



Marzo 2011

¿POR QUÉ EL PROCEDIMIENTO FAMILIAR NO ES APÉNDICE DEL PROCESO CIVIL?

*A la memoria del Dr. Humberto Hernández Nodarse,
Excelso Magistrado Cubano, en el 105 aniversario de su natalicio.*

Por Osvaldo M. Álvarez Torres
Master en Filosofía del Derecho. Especialista
Profesor Principal en la Universidad de Matanzas, Cuba
Abogado de la Consultoría Jurídica Internacional, Sucursal Varadero

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Álvarez Torres, O.M.: *¿Por qué el procedimiento familiar no es apéndice del proceso civil?*, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, marzo 2011. www.eumed.net/rev/cccss/11/

Para quienes no ven en el Derecho Sustantivo de Familia un “verdadero Derecho”, porque permeadas sus mentes y corazones por concepciones civilísticas puras que vienen quizá de la influencia de las vetustas y anquilosadas consideraciones que respecto a la familia tenía, por citar sólo un ejemplo, el *Code Napoléon*, no entienden tampoco que se alce hoy, con la magnificencia que le ha permitido su propia impronta, el Derecho Procesal de Familia y dentro de él, el Procedimiento Familiar.

No puede negarse a ultranza la marcada ascendencia que en el Derecho Sustantivo de Familia y en el Derecho Procesal de Familia tienen,- y no cabe negar por negar ello-, el Derecho Civil y el Derecho Procesal Civil.

Cuando hace algo más de dos años, en una enconada diatriba entre quienes abogaban por una independencia total del llamado Derecho Económico del Derecho Civil, en que se pretendía desconocer incluso la presencia civilista en las normas de derecho económico surgidas en los finales de la primera mitad del siglo veinte, expresé entonces: “.....negar la subordinación del Derecho Económico al Derecho Civil, sería como negar las peculiaridades morfológicas de un hijo en semejanza con su padre. Autonomía no es desunión, ni alejamiento, ni desacuerdo: No pugna con la observancia, con la facultad, con la soberanía en las decisiones. No podrá desconocerse jamás, la fuente, el origen, el germen, el manantial que

ha significado, significa y significará el vetusto pero rebotante Derecho Civil, para el resto de las ramas y disciplinas que le han sucedido".¹

Y en el propio desenvolvimiento de la ponencia argumenté a la sazón: "Hoy día, no obstante las necesarias transformaciones del Derecho Civil, de sus crisis, de las tendencias disgregadoras y la separación de ramas que otrora constituían su propio tronco, continúa con su designio abarcador, de las facetas del Derecho privado más próximas al hombre, las que calan con más intensidad en su intimidad y en su existencia cotidiana, (tales son los derechos de la personalidad, capacidad de obligar, relaciones de familia y en el tráfico y sucesión)".²

De manera que no soy un acérrimo defensor de lo nuevo, que pretende divorciar el Derecho Procesal de Familia y el procedimiento familiar de esa fuente inagotable de la que bebió y bebe hoy aún: el Derecho Procesal Civil y el proceso civil. Sólo que no puede negarse que el añejo proceso civil tiene como fundamento primigenio dispensar normas jurídico-procesales que tutelan, por encima de todo, intereses patrimoniales e intrínsecamente individuales, mientras que el proceso de familia surte normas, también instrumentales, pero no taxativamente de corte iusprivatista sino de tutela de normas sustantivas familiares eminentemente sociales, por ser la familia no un núcleo signado por una suma aritmética de intereses individualistas, sino por ser el centro de la sociedad, de la vida misma, por constituir una verdadera sociedad en pequeño.

Hoy día se plantea que al someterse a examen la clasificación de los procesos, se advierte que, a diferencia del proceso civil- patrimonial o proceso civil en sentido estricto, el proceso que versa sobre las relaciones familiares y el estado civil de las personas está orientado por el principio inquisitorio.

