

## APROXIMACIÓN A UNA CONSTRUCCIÓN DEL PROCESO FAMILIAR ORAL EN MÉXICO

María Antonieta MAGALLÓN GÓMEZ\*

SUMARIO: I. *Nota introductoria*. II. *Construcción del proceso*. III. *Adecuación del proceso*. IV. *Validez del sistema oral*. V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía*.

### I. NOTA INTRODUCTORIA

El derecho familiar mexicano del nuevo milenio debe orientarse hacia el nuevo orden global,<sup>1</sup> que se materializa tanto en una nueva lógica como en diversas formas de dominio, con el fin de apuntalar la estructura social-familiar mexicana, que representa una continua fuerza social sin fronteras, y con la cual se habrá de fortalecer consecuentemente el poder del Estado-nación. En el ámbito jurídico de la posmodernidad<sup>2</sup> hay una

\* Investigadora externa en el Instituto de Investigaciones Jurídicas; especialista en Derecho familiar por la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho, ambos de la UNAM, y catedrática de la misma facultad.

<sup>1</sup> Hardt, Michael y Negri, Antonio, *Imperio*, trad. de Alcira Bixio, Buenos Aires, Paidós, 2002, p. 13. Los autores consideran que la problemática del Estado está determinada en un orden mundial expresado como una formación jurídica, de un poder mundial supranacional.

<sup>2</sup> Barone, Miriam, *Globalización y posmodernidad: encrucijada para las políticas sociales del nuevo milenio*, <http://www.ubiobio.cl/cps/ponencia/doc/p12.1.htm> Época en donde impera lo fragmentario, lo efímero, lo discontinuo, el cambio caótico, el pluralismo, la coexistencia de mundos o espacios inconmensurables que se yuxtaponen o superponen entre sí, produciendo esquizofrenia e inestabilidades que impiden proyectar estrategias de producción de un futuro diferente; haciéndose necesaria la transformación social con una reconstrucción participativa, reflexiva y crítica de la práctica educativa y social.

nueva noción del derecho<sup>3</sup> que trata de argumentar una superación de los metarrelatos del siglo XX, y de inscribirse en un nuevo diseño de autoridad y de producción de normas e instrumentos legales de coerción, con los que pretende tanto garantizar el cumplimiento de las obligaciones como la tutela del orden social. Para lograrlo, reta a los estudiosos del derecho a impulsar la construcción de un sistema jurisdiccional dinámico, que permita transitar del proceso normativo lento y seguro, a un proceso veloz y eficaz.

Dicha expectativa surge —entre otros factores— en razón de que el ser humano ha quedado sometido a un ritmo de competencia y vida acelerados, como efecto del fenómeno de la mundialización,<sup>4</sup> la cual le ha impuesto la necesidad de producir bienes y servicios, utilizando las actuales técnicas de información y los sistemas de comunicación, que han adquirido una nueva dimensión y significación a partir de la existencia de la física del nanotempo.<sup>5</sup> En los albores de este nuevo milenio, este fenómeno ha cambiado la percepción de la dinámica de la vida; este acontecer ha obligado al hombre a reducir constantemente la duración de los procesos de adquisición y transformación de los bienes y servicios que requiere, convirtiéndose así el factor “tiempo” en un elemento de competitividad estratégico. Asimismo, el individuo debe procurar obtener tiempo del tiempo, a fin de desarrollar tanto las actividades que le permitan trascender su limitada dimensión<sup>6</sup> como fortalecer sus relaciones familiares, favoreciendo así un entorno familiar óptimo.

Es un reclamo social del presente milenio, el proporcionar a las familias mexicanas un sistema judicial eficiente, lo que implica que se le permita resolver rápida y eficazmente las controversias habidas entre sus miembros, así como superar convenientemente los cuestionamientos que sobre su institucionalidad le desafían los nuevos paradigmas, ya que, co-

<sup>3</sup> Hardt, Michael y Negri, Antonio, *op. cit.*, nota 1, p. 26. Los autores señalan que se trata de una nueva inscripción de la autoridad y un nuevo diseño de la producción de normas e instrumentos legales de coerción, que garantizan los contratos y resuelven los conflictos.

<sup>4</sup> Vilar, Sergio, *La nueva racionalidad. Comprender la complejidad con métodos transdisciplinarios*, Barcelona, Cairós, 1997, pp. 184-186. Se refiere a una nueva civilización, en la que considera que el tiempo de las nuevas tecnologías significa —para las escalas temporales humanas— la simultaneidad.

<sup>5</sup> Miller K., David, *Intervenciones planetarias*, <http://www.elistas.net/lista/grupo40/archivo/indice/4541/msg/4538/>.

<sup>6</sup> Vilar, Sergio, *op. cit.*, nota 4, pp. 98 y 99.

mo apunta Aída Kemelmajer de Carlucci,<sup>7</sup> las familias enfrentan un futuro inestable, al ser inexistentes las respuestas a las problemáticas que enfrentan, tomando en consideración que han cambiado la mayoría de las preguntas que le son inherentes, al haber abandonado la familia tradicional, tanto su vieja ocupación de centro de producción como las dos piedras angulares sobre las que se sentaba el edificio de la sociedad: el patrimonio y el matrimonio.

Por lo anterior, es urgente prestar la debida atención a las nuevas dimensiones universalizadoras de transformación que particularmente experimentan hoy las relaciones familiares que se desarrollan en el mundo, y que mediante los diversos procesos de globalización se proyectan en las actuales tendencias secularizadoras y en la transición a la que asiste nuestra sociedad, a la vez que se revelan en las nuevas figuras jurídicas que emergen en el ámbito del derecho familiar; suministrando un marco jurídico, el cual es posible interpretar como un síntoma de las modificaciones que se manifiestan en la constitución de las familias; en sus relaciones internas, e incluso en su legitimidad y fuentes; poniendo de manifiesto, a la vez, una serie de factores y problemas culturales, políticos y ontológicos.

## II. CONSTRUCCIÓN DEL PROCESO

El ámbito de reflexión concerniente a la garantía en la ministración de la justicia pronta y expedita, consagrada en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,<sup>8</sup> estimo que requiere un breve análisis acerca de ciertos aspectos de la instrumentalidad del derecho, y del realismo sociológico,<sup>9</sup> con la naturaleza jurídica de la familia, lo que representa la atención de un problema metajurídico.

<sup>7</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída (coord.), *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, palabras pronunciadas por la coordinadora en la apertura del X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, t. I, pp. 12 y 13.

<sup>8</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>9</sup> Leclercq, Jaques, *Del derecho natural a la sociología*, cit. por Recaséns Siches, Luis, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Porrúa, 1963, t. II, pp. 885 y 886. Véase también García-Gallo y Diego de, *Derecho indiano e historia del derecho bajo la óptica de "realismo sociológico o sociologismo jurídico"*, consideran que el análisis sociológico es un auxiliar indispensable para lograr que el derecho cumpla sus fines, cuyo examen se incluye de modo decisivo en las funciones del jurista. <http://www.monografias.com/trabajos14/garciagallos/garciagallos.shtml>.

