitadas me permiten concluir que, en --- nuestro sistema jurídico, el juzgador dispone de un margen de libertad para resolver los casos concretos y que constituye el arbitrio judicial que se define como la facultad del juzgador para apreciar, según las reglas de la sana crítica, determinadas pruebas y fallar de acuerdo con su conciencia, sin tener que sujetarse al rigorismo del derecho escrito.

B) Límites del deber de juzgar. Así como el legislador concede al juzgador un margen de libertad, condiciona su potestad jurisdicente, quizá para preservar el principio de seguridad jurídica.

Alcalá Zamora (80), refiriéndose a las limitaciones de los poderes del juez civil dice: "Enumerados por la ley, condicionada la potestad jurisdicente en la forma que acabamos de indicar y tropezan do a cada paso con las facultades dispositivas reconocidas a las partes, los poderes del juez civil mexicano experimentan todavía mermas importantes en varias direcciones...". Sostiene que el funcionario judicial puede quedar descartado del conocimiento de un litigio en - virtud de la recusación sin causa, a la que llama arma de dos filos contra la que no puede defenderse. Que en ocasiones el juzgador posee poderes circunscritos, como en el caso de los árbitros quienes - carecen de imperio y requieren de la cooperación o complemento del - juez público del arbitraje y en el caso del llamado juez ejecutor -- que resulta más bien auxiliar del juez de la ejecución quien resulta el verdadero titular; que la plena potestad de apreciación del juzgador resulta eliminada o mutilada, cuando debe atenderse a una cues---tión prejudicial pronunciada por órgano jurisdiccional distinto y -- cuando la valoración de la prueba se encuentra sometida a reglas legales o tasadas. Agrega que la primera hipótesis carece de relevancia en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, mientras que la segunda satura el régimen mexicano de la prueba, sol

(80) Ob. Cit., Derecho..., Págs. 383-385.

vo algunas excepciones.

En materia de plazos, las facultades del juzgador se encuentran fuertemente limitadas en virtud de que predominan los legales - sobre los judiciales, y aún en mayor escala, sobre los convencionales o pactados por las partes, porque el Código Procesal del Distrito Federal reglamenta la preclusión en forma rígida, así como la ampliación por razón de la distancia y porque, en forma genérica, el legislador establece plazos para la práctica de algún acto judicial o el ejercicio de algún derecho.

Ugo Rocco (81) dice que existe un límite insuperable por parte del juez para conocer de hechos que las partes no han probado ni alegado y para él son inexistentes; que si el hecho conocido por el juez es diverso del afirmado por la parte como constitutivo de su derecho, aquél no puede tomarlo como fundamento de su resolución en virtud del principio: "todo lo que mira al hecho, se deja a disposición de las partes.", porque el juez no puede valerse de su ciencia privada. La parte, como mejor enterada de los hechos, ministra al juez todo el material para que determine la existencia o inexistencia de un derecho determinado. Las partes, de acuerdo con el principio dispositivo, tienen la facultad de determinar todo el material probatorio, lo que constituye cierto límite a las facultades del juez, al no poder desplegar su actividad sino después de una manifestación de voluntad que requiera la intervención del Estado.

(81) Rocco, Ugo, Derecho Procesal Civil, Porrúa Hermanos y Cía, México, 1939, Págs. 247-251.

Según el principio dispositivo, tanto el ejercicio de la acción como los límites de la misma, se regulan en gran parte por la voluntad de los litigantes, porque así como las partes son dueñas de disponer de su derecho, también disponen del desarrollo del proceso. El particular, al interponer su demanda, fija los límites y señala los extremos de la cuestión planteada.

Por otra parte, las declaraciones de voluntad de las partes, también vinculan al juzgador, como en el caso de la confesión, ya que, dentro del derecho privado, no puede apartarse de la confesión de las partes. La sentencia debe corresponder perfectamente a la demanda y las conclusiones, por lo que el sentenciador no está facultado para ampliar los límites fijados en la petición de las partes, no puede dar lo que no se le pide, de donde se concluye que el deber de juzgar está limitado por la voluntad de las partes.

Por último, el artículo 172 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su segundo párrafo, establece: "Únicamente procederá la recusación sin causa contra los jueces, cuando la interponga el demandado precisamente al contestar la demanda." Por su parte, el artículo 953 del mismo ordenamiento dice: "La recusación con causa o sin ella, no podrá impedir que el juez adopte las medidas provisionales sobre depósito de personas, alimentos y menores."

De acuerdo con lo anterior, considero que la recusación sin causa a la que Alcalá-Zamora llama "arma de dos filos", contra la --

que el funcionario judicial no puede defenderse, debe desaparecer, toda vez que en la práctica forense se abusa de ella, generalmente con el -- único objeto de obstaculizar el procedimiento. Creo que es suficiente la recusación con causa a que se refiere el artículo 172 del mismo ordenamiento citado en el párrafo que antecede, por lo que debe desaparecer la recusación sin expresión de causa, principalmente en los negocios -- que por su naturaleza requieran de mayor celeridad, como en las controversias de orden familiar, aún cuando el juez esté facultado expresamente para tomar las medidas provisionales sobre depósito de personas, menores y alimentos, este tipo de recusación aunado a los trámites burocráticos consistentes en elaborar el oficio, recabar la firma del titular del órgano jurisdiccional, extraer los documentos base de la acción del seguro y remitir los autos al juzgado que deba seguir conociendo -- del juicio, va a retardar considerablemente el procedimiento, y por si lo anterior fuera poco, se acostumbra notificar personalmente a las partes la llegada y radicación de los autos en el juzgado que los recibe, -- impidiendo con ello la impartición de justicia pronta y expedita.

Estoy seguro que los litigantes que tienen fama de "chicaneros" no estarán de acuerdo con mi opinión en el sentido de que desaparezca la recusación sin causa, por razones obvias, pero se eliminaría un obstáculo legal que no tiene razón de ser, especialmente en los procedimientos que requieran de mayor celeridad.

C) La interpretación de las normas procesales y el arbitrio. -- Para Hans Kelsen (82), la cuestión acerca de cuál de las posibilidades da

(82) Kelsen, Hans, La Teoría Pura del Derecho, Segunda Edición, Editorial Nacional, México, 1974, Págs. 135-136.

das en el marco de una norma sea la "justa" no es propia del conocimiento dirigido hacia el derecho positivo, no es un problema teórico-jurídico, sino político-jurídico. Para este autor la tarea de extraer de la ley la resolución justa, es esencialmente la misma que crear -- dentro del marco de la constitución las leyes justas; si por interpretación no pueden extraerse de la constitución leyes justas, tampoco pueden extraerse de la ley sentencias justas. Dice que la sujeción -- del legislador, desde el punto de vista material, es menor que la del juez; que el legislador es mucho más libre, pero que también el juez es creador de derecho y relativamente libre en su función. Luego agrega: "la elaboración de la norma individual en el procedimiento de ejecución de la ley es una función de la voluntad, en tanto que con ella se llena el marco de la norma general. Los comentarios "científicos" en que debe apoyarse la actividad de ejecución de la ley tienen un carácter absolutamente político-jurídico...".