Ello es así porque en el proceso familiar se han conferido al juzgador, dada la trascendencia social de las relaciones familiares, mayores atribuciones para la dirección del proceso, para la exaltación de su activismo y el desenvolvimiento de una justicia de acompañamiento que él dirige y particularmente para la obtención de las pruebas. En este procedimiento especial, los derechos que se discuten generalmente son irrenunciables, por lo que no caen dentro del ámbito de la libertad de disposición de las partes. Se trata, pues, de derechos regularmente indisponibles por su manifiesto carácter social y no privado.

El Procedimiento Familiar no es un desgajamiento apurado del Derecho Procesal Civil ni una inventiva de las postrimerías del siglo XX.

Para quienes no lo ven como un proceso en sí, por sí y para sí, hay que remontarse a la explicación de lo que expresaron importantes maestros de la ciencia procesal.

Luego hay que decir que en su momento, Calamandrei había advertido y considerado la estructura especial del proceso familiar, al que para diferenciarlo del proceso civil patrimonial, denominó "proceso civil inquisitorio", conforme a la terminología propuesta por Kohler y adoptada por Cicu.

Para el citado Catedrático de la Universidad de Florencia, "la estructura especial del proceso sobre las relaciones familiares y el estado civil de las personas no es más que una consecuencia de la naturaleza especial de la relación sustancial sometida al juez"³

¹ ÁLVAREZ TORRES, O: *Ponencia El Derecho Económico ¿autonomía o dependencia del Derecho civil? Enfoque desde el Derecho de Contratos*, CD. VII Jornada Internacional de Derecho de Contratos, La Habana, Cuba, enero de 2008.

² *VII Jornada internacional Derecho de Contratos*, La Habana, Cuba, 2008, Ponencia Citada.

³ CALAMANDREI, P: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, EJEA, Buenos Aires, 1962, Tomo I.

Llega a afirmar Piero Calamandrei que el Estado, tomando en cuenta la trascendencia social de las relaciones familiares, tiene especial interés "en no permitir su modificación, sino a través de una declaración judicial de certeza", porque la modificación o alteración de las relaciones jurídicas familiares se sustrae, por este motivo, de la libertad contractual de los interesados y se somete, en cambio, a la intervención necesaria de los órganos del Estado, encargados de verificar que tal modificación sólo se produzca cuando se cumplan efectivamente los supuestos y los requisitos establecidos en la ley.⁴

Adviértase que para Calamandrei la derivación de las relaciones familiares, que viene dada por el signo social y no privado que impone el Derecho de Familia, hace que el Estado tutele esas relaciones de capital importancia para la sociedad, las vea extravasarse de los marcos de típicas relaciones contractuales atinentes al derecho sustantivo civil, de corte individual, patrimonialista y cumpla un rol de tuición en relación con esas relaciones familiares.

Calamandrei menciona, entre otras, las siguientes características que proceden de la estructura especial que tiene el proceso familiar:⁵

- 1) acción e intervención del Ministerio Público;
- 2) poderes de iniciativa del juez;
- 3) pruebas ordenadas de oficio;
- 4) ineficacia probatoria de la confesión espontánea, y
- 5) prohibición del arbitraje.

De manera similar, Fix-Zamudio puntualiza que el proceso familiar "está influido por el principio oficial, por la máxima de la libre investigación judicial, por la indisponibilidad del objeto de las litis, y tiene la característica de que las sentencias dictadas por los tribunales en esta clase de juicios, producen efectos contra terceros".⁶

Merece traerse un ejemplo del Derecho Comparado que pauta estas disquisiciones doctrinales apuntadas y que siguen ordenamientos procesales del sector europeo del *civil law*.

Se trata del Código de Procedimiento Civil del estado mexicano de Sonora, que dedica su título tercero del libro de igual número a regular los "juicios sobre las cuestiones familiares y el estado y condiciones de las personas" (artículos 552-646).⁷

En dicho título se ha intentado sistematizar todas las normas sobre juicios especiales y procedimientos de jurisdicción voluntaria concernientes a la familia y el estado civil de las personas: cuestiones matrimoniales, nulidad de matrimonio, divorcio voluntario y necesario, paternidad, filiación y patria potestad, adopción, rectificación de actas del estado civil, interdicción e inhabilitación, cuestiones concernientes a menores y emancipados, declaración de ausencia y presunción de muerte.⁸

⁴ CALAMANDREI, P. Ob. Citada.