Al respecto, puede decirse que cada época ha tenido diversas necesidades políticas, económicas y sociales, que estudiosos del derecho han plasmado en sus diversas obras, como la del prestigiado juez Oliver Wendell Holmes,<sup>10</sup> quien al cuestionar el formalismo jurídico abrió el horizonte jurisdiccional a la interpretación y argumentación jurídicas, legando una muestra fehaciente del registro del progreso y transformación que ha tenido la ciencia del derecho. A la vez, el juzgador en cita señaló que la historia del derecho es necesaria para el conocimiento de lo que el derecho es, considerando que las viejas herramientas jurisdiccionales deben adaptarse a nuevos usos, a fin de que el progreso judicial no resulte lento, y pueda responder a las nacientes necesidades del ser humano.

### 1. *Instrumentalidad del derecho*

En el desarrollo del pensamiento jurídico se puede constatar cómo el derecho ha sido concebido como un instrumento que debe beneficiar al hombre. Al respecto, José Juan Moreso<sup>11</sup> explica que Jeremy Bentham señaló que el derecho debe ser utilizado por el ser humano para conseguir los fines que pretende, de conformidad con el principio de utilidad, al cual consideró como “la maximización de la felicidad”. A la vez, comenta que John Stuart Mill<sup>12</sup> preconizó que la posteridad recompensará el nombre de Bentham, tanto por haber intentado ilustrar los principios jurídicos (secundarios e intermedios) que rigen al principio de utilidad y por haber establecido el método de investigación con el que se ha construido la ciencia del derecho, como por haber propuesto la adecuación de los medios a los fines del derecho (al igual que en cualquier otro arte de la vida) y por haber perfeccionado el derecho procesal sin comparación posible; a su vez, comenta que Bentham:

<sup>10</sup> Holmes, Oliver W., *The Common Law*, 45a. ed., trad. de Fernando N. Barrancos y Vedia, Buenos Aires, Little, Brown and Co., Tipográfica Editora Argentina, 1964, p. 45. Véase también la edición publicada en su idioma original en 1991 por Dover Publications, Inc., Nueva York, con una introducción de Sheldon M. Novick.

<sup>11</sup> Casanovas, Pomepeu y Moreso, José Juan (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica/Filosofía, 1994, p. 128.

<sup>12</sup> Mill, John Stuart, *Observaciones sobre la filosofía de Bentham*, cit. por Pomepeu Casanovas, Moreso José Juan, *op. cit.*, nota 11, p. 153.

Demostó mediante argumentos contundentes y desarrolló e ilustró la verdad de cien formas distintas, que si eliminan la mayor parte de las reglas y formas artificiales que se usan en todos los países llamados civilizados, y se adoptan los modos simples y directos de investigación que todos los seres humanos emplean para determinar los hechos en beneficio de su propio conocimiento privado, es posible desembarazarse de al menos de un noventa por ciento de costes y del noventa y nueve de dilación en los procesos judiciales; no sólo sin ningún incremento sino incluso con asombrosa disminución de las probabilidades de una decisión errónea (*sic*).<sup>13</sup>

A mayor abundamiento respecto al sentido instrumental del derecho, el maestro José de Jesús Ledesma<sup>14</sup> consideró al orden jurídico como una herramienta básica e insustituible, la cual debe estar al servicio de la persona humana en su vida de relación, y por tanto negó la posibilidad de que el individuo se subordine y sea sirviente de la ciencia jurídica. Agrega el mismo autor, que en una sana visión filosófica, los fines del derecho deben sujetarse a la obtención de las pretensiones de las personas, sea que se les contemple en su vida comunitaria o en su existencia individual.

## 2. Economía procesal

Acerca de la responsabilidad que tienen los juristas con su sociedad, cabe destacar el compromiso cumplido por parte de Federico K. von Savigny,<sup>15</sup> quien utilizó la ciencia jurídica para diseñar —de conformidad con las necesidades de su época (siglo XIX)— un procedimiento tendiente a resolver las controversias surgidas de casos concretos, así como un sistema de conocimiento teórico global de las categorías jurí-

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 155 y 156.

<sup>14</sup> Ledesma, José de Jesús, “La irrupción del concepto de persona en el pensamiento occidental y su itinerario hacia el derecho”, en Álvarez de Lara, R. M. (coord.), *Panorama internacional de derecho de familia. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, t. I, p. 8.

<sup>15</sup> Savigny, Federico K., *Juristische Methodenlehre*, cit. por Pomepeu Casanovas, y Moreso, José Juan (eds.), *op. cit.*, nota 11, p. 12. Véase del mismo autor el vol. IV del *Sistema de derecho romano actual*, en el que aborda la temática de la jurisdicción como parte integrante del derecho público, trad. del alemán por M. Ch. Guenoux y vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley y precedido de un prólogo de Manuel Durán y Bas, Madrid, F. Góngora y Cia. Editores, 1879.

dicar; señalando que sólo la contemplación de la naturaleza (social y su núcleo primario, especialmente aquella que sufre en su seno los embates de un litigio familiar) es lo que conducirá a la necesaria implementación de un método correcto.

Ahora bien, para lograr una construcción procesal adecuada que responda a las exigencias de la época actual, resulta oportuno señalar que Rudolf von Ihering,<sup>16</sup> en su obra *La jurisprudencia de los conceptos*, describió la existencia de una gran disparidad entre procesos, al señalar que unos son cortos y austeros, a la vez que son rápidos y eficaces, y por el contrario, hay otros complejos por ser detallados al máximo —como producto de larga experiencia—, pero interminables, con una riqueza que se torna en lacra, y una minuciosidad que se convierte en fatalidad; agregando a la vez que es un error el atribuir a las distintas “edades” del derecho tanto los factores de simplicidad como los de aparatosidad e inoperancia; por lo anterior, se pregunta Ihering:

¿De qué sirve realizar el derecho de forma eficaz e inapelable, si la lentitud y aparatosidad impiden que el que apela al derecho sólo llega a encontrarlo cuando esté en la tumba? [la realización del derecho] debe ser ineluctable, por ende, regular y eficaz. Por otra parte, debe ser sencilla y rápida (ya que) cuánto más pesada es una carga, tanto más cuesta acarrearla.<sup>17</sup>

El mismo autor en cita se cuestiona además “¿qué principios, influencias, premisas, etcétera, son determinantes a la hora de realizar el derecho?”, a lo que responde que estos factores se deben buscar tanto en el ámbito de lo jurídico como fuera de él; refiriendo que son agentes externos:

...la situación cultural, intelectual y moral de la nación, así como su estructura social y, sobre todo, el valor moral que los individuos de un pueblo otorgan a la noción de justicia, (de la cual) dependerán la imparciali-

<sup>16</sup> Ihering, Rudolf von, *Theorie der juristischen Technik*, cit. por Pomepeu Casanovas, y Moreso, José Juan (eds.), *op. cit.*, p. 61. Véase del mismo autor la abreviatura del *El espíritu del derecho romano*, por Fernando Vela, 2a. ed., Madrid, Revista de Occidente, 1962, cuya sección III dedicó al “Arte jurídico”. Incluye un capítulo sobre el procedimiento, en el que expone su mecanismo analítico, las acciones y la defensa.