De lo anterior se desprende que Kelsen admite que también el juez crea derecho, porque es relativamente libre en su función y debe encontrar, dentro de las posibilidades dadas en una norma, la -- más justa, aplicando un criterio político-jurídico.

Recasens Siches (83) dice: "... las varias críticas contra la concepción mecánica de la jurisprudencia han hecho patente que la obra del juez, o del órgano jurisdiccional administrativo, contiene --

(83) Recasens Siches, Luis, Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, Editorial Porrúa, S. A., Segunda Edición, México, 1973, --- Págs. 213 y 276.

siempre una función creadora de derecho, en mayor o menor medida, - según los diversos tipos de casos, pero siempre y necesariamente en alguna medida, incluso cuando esa obra se apoya en una norma general claramente expresada en la ley, que sin duda está vigente y cuyo sentido se presenta con inequívoca claridad." Sostiene que el derecho nace de la vida humana social y está destinado a ella por lo que habrá de reflejar sus caracteres y sus situaciones concretas; - que una norma jurídica es un pedazo de vida humana objetivada, y -- que en la medida en que está vigente es revivida de modo actual por las personas que la cumplen y las que la aplican, misma que al ser revivida debe experimentar modificaciones para ajustarse a las nuevas realidades. Por otra parte, dice que sería un error entender a la certeza y seguridad jurídicas en términos absolutos, porque en la vida humana no hay ni puede haber nada absoluto; que la estructura de la vida humana es bipolar en todos sus aspectos; que la seguridad no es valor supremo del derecho, sino la justicia, la libertad de la persona humana, el bienestar social, etc. Luego agrega - que el deseo de seguridad puede chocar con el de justicia, por lo que los casos concretos pueden resolverse algunas veces en favor de la justicia y otras en favor de la seguridad.

Galindo Garfias (84) dice: "Interpretar en términos generales, quiere decir captar o aprehender el significado de una expresión artística, científica, intelectual, etc." Luego sostiene que

(84) Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1980, Págs. 180-194.

la interpretación jurídica tiene por objeto identificar el pensamiento de la norma con su estructura lógico-jurídica para poder -- aplicarla al caso concreto, y la define como "...el proceso de comprensión del contenido de uno o varios preceptos legales, con el objeto de determinar el sentido de la norma."

En relación con el objeto de la interpretación, existen -- diversas escuelas que han prevalectido en épocas distintas, entre -- las que únicamente me referiré a dos de ellas por considerarlas -- las más extremas y que son: la Escuela de la Exégesis y la Escuela del Derecho Libre. La primera sostiene que cuando la ley es clara, no es lícito eludir su letra; que la labor del intérprete, en caso de duda u oscuridad, consiste en investigar el pensamiento del legislador y que sólo en el caso extremo de que no se encuentre su -- voluntad, se autoriza al intérprete para recurrir a los principios generales del Derecho. La segunda escuela citada afirma que la -- ciencia del Derecho no se limita al conocimiento de la norma, sino que crea derecho; que el juzgador, al interpretar el Derecho, crea normas jurídicas con la finalidad de realizar la justicia; que la ausencia de un precepto aplicable, autoriza al juzgador a ocupar -- el lugar del legislador, libre de toda traba dogmática, e incluso con autorización para separarse del sistema del código y realizar la justicia, y que, frente a la insuficiencia de la ley, el juzgador debe realizar una labor personal creadora del nuevo Derecho, -- colocándose en la misma situación que el legislador.

Galindo Garfias (85), refiriéndose a la Escuela del Derecho Libre, dice que en el derecho positivo, el Código Civil Suizo autoriza al juzgador para que actúe como legislador frente a las lagunas de la ley, pero que aún en dicha legislación no se llegó al extremo del método de la escuela citada, ya que en la parte final del artículo primero del citado código, se impone al juzgador la obligación de inspirarse en la doctrina o jurisprudencia más autorizadas.

La interpretación supone la existencia de una norma, pero cuando la ley es omisa, se presentan las lagunas que dan lugar a la integración de la ley, misma que se lleva a cabo completando los preceptos mediante la elaboración de otros que no se encuentran contenidos en las disposiciones emitidas mediante el acto legislativo. Esta integración se lleva a cabo mediante la analogía, pero si al aplicar el método analógico el juzgador no encuentra la solución al caso concreto, está obligado a recurrir a los principios generales del Derecho.

La analogía, según Galindo Garfias (86), es el método que nos lleva a la fuente original del derecho para disciplinar los casos semejantes no expresamente contemplados, mientras que los principios generales del Derecho, son las normas de validez intrínseca, válidas por sí mismas, y las ideas fundamentales inspirado-

(85) Ob. Cit., Págs. 190-191.

(86) Ob. Cit., Pag. 194.

ras de un sistema concreto de Derecho positivo.

A pesar de lo anterior, existe el problema de saber en -- qué consisten los principios generales del Derecho, ya que algunos autores los identifican con el derecho natural, otros con los prin cipios del derecho romano; también se les ha identificado con la - justicia o como los principios informadores fundamentales que vi- vifican todo un sistema de derecho positivo.

Para García Máynez (87), interpretar es desentrañar el -- sentido de una expresión. Se interpretan las expresiones para des cubrir lo que significan. Ahora bien, la ley se manifiesta a tra- vés de expresiones que deben ser interpretadas para descubrir su - significado, pero el mismo autor admite que el problema radica en saber qué se entiende por sentido de la ley, y agrega que una de - las soluciones propuestas consiste en afirmar que el sentido de la ley es la voluntad del legislador, pero lo que cabe interpretar no es esa voluntad, sino el texto de la ley, su sentido lógico objeti vo como expresión del derecho, porque la ley ya no es considerada como expresión de un querer, sino como formulación del derecho ob- jetivo.

En nuestro derecho, las reglas fundamentales, tanto de la interpretación como de la integración, se encuentran contenidas en los párrafos tercero y cuarto del artículo 14 Constitucional. En

(87) García Máynez, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, - Vigésima Novena Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1978, -- Págs. 225-227.

el párrafo tercero se prohíbe la aplicación de la analogía y con ello, la integración de la ley penal, pero no así la interpretación. Del párrafo cuarto se desprende que el juzgador, en materia civil, resolverá de acuerdo con la ley todas las controversias de que conozca, siempre que esté prevista la situación jurídica controvertida, ya que de no estarlo, se encontraría frente a una laguna que tiene obligación de colmar. También establece que deberá resolver conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta, a los principios generales del derecho.

El Código Civil impone al juzgador la obligación de resolver todas las controversias que sean sometidas a su decisión, aún cuando exista silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley (artículo 18), obligándolo igualmente a resolver conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica, y que a falta de ley, es decir, en caso de lagunas, resolverá conforme a los principios generales del derecho (artículo 19).