⁵ CALAMANDREI, P. Ob. Citada.

⁶ FIX ZAMUDIO, H: *Principios del proceso familiar y del estado civil y los diversos juicios en materia familiar*. info5.juridicas.unam.mx/libros/1/325/2.pdf. (Consultado en 10-1-09).

⁷ *Código de Procedimiento Civil del Estado de Sonora, México*. Edición Electrónica. www.congresoson.gob.mx/Leyes_Archivos (Consultado 18-4-09)

⁸ *Código de Procedimiento Civil del Estado de Sonora, México*, Citado.

Aparte de la regulación detallada de cada uno de estos juicios especiales y procedimientos de jurisdicción voluntaria, el Código de Procedimiento Civil del Estado de Sonora⁹ establece los principios generales que rigen todo proceso familiar:

- 1) intervención necesaria del Ministerio Público;
- 2) amplias facultades del juzgador para determinar la "verdad material";
- 3) inaplicación de las reglas de la prueba tasada y de las relativas a la distribución de la carga de la prueba;
- 4) supresión del principio preclusivo "en cuanto signifique un obstáculo para el logro de la verdad material", y
- 5) no vinculación del juzgador a la confesión ni al allanamiento de las partes (artículos 552 y 553).

Negar que el procedimiento familiar abreve en el proceso civil y en otros procesos que se avienen a su distinción, en atención a los diferentes tipos de jurisdicciones a las que responden,- aunque estas disímiles jurisdicciones se explican en orden metodológico, porque la función jurisdiccional es única e indivisible-, sería la negación de la existencia del unitarismo procesal que hoy día se plantea.

Pero sí cabe distinguir a este específico procedimiento de otros, por sus notas típicas.

Nadie alberga la menor duda de que en el procedimiento especial de familia se consideran de orden público todos los problemas inherentes a la familia y que los jueces de lo familiar, en una actuación especial *sui géneris*, intervienen de oficio en los asuntos que afecten a la familia, para preservarla y para proteger a sus miembros.

Y es que los jueces y tribunales de lo familiar están obligados a suplir las deficiencias de las partes en sus planteamientos de derecho. Porque en rigor, se muestra quizá como en ningún otro proceso en el especial de familia, la aplicación del principio de *la iura novit curia*, de acuerdo con el cual el juez o tribunal es quien conoce el derecho y a quien compete decidir en cada caso cuál es el derecho aplicable.

En virtud de este principio, las alegaciones de derecho formuladas por las partes en el procedimiento especial de familia, no vinculan a los jueces, por lo que éstos, en todo caso, y a pesar de los errores u omisiones de las partes en la cita de los preceptos jurídicos, determinan el derecho aplicable.

En el procedimiento familiar, al presente, no se requiere de formalidades especiales para acudir ante el juez de lo familiar cuando se solicite la declaración, preservación o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes, educación de los hijos, rol de padres y tutores y en general todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial.

Podrá acudirse al Tribunal de Familia por escrito o por comparecencia personal, con exposición de manera clara y concisa de los hechos que se pretenden poner en conocimiento de los juzgadores.

⁹ Código de Procedimiento Civil del Estado de Sonora, México. Cit.

Hay prevalencia de la oralidad en las audiencias en que se divide el procedimiento especial de familia, y aunque no hay libre albedrío en la proposición de medios probatorios, dada la condición del Tribunal de sujeto jerárquicamente subordinante en la relación jurídica-procesal de lo familiar, las pruebas propuestas por los partícipes y las que pudieran acordarse de oficio por los jueces no tendrán más limitaciones que aquellas que sean contrarias a la moral, o que sean dilatorias, impertinentes o inconsecuentes, o que estén prohibidas por la ley.