<sup>17</sup> *Idem.*

dad, integridad de los jueces —espejo del pueblo— insobornables y fieles a sus deberes.<sup>18</sup>

Vista la dinámica procesal que enfrenta hoy la familia mexicana, se debe recapacitar junto con Rudolf von Ihering que es necesario implementar un “método técnico”<sup>19</sup> que permita aplicar el derecho con eficacia, para dar cumplimiento a la garantía de una ministración de justicia pronta y expedita; debiendo simplificarse los procesos cuantitativa y cualitativamente, ya que cuanto más complejo y oscuro es un derecho, más se dificulta la comprensión del mismo a quien debe aplicarlo, y el facilitar al jurista la comprensión del derecho constituye una cuestión de enorme interés práctico, que incumbe por igual tanto al juez como a las partes.

El mismo autor en cita propuso la reducción del volumen de la materia (procesal), al señalar que dicha disminución no debe afectar los resultados que pudieran obtenerse en el proceso; surgiendo su máxima: “lograr el máximo con los mínimos recursos posibles”. A la vez, consideró la conveniencia de que la materia sea comprimida, para facilitar su manejo; y aprecia tal beneficio, como una ley de economía (procesal). Asimismo, afirmó que aquel derecho que incumpla el principio de economía procesal referido sucumbirá ante el constante crecimiento de volumen, y perecerá en su propia riqueza; proponiendo la implementación de los principios de unión y concentración jurídicas, a la vez de la utilización de la lógica (consistente en abstraer un principio a partir de fenómenos particulares) para aglutinar el volumen exterior de una masa jurídica producida por el derecho positivo, y obtener una situación jurídica determinada.<sup>20</sup>

La necesidad de observar el principio de una economía procesal —prevista por Rudolf von Ihering— quedó reconocida en el XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, celebrado en México en septiembre de 2003, cuando Ada Pellegrini Grinover<sup>21</sup> evidenció cómo el procedimiento ordinario de conocimiento se ha corroído ante las nuevas posturas, que

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 61 y 62.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 66 y 81.

<sup>21</sup> Pellegrini Grinover, Ada, “Procedimientos preliminares o sumarios: alcance e importancia”, en Storme M, y Gómez Lara (coords.), *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Obtención de información y de asunción probatoria. Procedimientos sumarios y familiares*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, vol. I, pp. 189 y 190.

refiere están preocupadas por la “efectividad de la tutela jurisdiccional” y por un “proceso de resultados”. La ponente, a la vez, apreció que dicho proceso ordinario no desaparecerá, por ser estimado como el más adecuado para dirimir las controversias más complejas, y el capaz de llevar a las relaciones jurídicas a una mayor estabilidad (con la cosa juzgada); sin embargo, la oradora también puntualizó que recientemente se ha observado al modelo de procedimiento ordinario tradicional como inadecuado, en razón de que no asegura una tutela jurisdiccional efectiva a todas las situaciones de ventaja, y consideró que por tal inconveniencia no se debe seguir apreciando tal proceso como la única técnica universal de solución de controversias, por lo que propuso sustituirlo con otras estructuras procedimentales más adecuadas y convenientes a la especie del derecho material, a fin de evitar el “costo” del proceso —en los casos en que éste no se justifica— a la vez de asegurar que se cumpla efectivamente la tutela jurisdiccional, evitando así el abuso del derecho.

Es indispensable repensar el método procesal, a fin de diseñar aquel que permita resolver con eficacia —sin sacrificar la certeza de imparcialidad y seguridad jurídica— las controversias familiares cotidianas, como aquellas otras que seguramente habrán de surgir en casos concretos hasta ahora no contemplados dentro de las categorías tradicionales de nuestro sistema jurídico; de manera que se permita la autotransformación, a fin de superar las limitaciones que han existido y de las otras que han venido apareciendo como consecuencia de la rutinización y burocratización del proceso judicial familiar.

### III. ADECUACIÓN DEL PROCESO

En cuanto corresponde a los problemas de la tradición legislativa y judicial, refiero brevemente algunos aspectos de lo que la experiencia y reflexión jurídica norteamericana del siglo XX ha considerado, y para ello menciono en primer lugar a Kart N. Llewelyn,<sup>22</sup> quien apreció que el interés social es un hecho que se centra en la existencia de factores culturales que existen con independencia del derecho, a la vez que dicho interés social tiene valor independientemente del orden jurídico, así como que

<sup>22</sup> Llewelyn, Kart N., *El realismo jurídico norteamericano*, cit. por Pompeu Casanovas y Moreso, José Juan (eds.), *op. cit.*, nota 11, pp. 255, 256 y 280.

existe sólo con una finalidad: la protección de los derechos sustantivos, y su efectividad; resultando que el derecho es el medio para lograr la protección del reiterado interés social. Por ello, refiere que el derecho es algo hecho por el hombre, es algo susceptible de crítica, de cambio, y de reforma, según los criterios internos del propio derecho —tanto de armonía interna, consistencia lógica de las reglas, partes y tendencias, *elegantia juris*— como de los criterios externos y más vitales que se encuentran en la sociedad a la cual el derecho pretende gobernar y servir. A la vez, comenta que la gente piensa acerca de lo que el derecho es, de lo que resulta que en realidad éste es lo que la gente piensa que el derecho debería ser, y de ello concluye que cualquier cambio en el derecho es en buena medida un reflejo del deseo de alguien de producir una diferencia.

En la misma escuela de pensamiento realista, Roscoe Pound<sup>23</sup> consideró que para la determinación tanto del objetivo como del objeto material del sistema jurídico se deben analizar los medios idóneos que permitan al derecho proteger los intereses comunitarios cuando han sido reconocidos y delimitados. A la vez, afirma que el derecho —en todos sus significados— es un asunto práctico, y por ello afirma que toda sociedad civilizada debe ajustar sus relaciones y ordenar su conducta para resarcir sus demandas; permitiendo que se satisfaga la mayor parte del esquema general de prestaciones, con el menor gasto y fricciones posibles. Lo expuesto confirma la idea de que la realización de un “proceso... es necesariamente teleológica, pues sólo se explica por su fin”.<sup>24</sup>

Ahora bien, para que los procesos familiares en México cumplan los objetivos que a la sociedad le interesan es necesario reconocer la conveniencia de impulsar la economía que la propia naturaleza de los procesos familiares permita, fortaleciendo así el desarrollo del derecho familiar. En esta tesitura, se aprecia cómo H. L. A. Hart<sup>25</sup> reconoció la trascendencia en el pensamiento innovador del juez Oliver Wendell Holmes, quien insistió en que tanto el cambio como el desarrollo del derecho se daban como expresión de “preferencias instintivas y convicciones inarticula-

<sup>23</sup> Pound, Roscoe, *Mi filosofía del derecho* cit. por Pompeu Casanovas y Moreso, José Juan (eds.), *op. cit.*, nota 11, pp. 305 y 313.