Tomando en cuenta que la labor del intérprete consiste en buscar el derecho aplicable a los casos concretos, a través de una fórmula oficial, la interpretación debe efectuarse en conexión sistemática con todo el ordenamiento jurídico vigente y no basarse exclusivamente en la fórmula. En consecuencia, el intérprete debe recurrir a las interpretaciones histórica, lógica y sistemática, así como a cualquier otro medio que le pueda servir para encontrar el sentido de la ley, mismo que no debe confundirse con la volun-

dad del legislador, ya que la misión de éste no es expresar lo -- que él quiere sino lo que jurídicamente debe ser.

El arbitrio judicial al que se le define como la facultad de que dispone el juzgador para apreciar, según las reglas de la sana crítica, determinadas pruebas, y fallar conforme a los dictados de su conciencia, sin tener que sujetarse al rigorismo del derecho escrito, se encuentra íntimamente ligado con la interpretación e integración de la ley. Si en un ordenamiento jurídico el juzgador está facultado para interpretar e integrar la ley, si -- aplicarla a los casos concretos, se considera que dispone de cierto grado de arbitrio, mismo que le permite mediante las técnicas de la interpretación, desentrañar el sentido lógico jurídico de la norma como expresión del derecho, pero si además de lo anterior se le permite apreciar pruebas, según las reglas de la sana crítica, fallar sin tener que sujetarse en forma estricta al rigor del derecho escrito e integrar la ley, estamos en presencia del arbitrio judicial.

En nuestro ordenamiento jurídico se permite la interpretación e integración de la ley, con excepción de la materia penal en la que se prohíbe la integración. También se permite la valoración de ciertas pruebas, de donde se desprende que existe una estrecha relación entre la interpretación de la ley y el arbitrio judicial.

CAPITULO V

EL ARBITRIO JUDICIAL EN LAS CONTROVERSIAS FAMILIARES.

- A) Avances del arbitrio judicial en materia familiar.
- B) La voluntad de las partes en las controversias familiares.
- C) Casos en los que el juzgador sustituye la voluntad de las partes.
- D) Arbitrio y arbitrariedad.
- E) Casos en los que debe limitarse el arbitrio judicial.
- F) Necesidad de reformar y adicionar el Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

CAPITULO V

EL ARBITRIO JUDICIAL EN LAS CONTROVERSIAS FAMILIARES.

A) Avances del arbitrio judicial en materia familiar.

En el Código de Procedimientos Civiles de 1884, se establecía un trámite sumario para los alimentos debidos por ley, testamento o contrato y su correspondiente aseguramiento; la calificación de impedimentos para contraer matrimonio y la disconformidad de herederos con la partición de la herencia. De lo anterior se desprende que el juzgador ya disponía de arbitrio para fijar el monto de la pensión alimenticia en juicios de alimentos, calificar los impedimentos de matrimonio y resolver cualquier disconformidad surgida en la partición de herencia.

El Código de Procedimientos Civiles de 1932, en su artículo 430, establecía un trámite sumario para los juicios de alimentos, ya fuera el pago o el aseguramiento; la calificación de impedimentos para contraer matrimonio y la responsabilidad por incumplimiento de promesa de matrimonio; la constitución del patrimonio familiar y la oposición de terceros respecto de dicha constitución, así como cualquier controversia relacionada con el patrimonio de la familia; las diferencias entre cónyuges sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de maridos, padres o tutores, y en general, todas las cuestiones familiares que requieran de la intervención judicial.

Como se desprende de lo anterior, el Código de Procedimientos Civiles de 1932, regula un número mayor de controversias

familiares y con ello el juzgador ve ampliadas sus facultades a -- medida que, por su importancia y características, la materia familiar es objeto de especial atención por parte del Estado.

Los Juzgados Pupilares, creados por la Ley Orgánica de -- los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito y Territorios Federales, de 31 de diciembre de 1932, constituyen el antecedente de los actuales Juzgados Familiares.

La Ley Orgánica de Tribunales de 29 de enero de 1969, --- trajo como consecuencia una división o sepración de competencias, ya que de la civil se desprende la especial familiar, como antes - había ocurrido con las materias penal y del trabajo, pero es hasta el 24 de febrero de 1971 cuando se crean los juzgados familiares, mediante reformas efectuadas a la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal, con competencia para conocer de todo lo relacionado con las cuestiones familiares.

Por decreto de 26 de febrero de 1973, se le adicionó al - Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal el Título Décimosexto que contiene un Capítulo Unico denominado "De las - controversias de orden familiar". A pesar de lo anterior, no se regule en forma completa y sistemática el proceso familiar, pues sólo se prevén algunos principios generales para todos los juicios y procedimientos relativos a la familia y un juicio especial para dirimir algunas controversias familiares.

El 14 de marzo de 1973 nuevamente se reformó y adicionó

el Código de Procedimientos Civiles, desaparecen los juicios sumarios y prácticamente se convierten en especiales; se adiciona a la fracción II del artículo 420 el segundo párrafo que textualmente dice: "En todos estos casos, (refiriéndose a los alimentos) el juez fijará, a petición del acreedor, sin audiencia del deudor y mediante la información que considere necesaria, una pensión alimenticia provisional, mientras se resuelve el juicio de alimentos". Con lo anterior se conceden al juez amplias facultades para fijar la pensión alimenticia provisional, ya que podrá hacerlo sin tomar en cuenta al demandado y mediante la información que estime necesaria, resultando dicha pensión contraria a lo dispuesto por el artículo 311 del Código Civil, en la mayoría de los casos, ya que no existe proporción entre las posibilidades del demandado y las necesidades del actor, pues se acostumbra fijar una pensión provisional al acordar la demanda, por lo que en la mayoría de los casos se desconocen las posibilidades del demandado. Otro de los problemas que presenta el mencionado párrafo es que prejuzga cuando llama acreedor al actor y deudor al demandado, porque en muchas hipótesis no existe ni siquiera una presunción en ese sentido.

Las reformas de 1973, mediante las cuales se incorporaron en el Código de Procedimientos Civiles, otras reglas aplicables a ciertas cuestiones familiares tales como: Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público (artículo 940); se faculta a los jueces de lo familiar para intervenir de oficio -

en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores y de alimentos, decretando las medidas que tienden a preservar y proteger a sus miembros (artículo 941); se establece que se puede acudir al Juez de lo Familiar por escrito o verbalmente, ya que no se requieren formalidades especiales en las controversias familiares (artículo 942); se establece la obligación del asesoramiento de un defensor de oficio a la parte que no esté asesorada por licenciado en derecho, cuando la otra sí lo esté --- (artículo 943) y se faculta al juez para auxiliarse de trabajadores sociales cuyos informes tendrán el valor de un testigo de calidad.

De acuerdo con Ovalle Favela (88) el proceso familiar --- suele ubicarse dentro del grupo en el que rige el principio inquisitivo, debido a que al juzgador familiar se le han otorgado mayores poderes de conducción, y porque los derechos derivados del estatus familiar, por lo general son irrenunciables.

Sánchez Medel (89), sostiene que en el artículo 168 del Código Civil, se deja al Juez de lo Familiar la decisión en forma casuística, de cuál de los cónyuges y en qué forma se ocupe de lo referente al manejo del hogar y a la formación y educación de los hijos; que la nueva legislación mexicana ha dispuesto que la ingu-

(88) Ob. Cit. Pág. 8.

