



320809
UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

PLANTEL TLALPAN

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

39
24

FALLA DE ORIGEN

**"EL OTORGAMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA
PROVISIONAL DE LOS MENORES DURANTE
EL PROCEDIMIENTO"**

TESIS QUE PRESENTA:

HECTOR RAMIREZ ESPINOSA

PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

ASESOR DE TESIS: LIC. SARA PAZ CAMACHO

MEXICO, D.F.

1995



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 está 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.

A MIS PADRES.

FLORENCIA Y PORFIRIO, Por el apoyo tan grande que siempre me ofrecieron en mi etapa profesional, y por enseñarme que dar mas de lo que se espera de nosotros mismos nos otorga el derecho de recibir mas de lo que esperamos, GRACIAS con todo - mi amor y cariño eternamente.

A MIS HERMANOS.

JOSE LUIS, FRANCISCO, ALEJANDRO, RUBEN Y CAROLINA , Por - sus consejos y por el apoyo que desinteresadamente me brindan, deseando sea un aliciente de superacion.

A MIS HIJOS.

HECTOR GABRIEL y JUAN JOSE, Las razones mas importantes en mi vida, ya que no existen barreras para lograr lo que uno se -- propone y desea sabiendo que son el motivo de superación en -- mi etapa profesional y en las diversas etapas de mi formación los QUIERO MUCHO.

A MI ESPOSA.

LORELEY, Gracias por el apoyo moral siempre constante que me has ofrecido durante toda mi formación el cual nunca podre -- olvidar ni dejar de pensar en el con todo mi AMOR.

A MIS SUEGROS.

SARA y OSCAR, Por su tiempo y ayuda que siempre me han -- brindado y por el amor y cariño que a mi familia le otorgan dia con dia GRACIAS.

ÍNDICE

EL OTORGAMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA PROVISIONAL DE LOS MENORES DURANTE EL PROCEDIMIENTO

Página

CAPITULO PRIMERO

Antecedentes Históricos.

1.1. Grecia	4
1.2. Roma	6
1.3. España	10
1.4. México	12
1.4.1. Código Civil de 1870	13
1.4.2. Código Civil de 1884	15
1.4.3. Ley de Relaciones Familiares de 1917.	16

CAPITULO SEGUNDO

Conceptos Generales.

2.1. Concepto de Familia	20
2.2. Concepto de Patria Potestad	22
2.2.1. De Interés Público	24
2.2.2. Es Irrenunciable	24
2.2.3. Es Intransferible	25
2.2.4. Es Imprescriptible	25
2.2.5. Es Temporal	25
2.2.6. Es Excusable	26
2.3. Orden de Ejercicio de la Patria Potestad Establecidas por el Código Civil	28

2.4. De los Modos de Suspenderse y Acabarse la Patria Potestad	29
2.5. Concepto de Guarda y Custodia	31
2.6. Personas a las que el Derecho les Otorga la Guarda y Custodia Provisional de los Menores	33

CAPITULO TERCERO

Casos en que se Otorga la Guarda y Custodia Provisional en el Derecho Sustantivo y Adjetivo.

3.1. Concepto de Matrimonio	36
3.2. Caso de Separación de los Cónyuges	38
3.3. Caso de Separación de los Concubinos	39
3.4. Caso de Separación de la Unión Libre	40
3.5. Caso de Abandono del Menor por sus Padres	41
3.6. Concepto de Minoría de Edad	43
3.7. Concepto de Mayoría de Edad	45
3.8. Capacidad de Goce y de Ejercicio del Menor	47
3.9. Emancipación	48
3.9.1. La Producida por el Matrimonio	49
3.9.2. La Derivada de la Voluntad de los Padres o Tutores	50
3.10. La Suspensión y la Pérdida de la Patria Potestad en los Juicios de Divorcio	50
3.10.1 Como Acto Prejudicial	52
3.10.2 Como Medida Provisional	54

CAPITULO CUARTO

Formas y Procedimientos que dan Origen a la Solicitud de la Guarda y Custodia Provisional.

4.1. Divorcio Voluntario o Judicial	59
4.2. Divorcio Necesario	66

4.3. Situación del Ejercicio de la Patria Potestad en los Casos de Divorcios	71
4.4. Consecuencias y Efectos de la Pérdida de la Patria Potestad	77

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

La razón de la elaboración del presente trabajo y tomando como figura principal a la Guarda y Custodia provisional del menor y señalándose como objetivo principal aquellos que por circunstancias imputables a su conducta persona y Derecho no se le considera como aquel al cual se le esté ocasionando un daño moral por motivo de su disputa dentro de un procedimiento judicial, llevada a cabo por parte de sus padres y que origine con ello una ruptura del seno familiar, cuando estos mismos son aquellos que originan tal acción, haciendo saber a la autoridad competente las razones que dieron origen para ejercitar el derecho y obligación de solicitar la custodia provisional de los menores, muchas veces sin especificar las circunstancias verdaderas que originan al solicitar la misma o que en ocasiones sabiendo ambos lo manifiesten en perjuicio de la otra parte que por razones que desconozca por el hecho de no estar dentro de la jurisdicción en que se llevó a cabo tal procedimiento, dejándolo en un estado en que no podrá manifestar lo que por derecho se le concede la misma autoridad y que decrete en ese momento lo solicitado por la parte que actúa en perjuicio del otro, dejando en estado de indefensión a la otra parte, por los hechos en que basa su acción que solicita la Guarda y Custodia.

En tal razón manifestamos el por que cuando esta se solicita se otorgue en una forma directa al que primero la solicitó, sin requerir a la otra parte para manifestar las razones que dan origen a tal procedimiento judicial.