<sup>24</sup> Couture, Eduardo, J., *Fundamentos de derecho procesal civil*, 3a. ed., México, Ed. Nacional, 1981, p. 121.

<sup>25</sup> Hart, H. L. A., *Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericano: la pesadilla y el noble sueño*, cit. por Pompeu Casanovas y Moreso, José Juan (eds.), *op. cit.*, nota 11, pp. 333 y 334.

das” de los juzgadores en respuesta —como él afirmó— a las “necesidades percibidas” de su tiempo. A la vez, reconoció que la protesta del juzgador se realizaba para asegurar un reconocimiento consciente de los poderes legislativos y judiciales que le permitieran la reforma y el cambio reglamentario del derecho, previo un explícito balance de lo que él mismo calificó como “consideraciones de utilidad social”. Por último, Hart aseveró que este pensamiento provocó el deseo de superar las divisiones estériles, arbitrarias y académicas, y de sustituir el formalismo por una atención vital y real de la experiencia de la propia vida en su desarrollo, proceso, contexto y función. De tales factores se comprende por qué el maestro Luis Recaséns Siches<sup>26</sup> comentó que Oliver Wendell Holmes heredó del pragmatismo “el temple heroico” lleno de vapor, que impulsa hacia adelante.

### 1. *Limitación al individualismo*

La demanda social de proveer protección judicial eficaz hacia los legítimos intereses de los grupos familiares, y el reconocimiento de su valor institucional, está expresada en la conciencia jurídica que superó al individualismo y que promueve los valores de solidaridad social en nuestro ámbito comunitario, impulsando la reforma del formalismo jurídico. Al respecto, Luis Recaséns Siches<sup>27</sup> destacó —como uno de los acontecimientos más importantes en el progreso de la estimativa jurídica de su tiempo— la obra de Emil Brunner (1943), quien afirmó la precedencia de los derechos familiares a los del Estado, y la dependencia que tiene el individuo con respecto a su propia familia. A la vez, con referencia a la justa construcción del orden jurídico positivo, destacó la limitación que experimentó el individualismo al reconocer que el sujeto está avocado a la familia como única agrupación, sin la cual no se hubiera podido pensar la posibilidad de la vida humana; afirma, además, que la familia es la comunidad originaria que precede incomparablemente en derecho a toda otra sociedad, incluyendo al Estado. Asimismo, observa que la decadencia de la idea occidental de justicia y la crisis del orden jurídico obligan a

<sup>26</sup> Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, nota 9, p. 596.

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 761 y 781. Véase del mismo Emil Brunner, *La justicia: doctrina de las leyes fundamentales del orden social*, trad. de Luis Recaséns Siches, México, UNAM, Centro de Estudios Filosóficos, 1961.

proceder a su nueva construcción; observa preliminarmente que una cosa es conocer los principios y otra cosa es aplicarlos.

Espejo de la adquisición de una conciencia social, es el reconocimiento constitucional de la familia, como organización primaria y nodal que funciona como cimiento de la estructura social y estatal, tal como lo apunta José Luis Serrano,<sup>28</sup> ya que refiere que “la familia... aparece en la Constitución como tarea de la política social y económica de los poderes públicos, es decir, como fin de estado (*sic*)”. Por su parte, Encarna Roca<sup>29</sup> comenta que en todos los ordenamientos jurídicos europeos la protección a la familia deriva de exigencias constitucionales, y que dicha protección constituye en realidad una exigencia de un Estado social y democrático de derecho, que forma el sistema de apoyo a los intereses de los particulares. En confirmación a los postulados señalados, constatamos que la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 4o. dispone que: “...Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”.<sup>30</sup> A la vez, el artículo 138 ter del Código Civil para el Distrito Federal preceptúa: “Las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad”.<sup>31</sup>

La lectura de ambos preceptos nos permite apreciar que en ambos numerales se da protección a la familia, tanto en lo particular como en lo general. Por tanto, el orden jurídico le otorga un tratamiento de carácter tutelar y califica su preceptiva de orden público e interés social, el cual es “el conjunto de normas jurídicas que combinadas con los principios supremos en materia política y económica, integran la moral social de un Estado”.<sup>32</sup> Consecuentemente, se debe considerar que el orden público se encuentra ligado a la idea del interés, orden o moral social, que se integra por la conjunción de acciones ejercidas por un todo social, que resultan de la evaluación y jerarquización de principios supremos y valores socia-

<sup>28</sup> Serrano, José Luis, “La familia como asunto de Estado. El matrimonio como derecho del ciudadano”, *El derecho y la familia*, España, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 3a. época, núm. 4, 2001, p. 55.

<sup>29</sup> Roca, Encarna, “Globalización y derecho de familia. Los trazos comunes del derecho de familia en Europa”, *op. cit.*, nota 29, p. 25.

<sup>30</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>31</sup> Código Civil para el Distrito Federal.

<sup>32</sup> Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, México, Porrúa, 1987, t. I, p. 155.

les sostenidos por la conciencia social, la cual se constituye en su propia ley y en la característica que determina y moldea la vida del ser humano, otorgándole una identidad.

A mayor abundamiento, debe señalarse que Demófilo de Buen<sup>33</sup> consideró a la moral social como un hecho de trascendencia normativa, y a la conciencia colectiva como la voz que nos marca el camino, y por tanto, el hecho de que la ley fundamental reconozca a la familia dentro de su preceptiva implica que la interpretación y aplicación del derecho familiar tienen que realizarse de conformidad y con apego al texto constitucional.

## 2. Tutela de los valores familiares

La instrumentalidad y teleología del derecho deben permitir la construcción de un sistema jurídico familiar eficaz, que tutele principalmente los valores que dan cohesión y certidumbre a los vínculos familiares, tal y como se observa en la concepción jurídica del brasileño Miguel Reale<sup>34</sup> (contraria a la de Kart N. Llewelyn sobre la independencia del interés del derecho), quien al concebir al propio derecho como una unidad tridimensional en la que refieren participan el hecho (como elemento fáctico del que se ocupa la sociología del derecho), la norma (criterio del que se ocupa la teoría del derecho) y el valor (componente axiológico de la estimativa jurídica) consideró la necesaria integración del conocimiento jurídico —ante la imposibilidad de abstraer cada uno de sus tres elementos, sin razonar sus vínculos con los otros dos componentes— y puntualizó que el valor es el elemento principal del concepto de derecho, aunque su tridimensionalidad obligue a yuxtaponer sus conclusiones particulares.

Con respecto a la axiología jurídica en comento, se debe tener presente, a la vez, la concepción iusnaturalista de Johannes Messner,<sup>35</sup> quien sostuvo que el derecho tiene su fundamento en la naturaleza ética del individuo y en las responsabilidades morales que ella le origina para el cumpli-

<sup>33</sup> Buen, Demófilo de, *La moral en el derecho civil*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2003, p. 12.

<sup>34</sup> Reale, Miguel, *Teoría tridimensional del derecho. Una visión integral del derecho*, trad. de Ángeles Mateos, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 69 y 70, cit. por Torre Martínez, Carlos de la, *La recepción de la filosofía de los valores en la filosofía del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 302, 303 y 309.