(89) Sánchez Medel, Ramón, Los Grandes Cambios en el Derecho de -- Familia en México, Editorial Porrúa, S. A., México 1979, Págs. 63-67.

rencia de la autoridad judicial en esta materia tenga el carácter de forzosa e ineludible para ambos cónyuges, porque aunque no exista petición de alguno de ellos, el Juez de lo Familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, según lo dispone el artículo 941 del Código de Procedimientos Cíviles; que las reformas de 1975 llegan al extremo de -- crear una nueva y especial causa de divorcio, pero ya no para sancionar la falta de un cónyuge al otro, sino la falta o desacato -- que un cónyuge ha cometido a un tercero que es el Juez de lo Familiar; que la intervención inicitada del Juez de lo Familiar, engendra la extrema figura de un matrimonio de tres, porque ante la actual indeterminación de la ley, al surgir la discrepancia o el conflicto entre los cónyuges, "... el único facultado para dirimir el desempate en una singular sociedad de dos socios iguales viene a ser un extraño que es el Juez de lo Familiar."; que la reforma -- convierte a los hijos en un verdadero botín judicial: que las reformas aludidas invocan como pretexto la igualdad absoluta de ambos sexos, desconociendo o haciendo caso omiso de la desigualdad -- de aptitudes y de funciones para con el hogar de uno y otro sexo.

Considero que Sánchez Medel exagera cuando critica las -- últimas reformas efectuadas en materia familiar, en cuanto a las -- facultades que se conceden al juzgador. Es cierto que no tenemos un sistema de elección adecuado para seleccionar a quienes administran justicia, que existe dependencia del Poder Ejecutivo, que

hay corrupción y mala distribución del presupuesto público, y que en tales condiciones es peligroso ampliar el arbitrio del juez, pero también es cierto que el Derecho es producto de la sociedad y debe evolucionar junto con ella, sin perjuicio del principio de seguridad jurídica; que existen funcionarios judiciales capaces y honorables y que debemos encontrar un método adecuado para elegir a dichos funcionarios.

En mi concepto tiene razón Sánchez Medel cuando critica - las reformas, principalmente respecto de la igualdad de los cónyuges y cuando afirma que las reformas aludidas convierten en un --- verdadero botín judicial a los hijos. Desde el momento en que la ley considera iguales al hombre y la mujer unidos en matrimonio, - se presenta una desigualdad en virtud de que no tienen las mismas aptitudes y funciones, especialmente respecto de sus hijos menores, y en esas condiciones, antes de las reformas que se vienen mencionando, el artículo 260 del Código para el Distrito Federal protegía en mejor forma a los hijos menores de cinco años, así como a - la mujer, excepto en los casos de excepción a que hacía referencia el mismo precepto que a continuación se transcribe: "ART. 260.- Si uno sólo de los cónyuges ha procedido de buena fe, quedarán todos los hijos bajo su cuidado; pero siempre, y aun tratándose de - divorcio, las hijas e hijos menores de cinco años, se mantendrán - al cuidado de la madre hasta que cumplan esta edad, a menos que la madre se dedicare a la prostitución, al lenocinio, hubiere contraf

do el hábito de embriagarse, tuviera alguna enfermedad contagiosa o, por su conducta ofreciere peligro grave para la salud o la moralidad de sus hijos".

De lo anterior se desprende que el Código Civil protegía especialmente a los hijos menores de cinco años, pues desde el -- punto de vista natural, es lógico que dichos menores se encuentren más protegidos al lado de la madre, en cuanto a su alimentación, cuidado y desarrollo emocional. Actualmente los hijos menores, independientemente de su edad, pueden permanecer bajo la custodia de cualquiera de sus padres, aún cuando sólo tengan días de nacidos, ya que la ley así lo permite, además de que faculta al -- Juez Familiar para que de oficio determine sobre su educación provocando con ello que éstos se conviertan en un botín judicial, --- porque cualquiera de los cónyuges puede arrebatarlos al otro con el único fin de presionarlo para conseguir diversos objetivos tales como el divorcio voluntario, imponiendo sus condiciones y ante la angustia de su cónyuge, sin que el juzgador llegue a enterarse de tal situación, causando a sus hijos desequilibrios emocionales graves.

Por último, el arbitrio judicial, en materia familiar, se ha venido incrementando en forma positiva pero peligrosa, por lo que considero que debe ampliarse a medida que nuestros funcionarios judiciales sean electos tomando en cuenta su prestigio, capacidad, honestidad y autonomía, pues de lo contrario no se cumpli

ría con la alta finalidad que persiguen las instituciones familiares y que es preservar a la familia y proteger a sus miembros.

B) La voluntad de las partes en las controversias familiares.

Por regla general, en materia civil, se aplica el principio dispositivo, ya que la acción procesal, tanto activa como pasiva, se encuentra encomendada a las partes. De acuerdo con este principio, a nadie puede obligársele a intentar y proseguir -- una acción en contra de su voluntad; a oponer excepciones o negar la demanda; a ofrecer pruebas; a interponer recursos, etc. Por su parte, el juzgador debe sentenciar según lo alegado y probado en autos, pero toda regla tiene sus excepciones y en este caso -- destacan las siguientes: el juzgador puede suplir los principios jurídicos y las normas legales aplicables al caso concreto, cuando las partes no lo hayan hecho en debida forma; puede ordenar la práctica de diligencias para mejor proveer; debe declararse incompetente cuando así proceda; debe examinar de oficio la -- personalidad de los litigantes; está facultado para rechazar la -- demanda que no reúna los requisitos legales; debe revisar las -- sentencias pronunciadas en los juicios de nulidad de matrimonio y rectificación de actas del estado civil, etc.

Ahora bien, a pesar de que nuestra legislación está inspirada en el principio dispositivo, dentro de la materia penal se aplica el principio inquisitivo, mismo que consiste en que la --

iniciación y el ejercicio de la acción procesal se encuentran encomendados al juzgador quien debe proceder de oficio, sin necesidad de esperar que las partes inicien el proceso y lo impulsen. Este principio es contrario al dispositivo.

Considero que dentro de las controversias de orden familiar se aplica predominantemente el principio inquisitivo, --- porque de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 940 y 941 del Código de Procedimientos Civiles, dichas controversias se -- consideran de orden público y se faculta al juzgador para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia. También tiene el deber de exhortar a las partes para que lleguen a un avenimiento. De acuerdo con el artículo 943 del ordenamiento antes citado, el juzgador está facultado para fijar, a petición del acreedor y sin audiencia del deudor, una pensión alimenticia provisional que estará vigente mientras dure el procedimiento. - Además de las facultades anteriores se conceden al juzgador --- otras entre las que se encuentran la de cerciorarse personalmente o con auxilio de trabajadores sociales, de la veracidad de los hechos (artículo 945); puede adoptar medidas provisionales sobre depósito de personas, alimentos y menores, aún cuando se - haga valer la recusación con causa o sin ella, o se opongan --- excepciones dilatorias (artículos 953 y 954).