Por lo tanto debemos de considerar que la autoridad al tener el conocimiento de dicha acción, esto es que el Juez de lo Familiar con intermediación del M.P. representante social del menor en este caso solicitará a ambas partes que argumenten su dicho.

Dejando en claro que la autoridad concedora de dicho procedimiento actúe en una forma que deje a una de las 2 partes sin pleno conocimiento del hecho que sea imputable en su persona y conducta toda vez que el Derecho le

otorga la obligación que como progenitor tienen ante los hijos concebidos dentro del seno familia.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1. Grecia

1.2. Roma

1.3. España

1.4. México

1.4.1. Código Civil de 1870.

1.4.2. Código Civil de 1884.

1.4.3. Ley de Relaciones Familiares de 1917.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

I.1. GRECIA

Al imponernos a la tarea de encontrar en la antigüedad alguna institución o medio jurídico que ofrezca proteger los valores fundamentales del hombre, necesariamente debemos abocarnos a la existencia de las relaciones familiares en el pasado, cuyos derechos subjetivos son creados en torno al interés de su titular cuyo deber es en función de la protección de la persona y de los miembros de una familia.

"En la cultura Griega, se desarrolló una etapa dentro del núcleo familiar, que denominaron "gens", en cuyos pueblos imperaba una organización patriarcal, que viene a transformar el carácter arcaico, gracias al desarrollo cultural de los orígenes griegos."(1)

De lo anterior, podemos observar, que en los tiempos prehistóricos los griegos y otros pueblos congéneres tenían la misma organización de las tribus americanas (Gens, Fatrias y Tribu), hallándose los griegos en los umbrales de la civilización, perdiéndose de esta forma el derecho maternal en favor del derecho paternal; abriéndose la primera brecha en la constitución gentilicia, cuyas solemnidades religiosas más comunes las realizaba el jefe de los gens, quien actuaba como sacerdote, la filiación se generaba a través del sistema patriarcal, con la prohibición del matrimonio dentro de la gens, excepto en los casos de las huérfanas poseedoras de una propiedad común, cuya fortuna pasaba a manos de

(1) GUITRÓN FUENTE VILLA Julian, Derecho Familiar, Segunda Edición 1988, Universidad Autónoma de Chiapas, U.N.A.CH. P. 49.

su marido, a razón de que no saliera de la tribu dicha propiedad; con lo que se destruye todo fundamento del derecho gentil.

En base a lo anterior FEDERICO ENGELS, no explica que el funcionamiento de una gens, tomando como género la tribu de los Senecas o Iroqueses, "manifestando estar en desacuerdo en cuanto a la organización que existía en la familia de las gens griega, afirmando que no fue y no puede ser considerada como una unidad orgánica por que el esposo y la esposa pertenecían forzosamente a dos gens o tribus distintas."(2)

Con lo que respecta a la Guarda y Custodia en la historia de Grecia, observamos que quedaba fuera de la gens el derecho materno siendo su esencia reconocer como dichas atribuciones correspondían a los núcleos integrantes de los pater familias; siendo ya usual que la guarda la ejerciera el jefe de la familia, así como la custodia que aunque la permanencia de los hijos de la gens materna podía ser el origen del régimen matriarcal, en la cual la filiación se hace por vía materna; está no cambia en nada, ya que aún sabiendo que la mujer era considerada como producto preciado, ello no influía en las diversas formas de organización, en donde la mujer pertenecía exclusivamente al hombre, sin derecho de opinar o ejercer totalmente la guarda y custodia de los hijos del matrimonio, siendo así semejante en el papel de los hijos nacidos fuera del vínculo matrimonial, en donde el padre era quien ejercía tal derecho maternal.

En Grecia la gens, se empleo para designar al grupo familiar descendiente de un tronco común, en este caso el padre de la tribu, estaba ligado a un carácter religioso y social, independientemente de que la custodia que le correspondía al pater, era ejercida por la madre, quien tenía a su cargo el cuidado, educación y protección de los hijos; en ocasiones la rigurosa medida de privación del derecho de guarda en cuanto a que la tenía el padre afectaba el crecimiento de sus hijos por el exagerado poder que ejercía el pater familia.

(2) ENGELS Federico, El Origen de la Familia, La Propiedad y el Estado, Editorial Progreso, P. 97, 99.

Al respecto MARX, resume, que el sistema de consanguinidad que correspondió a los gens griega en su forma primitiva aseguró el grado de

parentesco de los miembros entre si, ya que con la integración de la familia monogámica se confirma el hecho de la descendencia y el parentesco reciproco real y puro de los ascendientes comunes, pero dejando al olvido la forma natural y humana con lo que respecta al ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, que se consideraba una formas de administración en cuanto a los bienes que poseyeran los hijos y no una forma de seguridad, moralidad y educación insuficientes en ese medio arcaico griego.

1.2. ROMA

"A través del tiempo Roma, transmite su mejor aportación,, ya que el derecho de esta sociedad sienta los principios generales del derecho actual, es decir, como los griegos lo hicieron con la filosofía y las artes, ninguna civilización ha logrado la mentalidad jurídica romana, sentando las bases de la ciencia jurídica y aportando conceptos de suma importancia que se ha llegado a considerar fuente de toda investigación jurídica; y que dicha influencia la tomaremos de base para el estudio y origen de nuestro derecho actual."(3)

Para los Romanos, el derecho tiene dos acepciones; una considerada objetiva y otra subjetiva, en cuanto a la primera el orden jurídico se refiere al conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta del hombre en sociedad, rigiendo de una forma coactiva; mientras que la segunda los romanos la traducen en la facultad concedida al individuo por ese derecho objetivo, cuyo fin es la protección de la persona, familia y bienes, elaborando la teoría de las persona,

(3) ENGELS Federico, Op, Cit. P. 101.

atendiendo de esa forma su estado, capacidad y relación con los demás miembros de la familia, trayendo como consecuencia la clasificación de las personas *Alinciluris*, según estuvieran o no sujetos a la patria potestad paterna.