No se desconoce en la actualidad que en el proceso familiar y del estado civil, tomando en cuenta la trascendencia social de las relaciones familiares, se han otorgado al juzgador mayores atribuciones para la dirección del proceso, dado que los derechos sustantivos que se controvierten generalmente, como ya se ha dicho, son irrenunciables, indisponibles, por lo que no quedan dentro del ámbito de libertad de disposición de las partes, como ocurre normalmente en el proceso civil patrimonial.

Vista la importancia de las relaciones familiares, el Estado tiene especial interés, como ha puntualizado Calamandrei, "en no permitir su modificación, sino a través de una declaración judicial de certeza."¹⁰ La modificación o alteración de las relaciones jurídicas familiares se sustrae, de esta manera, de la libertad contractual de los interesados y se somete, en cambio, a la intervención necesaria de los órganos del Estado, encargados de verificar que tal modificación sólo se produzca cuando se cumplan efectivamente los supuestos y los requisitos establecidos en la ley.

No puede concluirse que el procedimiento familiar es un proceso totalmente independiente, que ha roto el cordón umbilical que lo une al proceso civil por un denominador común de principios rectores, de instituciones procesales habituales al proceso, visto como un todo, porque ello entrañaría negar que el procedimiento especial de familia está insertado, como el resto de los procesos, en el calificativo con que se ha denominado a la teoría unitaria del proceso, pero sin desechar que presenta sus especificidades propias, que lo distinguen, que lo diferencian, que lo destacan no sólo como derecho de corte público sino predominantemente social.

Para Juan Montero Aroca, una de las voces más autorizadas del procesalismo español actual, ya no es posible creer más en un derecho procesal autoritario y por tal razón ha reconvertido su pensamiento al punto de sostener que una historia del procesalismo del siglo XX podría resumirse en el nacimiento de mitos que hoy no resisten más el paso del tiempo (autoritarismo procesal, mayores poderes y deberes para los jueces, pruebas de oficio, etc.) Es tan importante el aporte del pensamiento de Montero Aroca para la tesis garantista y unitaria del derecho procesal que puede hablarse de una genuina articulación científica en la ciencia del proceso.¹¹

Por ello he razonado en anterior trabajo que hablar de una Teoría Unitaria del Proceso significa comulgar con el razonamiento de que se fijen postulados científicos comunes y compatibles a todas las ramas del derecho procesal.¹²

De lo que se trata es de convencer a la comunidad científica que es preciso terminar con la división teórica que existe entre las diversas ramas del derecho procesal y que es factible ofrecer una tesis unitaria, un denominador común de principios e instituciones concernidos todos ellos al derecho procesal, que permita que discurra por senderos de garantismo y realización plena de la justicia, sin dejar de tener muy en cuenta sus derroteros delimitados.

Se inserta entonces el Derecho Procesal de Familia en este calificativo común de unitarismo, de garantismo, sin relegar que dentro del Derecho Procesal Civil existen importantes corrientes doctrinarias que se alzan con la autonomía de algunas de ellas, entre las que se sitúan el

¹⁰ CALAMANDREI, P: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, EJE, Buenos Aires, 1962, Cit.

¹¹ MONTERO AROCA, J: *Evolución y futuro del derecho procesal*. Editorial Temis, Bogotá, 1984.

¹² ÁLVAREZ TORRES, O: *Derecho Procesal de Familia y Teoría Unitaria del Proceso*. Ponencia, Matanzas, versión de 1-5-2008.

Derecho Procesal Administrativo, el Derecho Procesal Laboral y el Derecho Procesal de Familia.¹³

No puede negarse este desprendimiento del Derecho Procesal Familiar del Derecho Procesal Civil, como no resulta dable desconocer el desgajamiento que tuvo un día del Derecho Civil el Derecho Mercantil, cuando razones de celeridad, de menos formalismos y ritualismos y el imperio del tráfico en masa hicieron aparecer en las postrimerías del siglo XI y hasta el siglo XIII esta nueva rama del ordenamiento jurídico.¹⁴

Pero desgajamiento no significa negar su origen, negar su carácter por ser procedimiento *ad hoc*. Se trata, sí, el procedimiento especial de familia, de una normativa adjetiva más flexible, menos formalista y ritualista que la del Derecho Procesal Civil, pero para nada divorciada de éste, del que sigue bebiendo como lo hacen el procedimiento laboral, el agrario, el de lo económico, el arbitral.