En virtud de las facultades antes mencionadas y de que el juzgador puede actuar de oficio en las controversias familiares, la voluntad de las partes se ve fuertemente limitada y en -

ocasiones sustituida, especialmente tratándose de menores y de alimentos.

C) Casos en los que el juzgador sustituye la voluntad de las partes.

En nuestro Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, existen casos en los que la actividad judicial sustituye a las partes, como cuando el condenado a otorgar algún instrumento o a celebrar un acto jurídico no cumple con la obligación impuesta en la sentencia (art. 517); cuando el deudor se niega, en la vía de apremio a otorgar a favor del comprador la escritura de venta del inmueble rematado o la factura correspondiente, tratándose de muebles (arts. 589 y 598); cuando el juzgador decreta la práctica o ampliación de alguna diligencia probatoria (art. 279); generalmente cuando las partes no se ponen de acuerdo en el nombramiento de alguna persona que deban designar, etc.

Dentro de las controversias familiares, considero que el juzgador puede sustituir la voluntad de las partes en la mayoría de los actos judiciales, toda vez que está facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente -- tratándose de menores y de alimentos (art. 941).

También sustituye la voluntad de las partes cuando fija -- una pensión alimenticia sin audiencia del demandado (art. 943); --- cuando se auxilia de trabajadores sociales que intervienen aún cuan

do las partes no lo hayan solicitado ni estén de acuerdo con dicha intervención (art. 945); cuando las partes no se ponen de acuerdo - sobre el manejo del hogar, la formación y educación de los hijos y la administración de los bienes comunes, así como en los casos de - oposición de maridos, padres y tutores, según se desprende de los - artículos 168 y 169 del Código Civil para el Distrito Federal, entre otros casos.

D) Arbitrio y arbitrariedad.

Tomado en cuenta que el arbitrio judicial es la facultad de que goza el juzgador para apreciar, según las reglas de la sana crítica, determinadas pruebas y fallar de acuerdo con los dictados de su conciencia, sin sujetarse al rigorismo del derecho escrito, y que la arbitrariedad es el acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho, - el juzgador puede convertirse en arbitrario, ya sea por falta de -- autonomía, corrupción, incapacidad, etc.

En nuestro sistema jurídico, ante la carencia de un método específico de elección o selección de los funcionarios encargados - de administrar justicia; ante la marcada dependencia del poder judicial respecto del ejecutivo y la mala administración y distribución del presupuesto, entre otras causas, hacen que a mayores facultades concedidas al juzgador, mayor sea el peligro de que caiga --- dentro de la arbitrariedad.

Recasens Siches (90), dice que el mandato arbitrario obedece a un fortuito antojo de quien dispone del poder, algo no reductible a criterio fijo; que lo arbitrario no es lo injusto ni lo erróneo, sino la negación de la esencia de lo jurídico; que la diferencia entre lo arbitrario y la resolución jurídica discrecional radica en que lo primero es un capricho que no responde a regla o principio general alguno, mientras que la segunda se rige por principios generales para obtener la solución adecuada al caso concepto; que obrar discrecionalmente no significa obrar arbitrariamente y -- que la arbitrariedad se presenta cuando quien ejerce las facultades discrecionales lo hace contrariamente a la finalidad para la cual se le otorgaron dichas facultades. El mismo autor afirma: "Si bien en algún caso concreto es posible que el contenido de un mandato arbitrario parezca justo y acertado --y aún más justo que el que se derivaría del derecho vigente--, no obstante, hay que reconocer que la arbitrariedad tan sólo por ser tal, resulta la plaga mayor que puede sufrir la sociedad. Porque aún en el caso de que el mandato arbitrario se guiase por una buena intención, destruiría el elemento esencial de la vida jurídica, la fijeza, la inviolabilidad de las normas; en suma, la seguridad."

Por lo anterior, considero que mientras no se resuelvan, -

(90) Recasens Siches, Luis, Tratado General de Filosofía del Derecho, Editoria Porrúa, S.A., Segunda Edición, México, 1961. Págs. - 213-218.

aún cuando sea en parte, los problemas de elección o selección de los funcionarios encargados de administrar justicia y de dependencia respecto del Poder Ejecutivo, existe el peligro de que el juzgador caiga dentro de la arbitrariedad, en perjuicio de una institución tan importante como la familia.

E) Casos en los que debe limitarse el arbitrio judicial.

Pérez Palma (91), al comentar el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal dice: "Por ahora son imprevisibles las consecuencias que pueden sobrevenir al facultar a los jueces de lo familiar para intervenir oficiosamente en los asuntos que afectan a la familia; la ley podrá ser buena, pero falta saber qué harán de ella los jueces encargados de aplicarla.

Es sabido que los lazos que forman y que unen a la familia son de amor, de respeto y de consideraciones mutuas, de socorro, de auxilio de los unos para con los otros, de comprensión, de buena fe y de buena voluntad; pero cuando se rompe la paz y el orden familiar, todos esos buenos sentimientos se convierten en uno solo: el odio de unos hacia los otros. La experiencia revela a qué grado son pasionales algunos divorcios, o las controversias sobre la posesión de los hijos, o los pleitos en cuestiones de dinero. Son ellas controversias que, con buena voluntad resultan de fácil solución, pero mientras es-

(91) Pérez Palma, Rafael, Guía de Derecho Procesal Civil, Cárdenas -- Editor y Distribuidor, Sexta Edición, México, 1981, Pág. 881.

té la pasión de por medio y haya sentimientos de malquerencia, los -
avenimientos de que habla el precepto, no representan sino la buena
voluntad del legislador. Ojalá los jueces de lo familiar, cumpliendo
con la obligación que la disposición les impone, de exhortar a las -
partes para lograr el avenimiento, logren mejores resultados, que --
los que la aplicación de la ley ha producido hasta ahora."

El comentario antes transcrito refleja en forma elocuente
el peligro y la preocupación, respecto de la injerencia que tiene el
juzgador al estar facultado para intervenir de oficio en las contro-
versias familiares.

Considero peligrosas las facultades otorgadas al juez fami-
liar para intervenir de oficio, especialmente tratándose de menores
y de alimentos, por los problemas citados en los incisos anteriores,
además de que, en muchos casos y debido a los recursos de que dispo-
ne, el juzgador desconoce las causas y magnitud de los problemas que
se le plantean, pues por sí lo anterior fuera poco, generalmente no
se cumple con el principio de inmediación procesal, se carece de ex
periencia y de la sensibilidad necesarias para comprender y resolver
de tal forma que realmente se pueda preservar a la familia y prote-
ger a sus miembros, especialmente los menores que normalmente son -
ajenos a los problemas de sus progenitores. Debe regularse en forma
sistemática y con la mayor precisión posible, la intervención del -
juzgador dentro de las controversias familiares, dado lo delicado -
de las cuestiones que se ventilan, especificando los casos en que -
puede actuar de oficio.

Tratándose de menores, el juzgador debe realizar el máximo esfuerzo para conciliar los intereses controvertidos, pues de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 941, está facultado para ello.