<sup>35</sup> Messner, Johannes, cit. por Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, nota 9, t. II, pp. 804 y 805.

miento de los fines de la misma naturaleza, y observa que tal ética es invariable, por lo que concluye que los principios jurídicos más generales no dependen de la época, ni están condicionados por ésta, y agrega que en tanto los fines esenciales del ser humano y las responsabilidades morales que le están vinculadas dejen un espacio amplio para los propósitos personales y sociales, se constituyen éstos en una exigencia básica del derecho natural. Por ello, asevera que en tanto que aquellos principios sean cumplidos, no se debe impedir a ningún pueblo que configure su vida social como desee. Agrega que al derecho natural pertenecen esencialmente tanto la validez intemporal de sus principios esenciales como el condicionamiento histórico de su realización; afirma que el derecho puede realizarse en formas históricas, es decir, de maneras muy diversas y cambiantes, y que por ello está sometido al desarrollo o evolución tanto en lo tocante a la conciencia ético-jurídica como también en cuanto a las formas efectivas del derecho. Para demostrar lo primero invoca a Tomás de Aquino, al considerar que la razón humana progresa “naturalmente” desde lo imperfecto a lo más perfecto, y para acreditar lo último exige en particular aquello que corresponde mejor a la utilidad o al bien de todos en las instituciones sociales.

Por último, Messner comenta que es necesario buscar la razón profunda de la evolución de la conciencia y de las formas jurídicas, en cuanto que es una función esencial y básica de todo derecho el crear condiciones para la realización del bien o de su utilidad, esto es: hacer posible el cumplimiento de todas las responsabilidades que se fundan en los fines de la vida humana. Al mismo respecto, agrega que dicho bien o utilidad constituye la tarea fundamental del derecho en sus tres sentidos: 1. Como *orden y paz* de la sociedad, mediante la seguridad jurídica; 2. Como el *bien común* en tanto su participación proporcional de todos los grupos sociales en el desarrollo de la cooperación social, y 3. Como *progreso cultural*, al dar cumplimiento cada vez más fructífero a las otras dos tareas precedentes. De lo anterior, el repetido autor advierte que esa utilidad o ese bien está determinado de un modo objetivo, porque deriva de los fines esenciales de la vida; sin embargo —a la vez— comenta que el cumplimiento de esas tres tareas presupone un conocimiento que se desenvuelve constantemente sobre lo establecido de modo general, para el bien común, y —consecuentemente— sobre su virtual realización.

Tenida consideración de que en las familias se aprenden el orden y la paz, la fraternidad y el desarrollo que trasciende en bienestar social;

cumpliendo así la responsabilidad de fundar una sana conciencia de la vida humana en sociedad, resulta inaplazable procurar la protección al valor de la familia como el elemento primario del derecho familiar. Por ello, la familia mexicana debe aprobar o reprobar los intereses y valores individualistas que impidan la obtención de los fines y valores que ésta misma conlleva en su naturaleza, ya que ella misma es trascendida en el actuar de los individuos. Asimismo, la comunidad debe responder a la jerarquía de valores que se expresan y conforman como el orden público e interés moral o social.

### *Orden social*

El sistema de impartición de justicia familiar debe evolucionar al ritmo que la dinámica moral transforma al interés social, a fin de proteger el carácter institucional de la familia. Se puede apreciar que la moral es parte integrante del interés y del orden social, tal como lo expresó Maurice Hauriou en su obra *Derecho público y constitucional*:

El orden social de los pueblos civilizados es un individualismo ligado a la ley moral, porque es individualismo desfalleciente. La ley moral, apoyada en un conjunto de ideas religiosas y filosóficas, es un factor integrante del orden social, con los mismos títulos que la conciencia individual y que el instinto gregario. El orden social civilizado es un equilibrio de tres elementos. Si no fuese más que un equilibrio de dos elementos —la conciencia individual y el instinto gregario— podría vacilarse al determinar cuál de ellos predomina sobre el otro. Pero el tercer elemento —la ley moral— arroja su peso en la balanza, a favor de la civilización, en el platillo del individualismo. El orden social de los pueblos civilizados será, pues, individualista, con la reserva de un freno moral reforzado con un freno jurídico.<sup>36</sup>

Dentro del estilo del autor en cita, encontramos además que el tercer elemento antes considerado se determina o define a sí mismo como *ley moral o como institución*, en virtud de que el mismo autor designa a la

<sup>36</sup> Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, 2a. ed., Madrid, Reus, p. III.

institución como “todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados”.<sup>37</sup>

En cuanto a la permanencia de una institución, el autor en cita aprecia que es imposible destruirla, y la compara con las congregaciones religiosas o los sindicatos profesionales, que considera surgen como cuerpos espontáneos y renacen igual que la hidra mitológica del Lago de Lerna.<sup>38</sup> A la vez, el maestro Luis Recaséns Siches<sup>39</sup> aprecia que dichas instituciones unen a su capacidad de duración, un poder de adaptación a las condiciones nuevas de la vida con las que evolucionan al compás de las exigencias de los hechos, logrando que la transubstanciación se produzca por la penetración de una idea objetiva —de la empresa a cumplir y de la justicia— en un medio social, y que —a la vez— encuentra su soporte en el establecimiento de los equilibrios objetivos puestos al servicio de la idea.

Contraria a la concepción de permanencia de las instituciones, Sergio Vilar comenta que cualquier realidad está sometida al principio de una *dinámica histórica* (duraciones o temporalidades específicas), y afirma que todo acabará siendo destruido por los engranajes del tiempo, al cabo de unos pocos años o al término de millones de siglos, a la vez que considera cómo los conceptos de evolución, crecimiento, transformación y otros análogos están ligados a unas y otras temporalidades, y que al observar cualquier realidad es indispensable tener en cuenta que en una u otra medida nos proyectamos en ella. Por estas razones, el autor citado invita a adquirir una conciencia *planetaria*,<sup>40</sup> la cual —señala— ha de considerar como propio el problema específico o aparentemente particular de la más pequeña de las partes o del pueblo menos influyente, lo que refiere debe ser exigible a todo funcionario de las nuevas instituciones supranacionales.

De las consideraciones expuestas puede apreciarse que se ha apostado por la indestructibilidad de la familia, que se realiza jurídicamente en nuestro medio social al ser aceptada voluntariamente por la mayor parte de los individuos que conforman la sociedad, a través del sometimiento y convencimiento propios; sin embargo, los efectos de la mundialización están transformando y fragmentando a la institución fami-

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>39</sup> Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, nota 9, t. I, pp. 121 y 122.

<sup>40</sup> Vilar, Sergio, *op. cit.*, nota 4, p. 161.

liar, y por ello se le debe proteger con un sistema judicial firme y eficaz que le permita mejorar las condiciones de vida de sus miembros y el cumplimiento de los altos valores morales que la conciencia social exige a los jueces y a los enjuiciados, antes de que enfrentemos los estragos de su posible quebrantamiento.