Por otro lado, la capacidad era adquirida por el hombre desde su nacimiento, retrotrayéndose está al momento de la concepción y que generaba efectos de derecho, mientras que el estado de las personas se determinaba por la condición del pater familia.

En la época clásica, la potestad se ejercía en cuatro diferentes formas a saber, según EUGENE PETIT:

"La primera, es la autoridad que el jefe de familia tenía con derechos religiosos y absolutos, que ejercía sobre el esclavo en su persona y en los bienes de los hijos de éste.

La segunda, es la patria potestad paternal, que se construyó con el poder absoluto del jefe de familia sobre sus hijos, aplicando penas rigurosas, teniendo el poder de vida y de muerte sobre los mismos, incluso emanciparlos o darlos a un tercero y abandonarlos.

La tercera, consistía en la llamada *mancipium* en la que una persona libre ejercía su autoridad sobre otra de igual condición social; dependiendo a la vez de la autoridad paterna.

La cuarta y última, es la *manus*, que era la potestad estricta del marido sobre la mujer, colocándola en una posición inferior igual a la de la hija de familia, en relación del marido."(4)

(4) EUGENE PETIT, Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Porrúa, S.A.; Quinta Edición, México, 1989, P. 97.

Por lo anterior, entendemos que la familia romana tenía como rango esencial la regulación al mando patriarcal, quien no conocía límites, ni respondía de su ejercicio ante la familia, ni ante el Estado; la familia así entendida se caracteriza por el rango patriarcal en la que la soberanía del padre y del abuelo paterno era considerado demasiado estricta, al grado de considerarse dueños absolutos de las personas, que bajo su autoridad se encontraban; lo mismo ocurría en la concentración del patrimonio único de los hijos y esposas sobre el cual el pater era el que ejercía los derechos de propietario.

La funete de la ilimitada potestad paterna "era sin duda el matrimonio, la adopción y la legitimación; en la que al contraer matrimonio las mujeres caían bajo la autoridad del marido, al grado de tratarlas como hermanas de los hijos, cuando el matrimonio se celebraba con manus, la adopción consistía en un medio legal de adquirir la patria potestad, ya que dicha institución se establecía entre dos personas sin parentesco alguno, produciendo los mismos efectos jurídicos de el matrimonio; en cuanto a la relación padre-hijo, siendo que la legitimación fue creada con el fin de favorecer las uniones irregulares, permitiendo al padre adquirir la figura de autoridad paterna sobre los hijos nacidos de un concubinato, o sea hijos naturales."(5)

En cuanto al origen de la patria potestad, comentado anteriormente, examinaremos la forma en que se extingue la misma:

A esta situación GUILLERMO FLORIS MARGADANT, establece:

"Que para que se extinguiera la patria potestad en roma, no podía anularse libremente por actos jurídicos privados o por convenio alguno celebrado por padre e hijo, señalando así las causas por las cuales se perdía:

(5) JOSSERAND Luis, Derecho Civil, La Familia. Ediciones Jurídicas, Europa, América 1950. Volumen II, P. 257.

1. Por la muerte del padre, o por su capitis deminutio máxima o media;
2. Por la muerte del hijo, o por su capitis deminutio, máxima o media;
3. Por la adopción del hijo por otro pater familias, la adogatio del pater;
4. Por disposición judicial como castigo del padre, o automáticamente, por haberse expuesto al litigio, caracterizado por su pobreza general;
5. Por contraer matrimonio una hija con caracteres de cum-manus; y,
6. Por el nombramiento del hijo para ejercer ciertos actos y funciones religiosas o en el derecho justiniano, también funciones de carácter burocrático."(6)

Ya señalado el origen de la patria potestad en roma, observamos que con el tiempo ésta se va haciendo menos estricta o rígida, ya que con la creación del bajo imperio y de un legislador que considerara que los hijos eran capaces de ejercer sus propios derechos, aún en contra de la voluntad del padre, llegando a ser tan flexible que se castigaba los excesos cometidos por el padre en el ejercicio de su anterior omnimodo derecho.

"La Patria Potestad, por consiguiente dio origen a otras instituciones jurídicas semejantes a ella, como lo fueron la Tutela y la Curatela, que tenían por objeto ejercer potestad sobre sujetos no sometidos a ella, ya fuera por razones de incapacidad en razón de sexo, edad, deficiencias mentales o en caso de prodigalidad."(7)

(6) FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO., El Derecho Privado Romano, Décima Octava Edición, Editorial Esfinge, México 1992, p. 127

(7) *Ibidem* P. 130

Por otro lado la tutela, se desarrolló en el derecho romano como una figura jurídica, protectora de los derechos de aquellas personas que nacieran fuera del matrimonio legítimo o aquellos nacidos dentro de la potestad paternal, pero que han salido antes de la pubertad, siendo esta otorgada por el padre de familia a un tutor, quien debería de proteger los bienes del pupilo y su persona, teniendo como único objetivo defender aquellos que no estaban sujetos a la patria potestad, quedando excluidos de intervenir en negocios jurídicos, por considerarse incapaces de ejercer un derecho en razón de su edad.