Debe limitarse la intervención oficiosa del juzgador en aquellas controversias familiares que traten sobre menores y alimentos, en el primer caso, para evitar que los padres pierdan autoridad sobre sus hijos y para que éstos no se perjudiquen emocionalmente al decretarse medidas que lejos de preservar a la familia y proteger a sus miembros, la disgregan y desestabilizan, cuando la controversia pudo conciliarse antes de que se agudizara con el procedimiento, como ocurre con frecuencia en la práctica.

Otro de los casos en que debe limitarse el arbitrio judicial es al fijarse la pensión alimenticia provisional, ya que el artículo 943 prejuzga cuando llama acreedor al actor y deudor al demandado, carácter que debe determinarse al resolver el fondo, además de que no toma en cuenta que en algunos casos no existe ni siquiera una presunción en tal sentido, como cuando fija una pensión a cargo de personas que no son las principales obligadas y sin que se acredite la falta o imposibilidad de quienes tienen dicha obligación; cuando el actor es uno de los cónyuges y que no solo puede carecer de derecho a recibirla, sino estar obligado a proporcionarla, ya que no se le exige que acredite su incapacidad física o mental para trabajar, y cuando se trata la concubina, entre otros casos, pues el juzgador puede perjudicar a los verdaderos acreedores al fijar una pensión provisional sin conocer las pruebas, argumentos y posibilidades del demandado, porque está facultado para fijarla "...mediante la información que estime necesaria..."

Creo que cada vez que tiendan a ampliarse las facultades del juzgador, debe tomarse en cuenta su capacidad, honorabilidad, autonomía y experiencia en la materia de que se trate, cualidades todas que en mucho dependen del método que se adopte para elegir o seleccionar a los funcionarios judiciales.

Lo anterior de ninguna manera significa que esté en contra del arbitrio judicial, pero éste debe ampliarse en la medida en que tengamos funcionarios más especializados, mejores en todos aspectos, lo que podrá lograrse en la medida en que sean electos o seleccionados mediante examen de oposición y tomando en cuenta sus cualidades observadas durante el desempeño de su carrera judicial.

F) Necesidad de reformar y adicionar el Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Hemos visto que la palabra 'controversia' significa discusión larga y minuciosa entre dos o más personas; que el término 'del' es una contracción formada entre la preposición de y el artículo el, y que el vocablo 'familiar' es un adjetivo que quiere decir perteneciente a la familia. Ahora bien, es claro que la expresión "De las controversias de orden familiar" que usa nuestro Código de Procedimientos Civiles en su Capítulo único del Título Décimo Sexto, está mal aplicado debido a que abarca todas las controversias relacionadas con la familia e inmediatamente se piensa que en el citado Título se pueden incluir todas aquellas controversias en las que se discute entre dos o más miembros de una familia, respecto de sus derechos y o-

bligaciones dentro de la misma, pero el artículo 942 se refiere únicamente a alimentos, calificación de impedimentos de matrimonio, diferencias entre cónyuges sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de maridos, padres y tutores y en general todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial.

De nuestro Código de Procedimientos Civiles no se desprende ninguna característica esencial que permita delimitar qué controversias familiares deben ventilarse en juicio ordinario y cuáles mediante lo dispuesto por el Título Décimo Sexto, dando lugar a confusiones que deben ser aclaradas.

En mi concepto, mediante el proceso asignado a las llamadas controversias del orden familiar, deben tramitarse todas aquellas cuestiones familiares que tengan por objeto preservar un estado de derecho, mientras que las que tienen por objeto modificar un estado de derecho, se tramitarán en juicio ordinario.

Por lo anterior, debe reformarse el Código de Procedimientos Civiles, cambiando la expresión "De las controversias de orden familiar" por la siguiente: 'Del proceso especial familiar', ya que dicho título se estableció únicamente para dirimir algunas controversias familiares que por su naturaleza requieren de la máxima celeridad procedimental posible y que, independientemente del título, se trata de un proceso especial.

En el Título Décimo Sexto, Capítulo Unico, deben restrin--

girse las facultades del juzgador, especialmente cuando se trata de fijar la pensión alimenticia provisional y de decretar medidas sobre custodia y educación de menores, decisiones que no deben dejarse a su libre arbitrio, dado lo delicado de las cuestiones debatidas y las consecuencias que una decisión ligera puede arrojar, en perjuicio de verdaderos acreedores y de los menores en general.

Debe reformarse el artículo 943 porque, además de que pre-
juza cuando llama "acreedor" al actor y "deudor" al demandado, ca-
rácter que sólo podrá determinarse al resolver el fondo del juicio,
da cabida al juzgador para que cometa arbitrariedades al facultarlo
para fijar la pensión alimenticia provisional, sin audiencia del de-
mandado, al dar entrada a la demanda, ya que desconoce (en la mayo-
ría de los casos) las necesidades de la parte actora y las posibili-
dades de la demandada, por lo que el monto de dicha pensión puede --
resultar desproporcionado e inequitativo, además de que en muchos --
casos ni siquiera existe una presunción en favor de la actora, res-
pecto del derecho a recibir alimentos a cargo de la demandada.

En el momento de acordar la demanda y fijar la pensión ali-
menticia provisional, pueden presentarse diversas hipótesis entre --
las que destacan las siguientes: Cuando los menores legalmente re-
presentados demandan a uno de sus progenitores o a ambos; cuando los
menores legalmente representados demandan a sus abuelos, tíos, her-
manos, etc.; cuando un cónyuge demanda al otro; cuando los ascen-
dientes demandan a sus descendientes y cuando la concubina demanda

a su concubinario o viceversa. En el primer caso debe fijarse la pensión alimenticia provisional, siempre que la parte actora acompañe a su demanda las copias certificadas de las actas del Registro Civil que acrediten su filiación con la parte demandada; en el segundo caso, el juzgador puede fijar la pensión alimenticia provisional al acordar la demanda, siempre que se acompañen los documentos que acrediten la falta de los principales obligados o su imposibilidad física o mental para trabajar, ya que del artículo 305 del Código Civil se desprende que la obligación de proporcionar alimentos es subsidiaria; en el tercer supuesto, debe fijarse la pensión alimenticia provisional, siempre que la actora acredite su imposibilidad física o mental para trabajar; en el cuarto caso también podrá fijarse la citada pensión al acordar la demanda, siempre que la actora acredite su imposibilidad física o mental para trabajar, y en el quinto supuesto, la actora debe acreditar su carácter de concubina o concubinario, según el caso, y su imposibilidad física o mental para trabajar.

En términos generales, considero que el juzgador debe exigir, como requisito previo para fijar la pensión alimenticia provisional en favor de la actora, sin audiencia de la demandada y a cargo de ésta, la existencia de alguna presunción legal en favor de la primera, respecto del derecho a obtener la pensión que pretende de la segunda.

Con lo anterior se evitarían muchas arbitrariedades y se obligaría al juzgador a fijar la pensión alimenticia provisional, -

sin audiencia del demandado, únicamente cuando exista la presunción juris tantum en favor de la actora, de que ésta tiene derecho a recibir una pensión alimenticia precisamente a cargo de la demandada.