A la vez, debe precisarse que la ministración de la justicia familiar no debe quedar sometida al arbitrio de tradiciones particulares, así como tampoco debe residir en la voluntad subjetiva de los individuos ni en la de los legisladores o en la de determinados individuos conformados en grupos minoritarios, sino que debe determinarse de conformidad con la propia naturaleza de las normas de orden público, es decir, del interés general, del bien común y de las buenas costumbres, lo cual es y debe ser el bien jurídico e interés superior a tutelar.

#### IV. VALIDEZ DEL SISTEMA ORAL

Tal como lo hemos expuesto, el fin jurídico aquí considerado resulta ser tanto la justa protección jurídica de la institución de la familia como la construcción de un proceso eficaz, que responda a la exigencia del orden social que aún se realiza en la propia familia, utilizando las bondades de algunos principios procesales. Al efecto, es destacable cómo Félix S. Cohen<sup>41</sup> halagó la delimitación de la sociología jurídica de Ehrlich y el análisis que éste realizó sobre el vacío existente entre el “derecho en los códigos” y el “derecho en acción”, al considerar que las leyes y decisiones deben su fuerza a acuerdos sociales. A la vez, comenta que a fin de determinar cuándo las normas establecidas por el derecho han perdido sus raíces sociales, y se hallan en situación de sucumbir, Ehrlich desarrolló una técnica, señalándola como una buena medicina tanto para los formalistas como para los realistas atomísticos, que contemplan el derecho como producto de presentimientos judiciales.

Por su parte, Luis Recaséns Siches,<sup>42</sup> al referirse al mismo pensamiento de Ehrlich, comenta que los intereses no hallan expresión en las normas jurídicas generales, y que los códigos contienen principalmente reglas ge-

<sup>41</sup> Cohen, Félix S., *Recensión de los principios fundamentales de la sociología del derecho de Eherlich*, cit. por Pompeu Casanovas y Moreso, José Juan (eds.), *op. cit.*, nota 12, pp. 324 y 325.

<sup>42</sup> Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, nota 9, t. I, pp. 105-107.

nerales formuladas de modo abstracto. De ello, advierte que es necesario otorgar a cada caso la protección congruente con él mismo, y “captar” la auténtica índole de los intereses en cuestión, considerando que ello sólo puede lograrse cumpliendo el principio de inmediación procesal.

1. *Algunos principios de los procesos escriturario y oral*

A fin de acceder a una construcción procesal familiar dinámica y congruente con el reclamo social de justicia, los procesalistas estudian las diferencias entre los principios que caracterizan los procesos escritos tradicionales, y los orales, como factores categóricos que deben meditar para asegurar la ministración de una justicia pronta y expedita en los litigios familiares; asimismo, que dichos agentes implican que cada uno de estos procesos posea sus ventajas, requerimientos, cientificidad y manifestación procesal.

Al respecto, Roland Arazi<sup>43</sup> explica que en la forma en que se exteriorizan los actos procesales de las partes, del tercero, y del tribunal, se dará la forma escrita u oral del procedimiento. A la vez, el autor en cita comenta que un proceso oral —por lo general— no puede prescindir de cierto grado de escritura, y de la misma manera, apunta que uno escrito no puede dejar de lado cierta oralidad, por lo que considera que no existen procesos orales y escritos que sean puros; destaca que la oralidad presenta la ventaja de que el procedimiento es más rápido, mientras que el escrito desarrolla un mayor grado de seguridad, pero también ocupa un mayor tiempo de reflexión tanto a las partes como al propio juez.

A mayor abundamiento, José Ovalle Favela<sup>44</sup> —citando a Gustav Demelius— refiere que el momento central del proceso, en el sistema oral, viene a ser la audiencia y, en ésta —como en todo el proceso— corresponde al juzgador un papel relevante, que sólo los jueces de gran preparación, inteligencia y honradez pueden desempeñar. Por su parte, Piero Calamandrei dice que para saber si en un procedimiento predomina la escritura o la oralidad, el momento clave que se debe tener presente es el de las deducciones de las partes:

<sup>43</sup> Arazi, Roland, *Elementos de derecho procesal. Parte general*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1991, pp. 149-152.

<sup>44</sup> Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, 7a. ed., México, Harla, 1980, p. 11.

...si la escritura es la forma necesaria de las deducciones, en el sentido de que el órgano judicial no puede tener en cuenta las mismas sino en cuanto sean presentadas por escrito, se dirá que el procedimiento se inspira en el sistema de la escritura; cuando las deducciones sean válidas, aun cuando se presenten en forma oral, entonces se dirá que en el procedimiento predomina el sistema de la oralidad.<sup>45</sup>

Por último, con respecto a las ventajas que ambos procesos jurídicos ofrecen a los justiciables, Giuseppe Chiovenda<sup>46</sup> señala que en la materia es necesaria la reunión de todas las actividades procesales (que están dirigidas a la instrucción de la causa: pruebas y discusión de las pruebas) en una sola sesión o en limitado número de sesiones, en todo caso próximas unas de otras; señala que se denomina concentración al principio con el que se aproximan los actos procesales en el tiempo y en el espacio, y al carácter opuesto lo llama el de la descentralización o del fraccionamiento.

Asimismo, el autor en cita asegura que el proceso oral requiere la presencia del principio de inmediación; explica que al no quedar constancia en actas de las declaraciones realizadas por los llamados a juicio, el juez tendrá que presidir fatalmente la o las audiencias; a la vez que será necesario aplicar el principio de concentración, de modo tal que se reúnan todas las pruebas en una sola audiencia o en unas cuantas fijadas sucesiva y próximamente entre sí, aunadas al momento del dictado de la sentencia. Por lo tanto, comenta que el proceso oral precisa del principio de inmutabilidad del juez que presidirá la(s) audiencia(s) y del que dictará la sentencia. A la vez, afirma que será necesaria la instancia única, ya que en caso de admitirse la revisión de la sentencia, el tribunal superior carecería de los elementos probatorios que el inferior tuvo en cuenta para fallar, salvo que la segunda instancia sólo se estableciera estrictamente para el examen de la aplicación del derecho. Por último, agrega que —al contrario de lo expuesto— el proceso escrito, para ser eficaz, necesita fundamentalmente de la inmediación en la etapa probatoria, no en cambio la identidad del juez, ni la inapelabilidad de la sentencia, entre otros factores.

<sup>45</sup> Calamandrei, Piero, *Derecho procesal civil*, México, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1996, p. 72.

<sup>46</sup> Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, 2a. ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1948, vol. I, p. 54.

Del mismo modo, Giuseppe Chiovenda<sup>47</sup> explica que el principio de inmediación tiende a asegurar que la relación del juez con las personas y cosas que interesan al proceso sea inmediata, lo más próxima posible y sin intermediación; considera la exigencia de que el órgano se halle en estrecha vinculación personal con las partes y reciba sus alegaciones y aportaciones probatorias desde el principio del proceso, para que pueda así conocer en toda su extensión el material sobre el cual habrá de pronunciarse.