Por lo que respecta a la curatela, como institución jurídica dentro del derecho romano, fue considerada supletoria de la patria potestad que determinaba un derecho natural, el cual era ejercido por el pater-familia sobre su hijo, obligación que no ejercía por el hecho de que el menor se encontraba incapacitado en su persona y facultades físicas, designado al mismo un protector en razón a que su desarrollo y desenvolvimiento era muy lento.

En otro orden de ideas diremos, que la tutela como función principal fue la necesidad de proteger a los incapacitados accidentales; con ello posteriormente la figura de la guarda y custodia que se ejercía sobre el menor, observamos que pertenecía única y exclusivamente al padre de familia, ya que la mentalidad romana fijó una nueva idea en cuanto a la protección, guarda y cuidado de los incapaces o del menor, considerando de que el núcleo familiar era el más adecuado para proteger, alimentar, educar y todas las necesidades que en su desarrollo necesitaran los hijos nacidos dentro del matrimonio; o en su caso los hijos incapacitados, naturales, etc.; aunque esto originó una importantes etapa en el derecho romano, ya que llega a constituirse una disputa en cuanto a la guarda y custodia de los hijos por ambos padres y el derecho de obtenerla y conservarla, aún que por antigüedad estaban sometidos todavía a la guarda legal del padre.

1.3. ESPAÑA

La historia de España, se inicia con la unión de diferentes grupos, unos asentados pacíficamente y otros invadiendo la península, teniendo como característica principal una estrecha solidaridad familiar, basada en vínculos de

sangre y de lazos de adopción, el establecimiento de colonias fue con el fin de que se desplazara el comercio, expandiéndose territorial y comercialmente difundiendo de esa forma su cultura y su derecho; instituyendo sus leyes en los usos y costumbres, mismas que posteriormente unieron y tomaron los romanos.

"La Familia se constituyó, por lazos consanguíneos, en donde la potestad paterna era absoluta, la emancipación de los hijos era parte de la forma que consideraban importante, ya que los educaban para crear guerreros, el régimen familiar era monogámico, en donde el hombre compraba a la mujer para así dar la solemnidad al acto del matrimonio."(8)

En el derecho de familia en cuestión, podemos afirmar, que al igual que las anteriores culturas, la condición de la mujer era inferior a la del hombre; mientras que el padre ejercía la potestad de los hijos, teniendo a su vez el derecho de usufructo sobre los bienes de los hijos, aún que los menores podían disponer libremente de sus propiedades y bienes.

"La patria potestad, la ejercía ya fuera civil o por destierro, por incesto del que la ejercía; por la obtención del sujeto a patria potestad, de un alto cargo o dignidad pública, y por último al contraer matrimonio el sujeto a patria potestad."(9)

En cuanto al régimen de la tutela, curatela, patria potestad, guarda y custodia de los hijos, en el derecho hispánico observamos que se apega a la del derecho romano, razón por la que no haremos mayor comentario al haberlo ya descrito; la única diferencia con la concepción romana, es que los hispanos gracias al cristianismo y a la menor jerarquía del padre o tutor, establecieron que a falta del padre, la madre quedaba facultada para ejercer todo derecho sobre el hijo, así de igual manera a todo lo relacionado al cuidado, educación y guarda del

(8) OBREGÓN TORIBIO Ezequiel, Apuntes para la Historia del Derecho de México, Editorial Polis, México, 1937. P. 367.

(9) Ibidem. P. 381.

menor.

1.4. MÉXICO

En México el régimen jurídico de los pueblos protectores y precorteciandos hace que se desarrolle el derecho; y en tiempos de Netzahualcoyotl, sobrevino una evolución del derecho, se aumentaron las familia e instituciones y es así como se encuentran los orígenes de los españoles al Nuevo Mundo, naciendo con ello una enorme variedad de costumbres familiares, tanto en lo que respecta a los principios básicos del matrimonio, cuanto a lo que ve a las costumbres e influencias sociales de la familia." (10)

Las reglas del derecho civil, acerca del matrimonio en Indias, sostenía que los menores de veinticinco años necesitaban autorización del padre o en su defecto de la madre, o de quien ejercera la patria potestad, guarda y custodia; y a falta de los anteriores de los tutores o de los parientes más cercanos, para contraer matrimonio, previa autorización u aprobación judicial; exceptuando en este caso a los negros, mulatos, esclavos y castas en cuyos casos dicha autorización la deban los curas o doctrineros.

En la época colonial, el matrimonio el derecho canónico y en la legislación de Castilla había motivado disposiciones particulares en las Indias, debido a las consideraciones que ahí se presentaban.

"El matrimonio contraído sin licencia en este caso sin la autorización de quien ejerciera la guarda, custodia o patria potestad, no producía efectos civiles, no con relación a los cónyuges, ni en lo tocante a los hijos, es decir, no había entre ellos dote legítima ni mayorazgos, ni otros

(10) CHÁVEZ ASENCIO Manuel, La Familia en el Derecho, Editorial Porrúa, México 1984. P. 41.

derechos de familia que los padres pudieran ejercer."(11)

En México Independiente, hasta las leyes de reforma, el matrimonio fue de la competencia exclusiva de la iglesia, debido a la influencia española que prevalecía en nuestro país, y la unión entre un hombre y una mujer se consideraba connatural de suma importancia y nace de la humanidad misma, llámese unión libre, matrimonio, concubinato; el matrimonio que se celebraba no producía efectos jurídicos; por lo que consideramos que la relación entre padres e hijos generaba recíprocos derechos y deberes, pero siempre en función del amparo y protección de los hijos.