En la práctica forense se presentan muchos casos en los -- que se fijan pensiones alimenticias provisionales a cargo de personas que no son las principales obligadas, de quienes dependen varios menores (verdaderos acreedores), cuando existen los progenitores o principales obligados a quienes se les incrementa su ya manifiesta irresponsabilidad, pues en muchos casos, tienen posibilidades económicas y no están imposibilitados ni física ni mentalmente para trabajar.

También es frecuente que un cónyuge corra al otro y luego le impida el acceso al domicilio conyugal para demandarle posteriormente una pensión alimenticia, argumentando que lo abandonó, y obtenga que se la fijen provisionalmente, cuando en el fondo, el - obligado a proporcionar alimentos es la actora.

Hay otros casos en los que el juzgador, dadas las facultades que le concede el artículo 943, estima que lo manifestado por - la parte actora es suficiente para fijar, en su favor y a cargo de la demandada, una pensión alimenticia provisional, sin audiencia de ésta, ya que dicho precepto llama "acreedor" al actor y "deudor" al demandado.

Por lo que se refiere a la custodia y educación de menores, debe adicionarse al proceso especial familiar, una etapa procedim~~en~~tal de conciliación obligatoria, en la que se obligue al juzgador a

realizar su máximo esfuerzo para conciliar los intereses de las partes, siempre tomando en cuenta a los menores, en su caso, para que éstos no queden desprotegidos, tanto emocional como físicamente.

La etapa procedimental referida en el párrafo que antecede, debe efectuarse al inicio de la audiencia de ley, obligando al juez a cumplir con el principio de inmediación procesal para que, si no logra la conciliación, esté presente en la audiencia, conozca a las partes, observe sus reacciones y actitudes para que pueda dictar la resolución que corresponda al concluir la audiencia.

Estas medidas sobre menores son de suma trascendencia, ya que pueden desequilibrarlos emocionalmente y convertirlos en desadaptados, alcohólicos, delincuentes, toxicómanos, etc., todo ello como consecuencia de una decisión tomada a la ligera por aquellos que tienen encomendada la alta misión de administrar justicia.

Por otra parte, considero que por razones naturales (alimentación, cuidado y afecto), debe legislarse para que los menores, cuando menos durante su período de lactancia, permanezcan al lado de su progenitora, en los términos y condiciones a que se refería el artículo 260 del Código Civil, como estaba redactado antes de las reformas que trajo como consecuencia la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer.

La desaparición del precepto antes citado, mismo que ya fue transcrito en este capítulo, convierta a los hijos, especialmente a los lactantes, en medios de presión de sus padres, en caso de

conflictos conyugales, pues es muy común que el padre amenace a su cónyuge y la presione para que acceda a tramitar el divorcio "voluntario", en las condiciones más ventajosas para él, so pena de arrebatarle a él o los menores, explotando en esa forma su sentimiento de madre.

El artículo 945 establece que el juzgador podrá cerciorarse de la veracidad de los hechos, personalmente o mediante el auxilio de trabajadores sociales. Considero que este precepto no debe limitarse a los trabajadores sociales, sino dejar la posibilidad -- abierta para que psicólogos, psiquiatras, sociólogos, médicos y demás personas que por su profesión u oficio tengan relación con las instituciones familiares y conocimiento de ellas.

Otro de los artículos que deben reformarse es el 953, suprimiendo la recusación sin causa, que en mi concepto, no tiene -- razón de ser, mientras exista la recusación con causa. La recusación sin causa es una figura jurídica que, en la práctica, sólo es utilizada para retardar el procedimiento en perjuicio de la imparcialidad de justicia pronta y expedita. Si este tipo de recusación -- no tiene razón de ser en nuestro derecho procesal, menos puede justificarse en el proceso especial familiar, en el que se debaten -- cuestiones que requieren de la máxima celeridad posible.

Por todo lo anterior, se hace necesario reformar y adicionar el Capítulo Único del Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, haciéndolo más sistemático e incluyendo los pun-

tos a que me he referido.

Por último, mientras el titular del Poder Ejecutivo tenga facultades para nombrar a los ministros de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación y a los magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, para someter dichos nombramientos a la aprobación del Senado y de la Cámara de Diputados, respectivamente, o de la Comisión Permanente, en su caso, así como para pedir la destitución de ministros, magistrados y jueces (artículos 89 y 111 constitucionales); mientras el presupuesto que se le asigna al Poder Judicial sea insuficiente para cubrir sus necesidades y mientras los nombramientos de nuestros funcionarios judiciales obedezcan a cuestiones políticas que impliquen dependencia, es peligroso que se siga ampliando el arbitrio judicial, especialmente en materias tan importantes como la familiar.

Se puede lograr una mejor administración de justicia suprimiendo las facultades constitucionales que tiene el Ejecutivo, tanto para nombrar funcionarios judiciales, con la aprobación del Senado y la Cámara de Diputados, como para pedir su destitución; incrementando el presupuesto del Poder Judicial y formando una comisión integrada por los juristas más destacados dentro de las instituciones judiciales, controlada exclusivamente por la autoridad judicial, para que se encargue de formar y seleccionar a los funcionarios que deban administrar justicia. Dichos funcionarios deben obtener su nombramiento por oposición, tomando en cuenta su carrera judicial, experiencia, capacidad y especialidad en la materia de que se tra-

te. En la medida en que se resuelvan los problemas anteriores, podrá ampliarse el arbitrio judicial sin peligro de que se viole el principio de seguridad jurídica y se caiga dentro del terreno de -- la arbitrariedad.

CONCLUSIONES

Primera.- Nuestro derecho procesal adopta el sistema mixto de prueba, contrariamente a lo que afirma Alcalá-Zamora, en el sentido de que el mayor defecto de nuestros códigos de procedimientos es mantener el sistema casado de prueba.

Segunda.- El proceso asignado a las llamadas controversias del orden familiar, por su finalidad y excepcional dinamismo requerido, es un proceso especial.

Tercera.- La expresión "De las controversias de orden familiar", abarca todas las controversias que pueden darse en materia familiar, mientras que nuestro Código de Procedimientos Civiles sólo la usa para algunas controversias familiares, por lo que la expresión correcta debe ser: 'Del proceso especial familiar'.

Cuarta.- El título Décimo Sexto, Capítulo único, del Código de Procedimientos Civiles, abarca únicamente aquellas controversias familiares que tienen por objeto preservar un estado de derecho, mientras que aquellas cuyo objeto sea modificar un estado de derecho, se ventilarán en juicio ordinario.

Quinta.- La intervención oficiosa del juzgador en los asuntos que afecten a la familia, generalmente substituye la voluntad de las partes y atenta contra los principios de legalidad y seguridad jurídica.

Sexta.- El artículo 943 del Código de Procedimientos Civiles, prejuzga cuando llama "acreedor" al actor y "deudor" al -

demandado, ya que éste puede ser absuelto en la sentencia definitiva.