Visto que la perspectiva científica debe estar en continuo progreso, a la vez de que no hay ni procesos orales ni escritos puros, se posibilita la adecuación (según nuestra idiosincrasia) e implementación de un proceso seguro y eficaz que permita resolver con prontitud los litigios familiares que se presentan diariamente ante las instancias judiciales; destaca cómo Chiovenda refirió que la científicidad jurídica, al ensanchar constantemente su horizonte, se ve obligada a aumentar el campo de lo teóricamente admisible; también señala que en ese caso la jurisprudencia sólo tiene como alternativa el someter el dogma reinante a lo nuevo, o modificar los conceptos y proposiciones válidos hasta el punto de dar cabida a lo desconocido, o a encontrar un aspecto que permita integrar lo ignorado en el dogma; comenta además que los romanos clásicos fueron maestros consumados en el arte de conciliar las novedades prácticas con la teoría antigua.

Los principios que rigen el proceso oral permiten construir un sistema oral de ministración de justicia familiar seguro y eficaz, por lo que es menester que todas las instancias públicas y privadas estudien la forma adecuada de implementarlo, a fin de evitar mayores fricciones entre los familiares que se encuentren en litigio, favorecidas por un cierto preciosismo procesal y su consecuente lentitud, y que en muchos casos permite la preparación de recursos procesales retardatarios de la justicia; siendo los menores de edad, las principales víctimas del sentimiento de impotencia que se genera en sus progenitores, lo que redundará en una crisis familiar que impedirá que se cumplan de manera óptima los fines que legitiman su protección jurídica. En este punto cabe señalar lo que el mismo Sergio Vilar<sup>48</sup> advierte sobre la visión negativa de Cornelius Castoriadis al indicar el riesgo al dominio de la apatía, del desánimo y del disgusto

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>48</sup> Vilar, Sergio, *op. cit.*, nota 4, p. 152.

manifiestos de una sociedad que se percibe en una creciente crisis envolvente, agravada por las actitudes políticas, que entrañan un riesgo mayor de suscitar el entusiasmo por un *salvador*.

Visto que en la familia se da la génesis de la vida comunitaria (a pesar de que ésta asiste a la secularización de los valores tradicionales) y que en la misma todavía se cumplen los fines que legitiman su protección jurídica, y para la cual no se ha encontrado sustituto comparable, es obligación de la comunidad jurídica, adaptar y superar la metodología procesal compleja que se prolonga en el tiempo, y que por las dilaciones procesales extenúa a los miembros de la familia que se encuentran en litigio, a fin de cumplir efectivamente la garantía constitucional de ministración de justicia pronta y expedita.

## 2. Fenómeno social

Con respecto a la vigencia efectiva de un sistema jurídico, Luis Recaséns Siches<sup>49</sup> —al criticar la norma fundamental propuesta por Kelsen (siglo XX)— afirma que ésta no es expresión de su intrínseca justicia, sino que es consecuencia de su positividad, de su facticidad, y de su efectividad; agrega que todo el edificio jurídico descansa sobre “aquella realidad social, que constituye la instancia suprema de decisión colectiva”. A la vez, con respecto a la percepción de validez y obligatoriedad del derecho realizada por Gustav Radbruch, el mismo maestro invocado comenta que si el fin o el ideal jurídico, y los medios para alcanzarlo fueran algo que pudiera fijarse con absoluta precisión científica —a salvo de toda discusión— entonces habría que proclamar irremisiblemente que sólo tiene validez el derecho natural reconocido por la ciencia, y complementa que ante él, debería retroceder el derecho positivo discordante, como ante la verdad debe perecer el error.

Recaséns Siches añade que el derecho es regulación de la vida común con arreglo a un principio de justicia, y que la seguridad y certeza jurídicas son el *fin inmediato* que dotan a la vida social de una instancia decisiva; asevera que el derecho cumple el fin de la justicia sólo cuando es justo, y el de la seguridad y certeza jurídicas lo realiza siempre, por el mero hecho de ser positivo; creando con ello un estado de orden y segu-

<sup>49</sup> Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, nota 9, t. II, pp. 207, 208, 239 y 240.

ridad que representan la paz y el orden. Destaca asimismo que la seguridad no implica una atribución incondicionada de rango preferente sobre la justicia, ya que el derecho debe servir siempre a la justicia, y que la seguridad debe ir acompañada del poder, y por ello advierte que si el ideal jurídico precisa sacrificar preceptos de justicia en holocausto a la seguridad, o viceversa; seleccionando una, se debe escoger con arreglo al fin del orden jurídico, el mal menor (como ocurre en el caso de Shylock expuesto por W. Shakespeare en *El mercader de Venecia*). Aprecia, consecuentemente, que la filosofía del derecho puede sacrificar la seguridad, el orden y la paz, a la abolición de la injusticia, cuando ésta sea tan grave que desnaturalice el valor del fin jurídico.

Por su parte, Edgar Bodenheimer,<sup>50</sup> al analizar los problemas de un orden social justo, señala la necesidad de reconocer que en algunos casos los requerimientos de eficacia y de adecuación de la justicia pueden presentarse con dimensiones tan imperativas, que no deben ser ignorados por los legisladores y los ejecutores del derecho, ya que en tales opciones los órganos jurídicos se deben guiar por la voluntad de cumplimiento de los mandatos de eficacia con el *menor detrimento posible* de la justicia. En este orden de ideas, se debe agregar que el propio Hans Kelsen<sup>51</sup> —quien particularmente demostró tener gran capacidad de diálogo con quienes sostenían tradiciones distintas a la propia— consideró que la satisfacción de las necesidades derivadas del derecho primario de la vida —y las cuales el ser humano las obtiene de manera natural a través de lo provisión familiar— constituyen la seguridad del orden social:

La felicidad que un orden social puede asegurar, sólo puede ser felicidad en el sentido colectivo, es decir, la satisfacción de ciertas necesidades, reconocidas por la autoridad social como necesidades dignas de ser satisfechas, como son las de tener alimentos, vestidos y viviendas. Pero ¿cuáles son las necesidades humanas dignas de ser satisfechas, y cuál es su jerarquía?<sup>52</sup>

Con respecto al problema de la justicia y los medios para alcanzarla, a pesar de que el mismo Kelsen aseveró que en muchos casos no tenemos

<sup>50</sup> Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, nota 9, t. II, p. 708.

<sup>51</sup> Kelsen, Hans, *cit.* por Pompeu Casanovas y Moreso, José Juan (eds.), *op. cit.*, nota 11, p. 131.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 204.

la experiencia adecuada que nos permita establecer cuál es la mejor forma de alcanzar los fines sociales, que frecuentemente están determinados por juicios subjetivos de valor, y que todo sistema de valores conforma un fenómeno social, por lo que dicho problema no siempre puede ser racionalmente resuelto; sin embargo, hemos constatado que el derecho es un instrumento que debe orientarse al servicio del bien común, y que por ello está revestido con principios jurídicos que permiten una construcción procesal responsable de la necesidad de obtener la justicia que reclama la sociedad actual: segura y eficaz.