En los orígenes de la patria potestad, no expresa otro nacimiento que la soberanía del jefe de familia respecto de los hijos sometidos, la cual subsistió por mucho tiempo, incluso después de la aparición del Estado, haciendo que la evolución lentamente vaya perdiendo su energía en beneficio del hijo; por lo que conciben la potestad patria como una función en favor de esa descendencia y ya no como el derecho del padre.

Hoy es normal, y admitido nombrar a la patria potestad guarda y custodia, con las siguientes características que plasman nuestras leyes:

1.4.1. CÓDIGO CIVIL DE 1870

Dicha legislación civil se apega a la doctrina del Código Napoleónico, en la que el artículo 156 define al matrimonio:

"Como la sociedad legítima de un solo hombre con una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble, para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida

(11) *Ibidem*, P. 42.

El artículo 161, prevenía que el matrimonio debía de celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con todas las formalidades que la misma exige.

Dentro del capítulo de derechos y obligaciones que nacen para los consortes, el artículo 198 prevenía que los cónyuges están obligados a guardar fidelidad, a contribuir cada uno por su parte a los objetos y fin del matrimonio, que es el de socorrerse mutuamente."(12)

En el Código mencionado, hemos denotado también el predominio del marido sobre la mujer, ya que la mujer debía de vivir con su marido, el domicilio de la mujer casada si no estaba legalmente separada, sigue siendo el de éste, el artículo 32, previene que el marido debía proteger a la mujer; ésta debiendo de obedecer a aquél, así en lo doméstico, educación, guarda y cuidado de los hijos y en la administración de los bienes; el artículo 221, prevenía que la mujer estaba obligada a seguir a su marido si éste lo exigía, donde quiera que estableciera su domicilio o residencia conyugal.

Los artículos que ya citamos prevenían que el marido era el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio y que "éste era el representante legítimo de su mujer, así como todo lo relacionado a la guarda y custodia o patria potestad, y que ésta no podía ni debía sin licencia del esposo dada por escrito, comparecer en juicio por sí o por procurador, ni aún para los pleitos comenzados ante el matrimonio pendientes en cualquier instancia al contraer éste." (Artículos 205 y 206)

Por otro lado, en los que a divorcio se refiere, dicho Código, en su Artículo 239 prescribía:

"El divorcio no disuelve el vínculo matrimonial para lo

(12) Ibidem. P. 56.

cual fue creado, sino que únicamente suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, como era el derecho de ejercitar en su caso la guarda y custodia de los hijos nacidos dentro del matrimonio y el derecho conferido al padre sólo en casos excepcionales, la patria potestad se le daba a la madre, pero únicamente en casos de muerte del padre y en representación del pater familia.

En cuanto a los bienes de los consortes, fue regulado por el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes, estableciendo las capitulaciones matrimoniales en cuanto al régimen legal de ganancias, que se incorporaban al patrimonio inicial de los cónyuges durante el matrimonio celebrado; así mismo el Artículo 2251, y siguientes, reglamentaban:

"La dote, señalando que ésta no es cualquier objeto, cosa o cantidad que la mujer u otro en su nombre, da al marido, con objeto expreso, de ayudarle a sostener las cargas del matrimonio."(13)

En relación al Código en comento, fue lo más sobresaliente en cuanto a la producción legislativa de esa época, aunque no menciona ampliamente las cuestiones de guarda y custodia de los menores, amén de que la patria potestad seguía siendo ejercida por el padre.

1.4.2. CÓDIGO CIVIL DE 1884

Este Código, contiene una definición del matrimonio en su Artículo 155, y al igual a la ya mencionada ley del 70, contrasta esta definición en ambos códigos como sociedad civil, con el decreto del 14 de diciembre de 1874, que consideró al matrimonio como un contrato civil; mientras que el código en cuestión sólo trajo como única innovación el principio de la libre testamentificación que vino a

(13) Ídem. P. 58.

sustituir la herencia forzosa suprimió el régimen de las legítimas en perjuicio de los hijos nacidos dentro del matrimonio; con relación al cuidado de la guarda y custodia dicho código no menciona algo de mayor trascendencia, sino que plasma la misma idea, en cuanto a quien ejercía la patria potestad con respecto a los hijos, igual que la legislación anterior, era el padre.

1.4.3. LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917

Dicha ley fue expedida por Venustiano Carranza, ley que deroga a la legislación civil de 1884, y que influida por el Cristianismo en favor del matrimonio y la familia, afirmando que el sacramento lejos de disminuir las figuras de autoridad paterna sobre los hijos y la mujer, ésta las fortalece más moralmente.

En su Artículo 13, no define al matrimonio como un contrato civil, sino que:

"Lo considera como un contrato y que de acuerdo a la Constitución, el matrimonio es un vínculo disoluble, que tiene por objeto perpetuar la especie y ayudarse mutuamente a llevar el peso de la vida.

Con lo anterior se confirma la introducción del divorcio en nuestra legislación, que en su Artículo 75 señala:

El divorcio, disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer nuevas nupcias, creándose no sólo el divorcio necesario, sino también el de mutuo consentimiento."(14)

(14) SÁNCHEZ MEDAL Ramón, Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia en México, Editorial Porrúa, México, 1979. P. 23

Por lo que habiéndose reconocido, el matrimonio como un contrato civil, consideramos que esto no modificó en ningún punto las relaciones antiguas ya establecidas; en cuanto a los aspectos políticos y religiosos sino que al aceptar la idea religiosa de indisolubilidad del vínculo matrimonial, el objeto del actual

matrimonio cuya meta esencial es la perpetuación de la especie y la ayuda mutua, no resulta indispensable tan indisolubilidad, por ser contraria entonces a los fines del matrimonio, en el que el marido debe de dar el sostenimiento del hogar y la mujer el de atender todo lo relacionado a los asuntos domésticos, dirección y cuidado de los hijos procreados.