Séptima.- Deben limitarse las facultades del juzgador para fijar la pensión alimenticia provisional, sin audiencia del demandado, estableciendo que sólo podrá fijarla en casos de urgencia, siempre que exista cuando menos la presunción de que el actor tiene derecho a recibir alimentos a cargo del demandado.

Octava.- El artículo 945 del Código de Procedimientos Civiles, debe adicionarse facultando al juzgador para que, además de los trabajadores sociales, se auxilie de psicólogos, psiquiatras, sociólogos, médicos y demás expertos en cuestiones familiares, a fin de averiguar la verdad de los hechos controvertidos.

Novena.- El proceso especial familiar requiere de una gtapa de conciliación obligatoria, al iniciarse la audiencia de ley, en la que el juzgador realice su máximo esfuerzo como mediador.

Décima.- La recusación sin expresión de causa, debe suprimirse, con mayor razón en el proceso familiar, toda vez que en la práctica forense ha sido utilizada para retardar el procedimiento e impedir la impartición de justicia pronta y expedita.

Décima Primera.- Al reformar el artículo 260 del Código Civil, con motivo de la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, no sólo se convirtió a los hijos menores en un botín, sino que llegan a ser utilizados como mecanismo de presión, principalmente por el padre.

BIBLIOGRAFIA

- ALBARADEJO, MANUEL.- Compendio de Derecho de Familia y Sucesiones, Librería Bosch, Barcelona, 1965.
- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO.- Derecho Procesal Mexicano, Tomos I y II, Editorial Porrúa, S. A., México, 1977.
- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO.- Proceso Auto-Composición y Auto-Defensa, Segunda Edición, Textos Universitarios, U.N.A.M., México, 1970.
- ARELLANO GARCIA, CARLOS.- Práctica Forense Civil y Familiar, Editorial Porrúa, - México, 1981.
- BARUELOS SANCHEZ, FROYLAN.- Práctica Civil Forense, Quinta Edición, Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1978.
- BECCERA BAUTISTA, JOSE.- Introducción al Estudio del Derecho Procesal Civil, Segunda Edición, Ediciones de América Central, S. A., México, 1970.
- BERMAN J., HAROLD.- Diversos Aspectos del Derecho en los Estados Unidos, - Editorial Letras, S. A., - México, 1965.
- BRAVO GONZALEZ, AGUSTIN.- Compendio de Derecho Romano, Novena Edición, Editorial Pax-México, Librería - Carlos Cesarman, S. A., México, 1978.
- CABANELLAS, GUILLERMO.- Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, Quinta Edición, Ediciones Santillana, Madrid, 1963.
- COOTURE J., EDUARDO.- Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Tercera Edición (póstuma), Buenos Aires, 1969.

DAVID RENE.-

Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos, Segunda Edición Francesa Traducida por Pedro Bravo Gals, -- Editorial Aguilar, Madrid, 1969.

DE IBARROLA, ANTONIO.-

Derecho de Familia, Editorial Porrúa, S. A., Segunda Edición, México, 1981.

DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ABBREVIADO.-

Tomo III, Primera Edición, Editorial Espasa-Calpe Argentina, S. A., Buenos Aires, 1940.

DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ESPASA.-

Tomo 3, Octava Edición, Espasa Calpe, S. A., Madrid, 1979.

DOMÍNGUEZ DEL RÍO, ALFREDO.-

Compendio Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, S. A., -- Primera Edición, México, -- 1977.

EDKIN M., ALBERTO.-

Ensayos y Estudios de Filosofía Jurídica y de Derecho Procesal Civil y Criminal,

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA.-

Tomos I y XXIV, Editorial -- Bibliográfica Argentina, -- S.R.L., Buenos Aires.

FASSI, SANTIAGO CARLOS.-

Estudios de Derecho de Familia, Editora Platense, Argentina, 1962.

FLORIS MARGADANT S., GUILLERMO.-

Derecho Romano, Octava Edición, Editorial Esfinge, -- S. A., México, 1978.

FLORIS MARGADANT S., GUILLERMO.-

Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, Textos Universitarios, Primera Edición, U.N.A.M., México, 1971.

GALINDO GARFIAS, IGNACIO.-

Derecho Civil, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1980.

GARCIA MAYNEZ, EDUARDO.-

Introducción al Estudio del Derecho, Vigésima Novena -- Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1978.

GÓMEZ LARA, CIPRIANO.-

Teoría General del Proceso, Segunda Edición, Textos Universitarios, U.N.A.M., México, 1980.

JURISPRUDENCIA.-

Cuarta Parte, Tercera Sala, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, --- 1917-1975.

KELSEN, HANS.-

La Teoría Pura del Derecho, Segunda Edición, Editora -- Nacional, México 1974.

MEZA BARROS, RAMÓN.-

Manual de Derecho de Familia, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975.

OVALLE FAVELA, JOSÉ.-

Derecho Procesal Civil, Colección Textos Jurídicos -- Universitarios, México, --- 1980.

PALLARES, EDUARDO.-

Diccionario de Derecho Procesal Civil, Sexta Edición, Editorial Porrúa, S. A., -- México, 1970.

PÉREZ PALMA, RAFAEL.-

Guía de Derecho Procesal -- Civil, Cárdenas Editor y -- Distribuidor, Sexta Edición, México, 1981.

PETIT, EUGÈNE.-

Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Albatros, Traducido de la Novena Edición Francesa por -- José Fernández González, -- Buenos Aires, 1970.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.-

Diccionario de la Lengua --
Castellana, Décima Cuarta -
Edición, Imprenta de los --
Sucesores de Hernando, Ma-
drid, España, 1914.

RECASENS SICHES, LUIS.-

Tratado General de Filoso-
fia del Derecho, Editorial
Porrra, S. A., Segunda Edi-
ción, Mexico, 1961.

RECASENS SICHES, LUIS.-

Nueva Filosofía de la Inter-
pretación del Derecho, Edi-
torial Porrra, S. A., Segun-
da Edición (aumentada), Mé-
xico, 1973.

ROCCO, UGO.-

Derecho Procesal Civil, Po-
rrra Haos. y Cía., México,
1939.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.-

Derecho Civil Mexicano, To-
mos I y II, Editorial Po-
rrra, México, 1976.

SANCHEZ MEDAL, RAMON.-

Los Grandes Cambios en el -
Derecho de Familia en Méxi-
co, Editorial Porrra, S. A.,
México, 1979.

LEGISLACION CONSULTADA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.

Nueva Ley Federal del Trabajo, 1970.

Código Federal de Procedimientos Civiles, 1943.

Código Penal para el Distrito Federal, 1931.

Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, 1928.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, 1872.

Código de Procedimientos Civiles, 1880.

Código de Procedimientos Civiles, 1884.

Código de Procedimientos para el Distrito Federal, 1932.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, 1931.

Ley de Enjuiciamiento Civil Español, 1855.

Ley de Enjuiciamiento Civil Español, 1881.

Ley que Arregla los Procedimientos Judiciales en los Tribunales y Juzgados del Distrito y Territorios Federales, 1857.

Ley Sobre Relaciones Familiares, 1917.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 1977.

Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal, 1969.