Hay una imbricación de todos estos procesos y procedimientos, que derivan de postulados y de principios comunes, en aras del unitarismo garantista, sin omisión de lo concreto, que defiende la realización de la justicia misma.

En un artículo del autor Omar A. Benabentos, en que alude al por qué del unitarismo y el garantismo del Derecho Procesal afirma: "Para levantar los postulados sobre los que edifico la teoría unitaria y garantista del derecho procesal no debo desdecirme de ideas anteriores. Soy un fiel y antiguo sostenedor de un derecho procesal garantista. Y mis dudas o prevenciones sobre la posible unidad del derecho procesal se fueron despejando, al punto que hace tiempo que vengo sosteniendo que tal unidad procesal no sólo es *posible*, sino que constituye un paso *imprescindible* para su maduración científica. Además, siempre consideré que el derecho procesal de corte autoritario no aporta *soluciones válidas, eficientes, y lo que es más grave*, genera una incongruencia radical con los mandatos constitucionales que modelan un tipo de procesamiento opuesto a todo autoritarismo"

Y concluye: "Enseña Popper que los intelectuales tenemos un deber: el de ser optimistas e infundir *optimismo*. Coincido con esta visión, y es con ese espíritu de optimismo que pretendo empapar mi mensaje. La propuesta, aunque *parta* de la *crítica*, se legitimará si exhibe, además, una solución viable para salir de la crisis. Si toda crisis es, en esencia, una situación de *cambio*, queda claro que sólo mediante una profunda vocación de *cambio* de paradigmas, de metodología y de modos de pensar, se puede afianzar el *progreso* de la *ciencia* del *proceso* y la mejora del *sistema de justicia* que hoy se imparte en Latinoamérica".¹⁵

¹³ ÁLVAREZ TORRES, O: *Derecho Procesal de Familia y Teoría Unitaria del Proceso*. Ponencia Citada.

¹⁴ ÁLVAREZ TORRES, O: Ponencia Cit.

¹⁵ BENAVENTOS, O: *Nociones sobre una teoría general unitaria del Derecho Procesal*. Tomado de Internet, sitio <http://www.uncitral.org>, 14 de julio de 2006.

Citas Bibliográficas:

- ÁLVAREZ TORRES, O:
 - o *Ponencia El Derecho Económico ¿autonomía o dependencia del Derecho civil? Enfoque desde el Derecho de Contratos*, CD. VII Jornada Internacional de Derecho de Contratos, La Habana, Cuba, enero de 2008.
 - o *Derecho Procesal de Familia y Teoría Unitaria del Proceso*. Ponencia, Matanzas, versión de 1-5-2008.
 - o *Derecho Procesal de Familia y Teoría Unitaria del Proceso*. Ponencia, Matanzas, versión de 1-5-2008.

- BENAVENTOS, O: *Nociones sobre una teoría general unitaria del Derecho Procesal*. Tomado de Internet, sitio <http://www.uncitral.org>, 14 de julio de 2006.

- CALAMANDREI, P: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, EJEA, Buenos Aires, 1962, Tomo I.

- FIX ZAMUDIO, F: *Principios del proceso familiar y del estado civil y los diversos juicios en materia familiar*. info5.juridicas.unam.mx/libros/1/325/2.pdf. (Consultado en 10-1-09).

- MONTERO AROCA, J: *Evolución y futuro del derecho procesal*. Editorial Temis, Bogotá, 1984.

Citas Legales

- *Código de Procedimiento Civil del Estado de Sonora, México*. Edición Electrónica. www.congresoson.gob.mx/Leyes_Archivos (Consultado 18-4-09)