Reiterando lo expuesto, diremos que con respecto de la guarda y custodia de los hijos, dicha ley contemplaba que consistiría en cuidado, tución, protección y defensa de los menores incapacitados, mencionando además que el objeto de esta figura como la tutela y curatela, era la guarda de las personas y bienes de los que no estuvieran sujetos a una patria potestad, pero que si gozaban de una capacidad legal y natural para decidir en un momento dado si quedaban sujetos o no a la guarda y educación de sus padres.

En relación a la patria potestad, en su Artículo 241, establece que:

"La patria potestad se ejerce por el padre y la madre, borrando la distinción entre hijos naturales, espurios, adulterinos, desconociéndose que los hijos naturales sólo tendrán derecho a llevar el apellido del progenitor omitiéndole el derecho que le otorgaba los Códigos Civiles mencionados anteriormente (1870-1884)." (15)

Dejando claro, que tanto la patria potestad, guarda y custodia, era ejercitada por los progenitores cuya obligación era la protección de los menores, necesitando que alguien (padre o madre) quien los vigile y proporcione

(15) SÁNCHEZ MEDAL Ramón, Op. Cit. P. 25.

medidas de seguridad para su sano crecimiento; mientras que la tutela era concedida a terceras personas, ya fuera a los mayores que carecieran de capacidad legal o natural, por lo que en relación a los hijos, la patria potestad estará a cargo del padre o de la madre, en caso de conflicto familiar los menores serán otorgados en guarda y custodia a la personas que el Juez crea convenientes.

CAPITULO SEGUNDO

CONCEPTOS GENERALES

2.1. Concepto de Familia.

2.2. Concepto de Patria Potestad.

2.2.1. De Interés Público.

2.2.2. Es Irrenunciable.

2.2.3. Es Intransferible.

2.2.4. Es Imprescriptible.

2.2.5. Es Temporal.

2.2.6. Es Excusable.

2.3. Orden de Ejercicio de la Patria Potestad Establecidas por el Código Civil.

2.4. De los Modos de Suspenderse y Acabarse la Patria Potestad.

2.5. Concepto de Guarda y Custodia.

2.6. Personas a las que el Derecho les Otorga la Guarda y Custodia Provisional de los Menores.

CAPITULO SEGUNDO

CONCEPTOS GENERALES

2.1. CONCEPTO DE FAMILIA

En sentido propio y estricto, denominamos familia al orden u organismo social constituido por los cónyuges y los hijos nacidos de su matrimonio, o adoptados por ellos, mientras permanezcan bajo su autoridad y dependencia.

"Al puntualizar que se trata de una concepción estricta, queda indicado que existe otra amplia, y en efecto, la familia "latusensu", es el grupo considerado o constituido por el matrimonio, los hijos matrimoniales y otras personas relacionadas con ellos por vínculos de sangre, afinidad o dependencia en mayor o menor grado."(16)

Por lo tanto, llamamos familia a las personas que descienden unas de otras o que tienen un origen común, al margen del matrimonio; el término propio para calificar estos vínculos es el parentesco; por lo que la familia es una realidad natural, esencial del hombre y a la sociedad, es por ello, un fenómeno tan antiguo como la humanidad misma.

En un sentido amplio, la familia, esta formada por todos los individuos unidos por vínculos jurídicos familiares que hayan su origen en el matrimonio y el parentesco; desarrollándose de los mismos la siguiente clasificación:

"a) Familia Legítima, está derivada de la unión de sexos y de procreación en el matrimonio.

(16) FUNDACIÓN MORO Tomás. Diccionario Jurídico. Editorial Espasa; Madrid, 1991. P. 409.

b) Familia Natural, nace de la procreación pero fuera de la figura jurídica que es el matrimonio.

c) Familia Adoptiva, la cual se desarrolla de un acto jurídico, sin que exista el matrimonio, pero si la procreación y de la cual se establecen obligaciones y derechos de quien la ejerza y a quien se le otorgue ese derecho, llamándose así la adopción."(17)

De lo anterior, podemos comentar, que el derecho positivo de la familia esta íntimamente ligado por los efectos esenciales meramente naturales; siendo que para el derecho existe el matrimonio cuando los contrayentes tienen voluntad de contraerlo aunque sea sin amor, por interés o por otros móviles ajenos al cariño; por lo que un padre no puede desatenderse de la crianza, custodia y educación de sus hijos menores, aunque no vivan con él, o sea aún que no ejerza la patria potestad; y aunque no los quiera, sea correspondido su cariño paterno; y es ahí donde la ley positiva regula el orden y fin jurídico o bien el desarrollo interno de la familia.

Desde una perspectiva sociológica, la "Familia, es una institución permanente, integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión inter-sexual, además de la procreación y del parentesco."(18)

Una vez establecido el concepto de familia, su formación y desarrollo, que va íntimamente ligado con el estado; hemos de apreciar que es el fortalecimiento de dos seres distintos, cuyo objetivo principal es la procreación, y de hacer

(17) SÁNCHEZ CORDERO DÁVILA Jorge A. Introducción al Derecho Mexicano, Universidad Autónoma de México, México, 1981. P. 760, 761.