Es de destacarse que el mismo Hans Kelsen<sup>53</sup> consideró que si el orden jurídico en conjunto es eficaz, existe una mayor probabilidad de que los tribunales efectivamente decidan cómo deben hacerlo, asegurando la paz social. A la vez, explica la importancia de crear un orden jurídico que reduzca la posibilidad de que se generen fricciones entre las partes, para que sea duradero:

...sólo un orden jurídico... que produzca una transacción tal entre los intereses opuestos como para minimizar las posibles fricciones, tiene probabilidades de una existencia relativamente duradera. Sólo tal orden estará en condiciones de asegurar la paz social a sus ciudadanos sobre una base relativamente permanente.<sup>54</sup>

En este último punto cabe solidarizarse con la pregunta que formula Magdalena Espinosa Gómez:<sup>55</sup> ¿hasta dónde es la justicia una tarea exclusiva del derecho?, ya que hoy por hoy en México, al exigirse un Estado de derecho, se reclama la “injusticia sentida”.

La comunidad que otorgue a la familia su justo valor debe confirmar, reprobando o solicitar la desmitificación del formalismo jurídico, a fin de que fluya la necesaria adecuación de sus normas, para atenderla y protegerla, de conformidad con la movilidad permanente en que se encuentra la sociedad, que —a la vez— modifica sus estándares de estructuración social, moral y, por ende, jurídica; así como que se dé estricto cumplimiento a lo ordenado por el artículo 17 de la ley suprema.

<sup>53</sup> *Ibidem*, pp. 204, 205 y 212.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 208.

<sup>55</sup> Espinosa Gómez, Magdalena, “Qué es y para qué sirve el derecho”, en Cáceres, E. et al. (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 167.

Atender las necesidades básicas de la justicia familiar implica reconocer que la base fundamental de la sociedad y del Estado es precisamente la familia; y por ello la legislación, la doctrina, y la sociedad en su conjunto, al reconocer la naturaleza institucional de la familia perteneciente al orden público, y al interés social, demanda la construcción de un proceso moderno, apoyado con las nuevas técnicas de comunicación e información, que permitan el mejor aprovechamiento del tiempo de todos los entes involucrados en la ministración de la justicia, y que a la vez posea la calidad jurídica y moral capaz de atender con justicia los procesos familiares que se presentan diariamente en nuestra comunidad.

## V. CONCLUSIÓN

Tenida consideración de que la familia ha sido y es la institución que funge como cimiento de la civilización, y que, a la vez, las nuevas concepciones y normatividad que regulan la vida íntima de la familia mexicana son reflejo del nuevo orden mundial que desafía su permanencia social, resulta exigible a toda conciencia la búsqueda de los mecanismos jurídico-procesales que fomenten y tutelen el fortalecimiento de su estructura y el cumplimiento de sus funciones, ofreciendo soluciones justas, prácticas y eficientes a las desavenencias que se someten a la jurisdicción.

Es posible y necesaria la construcción de un proceso familiar moderno, observando tanto los principios procesales que permitan resolver con eficacia las controversias familiares, como la protección del orden público, para el debido cumplimiento del interés social, de manera que se prevenga la ineficacia, y se supere la rutinización y burocratización que favorecen la desintegración de los valores y lazos afectivos de los miembros de la familia que se encuentran en litigio, procurando una eficaz coerción destinada a reconstruir el equilibrio familiar y su justicia.

Se debe confirmar, reprobar o solicitar la desmitificación del formalismo jurídico familiar, a fin de que fluya la necesaria adecuación de sus normas procesales, y se dé estricto cumplimiento a lo ordenado por el artículo 17 de la ley suprema, para asegurar la abolición de la injusticia.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARAZI, Roland, *Elementos de derecho procesal*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1991.
- BARONE, Miriam, *Globalización y posmodernidad: encrucijada para las políticas sociales del nuevo milenio*, <http://www.ubiobio.cl/cps/ponencia/doc/p12.1.htm>.
- BRUNNER, Emil, *La justicia: doctrina de las leyes fundamentales del orden social*, trad. de Luis Recaséns Siches, México, UNAM, Centro de Estudios Filosóficos, 1961.
- BUEN, Demófilo de, *La moral en el derecho civil*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2003.
- CALAMANDREI, Piero, *Derecho procesal civil*, México, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1996.
- CASANOVAS, Pompeu y MORESO, José Juan (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica/Filosofía, 1994.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, 2a. ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, vol. I, 1948.
- COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos de derecho procesal civil*, 3a. ed., México, Editora Nacional, 1981.
- ESPINOSA GÓMEZ, Magdalena, “Qué es y para qué sirve el derecho”, en CÁCERES, E. *et al.* (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- GARCÍA-GALLO, y Diego de, *Derecho indiano e historia del derecho bajo la óptica de “realismo sociológico o sociologismo jurídico”*, <http://www.monografias.com/trabajos14/garciagallo/garciagallo.shtml>.
- HARDT, Michael y NEGRI, Antonio, *Imperio*, trad. de Alcira Bixio, Buenos Aires, Paidós, 2002.
- HAURIOU, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, 2a. ed., Madrid, Reus.
- HOLMES, Oliver W., *The Common Law*, trad. de la 45a. ed., Little, Brown and Co., Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1964.
- IHERING, Rudolf von, *El espíritu del derecho romano*, 2a. ed., trad. de Fernando Vela, Madrid, Revista de Occidente, 1962.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (coord.), *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, t. I.
- LEDESMA, José de Jesús, “La irrupción del concepto de persona en el pensamiento occidental y su itinerario hacia el derecho”, en ÁLVAREZ DE LARA, R. M. (coord.), *Panorama internacional de derecho de familia. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, t. I.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, México, Porrúa, 1987, t. I.
- MILLER K., David, *Intervenciones planetarias*, <http://www.elistas.net/lista/grupo40/archivo/indice/4541/msg/4538/>.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada, “Procedimientos preliminares o sumarios: alcance e importancia”, en STORME M. y GÓMEZ LARA (coords.), *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Obtención de información y de asunción probatoria. Procedimientos sumarios y familiares*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, vol. I.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Porrúa, 1963, ts. I. y II,
- ROCA, Encarna, “Globalización y derecho de familia. Los trazos comunes del derecho de familia en Europa”, *El Derecho y la Familia*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 3a. época, núm. 4, 2001.
- OVALLE FAVELA, José, *Derecho procesal civil*, 7a. ed., México, Harla, 1980.
- SAVIGNY, Federico K. von, *Sistema de derecho romano actual*, trad. del alemán por M. Ch. Guenoux y al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid. F. Góngora y Cía., 1879.
- SERRANO, José Luis, “La familia como asunto de estado. El matrimonio como derecho del ciudadano”, *El Derecho y la Familia*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 3a. época, núm. 4, 2001.
- TORRE MARTÍNEZ, Carlos de la, *La recepción de la filosofía de los valores en la filosofía del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- VILAR, Sergio, *La nueva racionalidad. Comprender la complejidad con métodos transdisciplinarios*, Barcelona, Ed. Cairós, 1997.

### 1. *Enciclopedia*

BERUMEN, Arturo, *Enciclopedia jurídica mexicana*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, t. VI: Q-Z.

### 2. *Legislación*

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*  
*Código Civil para el Distrito Federal.*