(18) BOSSET Gustavo. Manual de Derecho de Familia, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, Segunda Edición. P. 5, 6.

descender a los individuos de un progenitor común, para el cariño y la convivencia, sin los cuales no subsiste la familia y el ser humano.

2.2. CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD

"Patria potestad, viene del latín Patrius, lo relativo al padre y potestas, potestad; actualmente se ve más que un poder, una protección, que por otra parte no es específicamente paternal, puesto que incumbe a los dos esposos, y aún más a la madre, solo en defecto del padre."(19)

En términos generales, su etimología de la patria potestad, desde sus orígenes, la consideraban "pater-patris, padre (paternus-a-un), perteneciente al padre, propio o derivado de él-Paternal de Paterno, propio del efecto o cariño del padre, (paternitas-atis), calidad de padre-patria (Patrius)."(20)

Una vez especificada su etimología, otros autores como SARA MONTERO, nos define a la patria potestad como:

"Como la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad."(21)

Por lo que deducimos, que dicha institución atribuye a los descendientes

(19) COSTAN VÁZQUEZ José Maria. La Patria Potestad. Revista de Derecho Privado Madrid, 1960, P. 117.

(20) MATEOS MUÑOZ Agustín. Etimologías Grecolatinas del Español. Editorial Esfinge, México, 1985. Vigésima Segunda Edición. P. 94.

(21) MONTERO DEHUATL SARA, Derecho en Familia, Quinta Edición, Editorial Porrúa, México 1992, p. 127

todo un conjunto de facultades y derechos, a fin de que puedan cumplir con las obligaciones que tienen para con sus descendientes.

Otro autor, considera que la "patria potestad, es el conjunto de derechos y obligaciones conferidas por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos, desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal periodo."(22)

De nueva cuenta, de acuerdo a la definición anterior, opinamos que la patria potestad como aquella autoridad y facultad que tanto el derecho de gentes como nuestro derecho civil, conceden a los padres sobre sus hijos derechos, con el fin de que estos sean convenientemente educados.

El autor GALINDO GARFIAS, expresa, "que la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y de la maternidad."(23)

Podemos decir, que la patria potestad, es una institución necesaria que da cohesión al grupo familiar, teniendo una relación paterno-filial, donde la ley, el deber y obligación de proteger, educar y cuidar a los hijos, aun no existiendo el vínculo matrimonial, sino el de la procreación o de la adopción, que impone desde luego un cargo a los padres y a la ineludible obligación de cuidarlos, educarlos y guiarlos por la vida adecuadamente.

(22) BAQUEIRO ROJAS Edgar. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla; México, 1990. P. 227.

(23) GALINDO GARFIAS IGNACIO, Instituto de Investigaciones Jurídicas Diccionario Jurídico Mexicano, Universidad Nacional Autónoma de México, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México 1993, P. P. 2351, 2352

Siguiendo con la figura de patria potestad, SARA MONTERO, al respecto menciona que ante la evolución gradual del hombre y de la patria, nacen con ella las siguientes características:

2.2.1. DE INTERÉS PÚBLICO

"La considera como un cargo de interés público, ya que la actitud de proteger, velar, educar y mirar por el interés y bienestar de los hijos, es una buena medida derivada de la naturaleza misma; en donde la mayor parte de los progenitores los padres y sobre todo las madres, asumen sus responsabilidades como tales, en forma no solo espontánea sino amorosamente entregada al bienestar del hijo; la protección a los críos es una buena medida natural.

Para mayor entendimiento, consideramos interés público al conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegerlos mediante la intervención directa y permanente del Estado.

Por lo tanto, la patria potestad, es la institución reguladora de las relaciones entre padre e hijos, mientras estos no han alcanzado la edad necesaria para bastarse a sí mismos.

2.2.2. ES IRRENUNCIABLE

"Expresamente el Artículo 448 del Código Civil, establece que la patria potestad no es renunciable, excepto los derechos privados que no afecten directamente al interés público, ya que la patria potestad tiene un significado de interés público, de ahí que textualmente se considere irrenunciable, pues ello implica el cumplimiento de las responsabilidades más serias que pueden asumir los que ejerzan dicha potestad.

De lo anterior, podemos comentar que la irresponsabilidad de los progenitores con sus hijos que nacen fuera del vínculo matrimonial y que dejan toda la carga a la madre, la que precariamente puede cumplir con ella, siendo uno

de los mayores males que aquejan a la humanidad, origen de gran parte de las torpezas y aberraciones en la conducta de las personas, principalmente del hombre y que repercuten inevitablemente en los menores.

2.2.3. ES INTRANSFERIBLE

Ya que casi todas las relaciones familiares son de carácter personalísimo, tal es la patria potestad que permite una forma de transmisión derivada de la figura de la adopción, cuando un menor de edad está sujeto a la patria potestad y los que la ejercen (padres o abuelos) dan su consentimiento para que el hijo o nieto sea dado en adopción, transmitiendo a través de este acto el ejercicio de la patria potestad, que pasa a los padres adoptantes.

Fuera de este acto jurídico, al igual que la ley, consideramos que no existe otra forma de transmitir la patria potestad, ya que las relaciones de carácter familiar no pueden por ello ser objeto de comercio ni transferirse por ningún título oneroso ni gratuito.

2.2.4. ES IMPRESCRIPTIBLE

"La patria potestad, no se adquiere ni se extingue por prescripción, siendo imprescriptible, quien está obligado a desempeñarla y no lo hace, no pierde por ese sólo hecho su obligación ni su derecho para ejercerlo; lo propio sucede con aquel sujeto que sin ser padre, madre o ascendiente, protege y representa de hecho a un menor, no adquiere por el transcurso del tiempo, ese cargo.

Por lo que únicamente, la ley señala que sólo corresponde a padres o abuelos, nadie más y entre estos también debe seguirse el orden que la propia ley señala.

2.2.5. ES TEMPORAL

"Este cargo es temporal, ya que se ejerce únicamente sobre los menores de edad no emancipados, por ello dura tanto como la minoría de los hijos, hasta que

contraen matrimonio antes de la mayoría; el máximo del ejercicio de la patria potestad con respecto a cada hijo son hasta los 18 años, edad en la que empiezan la mayoría de edad, de acuerdo con el Artículo 642, del Código Civil.

Del criterio descrito anteriormente, podemos decir, que al igual que las demás instituciones el derecho de familia, la patria potestad, existe como situación de hecho natural social, con una fuerte legitimidad propia frente a la cual el derecho nada innova, limitándose por el contrario a acoplarse a ella, mientras que el Estado no hace otra cosa que dar leyes o juridicidad a lo que existe, dictando reglas que conducen al logro de los fines consistentes en la protección de los hijos.

2.2.6. ES EXCUSABLE

"La ley permite que ciertas circunstancias los que ejercen la patria potestad o tengan que entrar al ejercicio de la misma, se excusen de cumplirla en dos únicos casos:

- a) Cuando se tienen 60 años cumplidos,
- b) Cuando por el mal estado habitual de salud, no se puede atender debidamente y su desempeño resulta sumamente fatigoso para las personas agotadas por la edad o por la mala salud. (Artículo 448 del Código Civil)."(24)

De acuerdo con las circunstancias antes señaladas, la excusa es una facultad que otorga la ley, pero no es un deber, esto es, que los padres o en su caso los abuelos aún que rebasen la edad que marca la ley o que su salud sea habitualmente precaria pueden continuar con el ejercicio de la patria potestad, siempre y cuando su desempeño es y sea benéfico para el descendiente.

(24) MONTERO DEHUATL SARA, OP. Cit. P. 347.

Es así por ello, que plasmamos las características de la patria potestad, consistentes en:

- 1) Cargo de Interés Público,
- 2) Irrenunciable,
- 3) Intransferible,
- 4) Imprescriptible,
- 5) Temporal, y
- 6) Excusable.

Al respecto observamos, que desde el año de 1938, en términos generales la definición de la patria potestad, contenida en los diferentes Códigos Civiles, no ha cambiado su conceptualidad, ya que sigue caracterizándola como:

"Un conjunto de derechos y obligaciones de los padres, que las leyes conceden desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas o bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad, y no estén emancipados." (25)

Lo anterior caracteriza a la patria potestad, como el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los, o de sus hijos; mientras que atribuimos que en su faz personal, la patria potestad involucra fundamentalmente el derecho y deber de guarda, dirección, custodia y vigilancia, que confieren a los padres la facultad de fijar la educación controlar las relaciones que establezca el menor.

En su oportunidad sostuvimos, que la unión intersexual y la procreación, constituyen los dos hechos biológicos más importantes, que presuponen básicos en cuanto a las relaciones matrimoniales, en donde la procreación determina la

(25) BUSSO B. Eduardo, Código Civil Anotado. Buenos Aires, 1958, Tomo II, Familia. Editorial Ediar, P. 533.

filiación, estableciendo a su vez, relaciones entre padres e hijos, que en el ámbito de la familia satisfacen requerimientos de asistencia, protección y representación de estos, mientras que sean menores de edad y no se hayan emancipado; esto determina la adscripción de aquellos que incluyen al núcleo familiar e implican reconocer relaciones fundadas en la autoridad paterna y materna, cuyo ejercicio tiende al cabal cumplimiento de los fines a que obedece, que es primordialmente la formación integral de la familia y el bienestar y cuidado de sus menores hijos.

Dado el modo que a través de la familia se consolidan puntos importantes, concluiremos que en cuanto a la autoridad de los padres, estos se encaminan a cuidar físicamente a los hijos, velar por su formación moral, que concluye lógicamente la religiosa y educación, en otras palabras el estado de familia que constituye el emplazamiento paterno-filial, integra las relaciones jurídicas familiares emergentes de la patria potestad.

2.3. ORDEN DE EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD, ESTABLECIDAS POR EL CÓDIGO CIVIL

Nuestro Código Civil, en su Artículo 414, establece que la patria potestad sobre los hijos del matrimonio se ejerce:

- I. Por el padre o la madre.
- II. Por el abuelo y la abuela paternos.
- III. Por el abuelo y la abuela maternos.

De lo anterior, observamos que el ejercicio de tal potestad primeramente corresponderá al padre, madre, y a falta de ambos a los abuelos paternos, dejando en último escalafón a los abuelos por vía materna con respecto a los primeros; señalando al Juez, previo estudio que realice, sobre a quien le corresponderá el ejercicio de la patria potestad, así como el de la guarda y custodia del menor, tomando siempre en cuenta el interés y bienestar del menor o en su caso de las preferencias por parte de éste.

En relación al presente tema, SARA MONTERO, nos comenta: "que un menor esta en uso de razón aproximadamente a los 7 años de edad."(26)

Con lo que respecta a los casos previstos por los Artículos 380, 381 y 416, nos dicen:

"Cuando por cualquier circunstancia deja de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrará a ejercerla el otro."

Y mientras el Artículo 418, establece: "a falta de padres ejercerá la patria potestad sobre el hijo los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III, del Artículo 414 antes mencionados, quedando en el orden que determine el Juez de lo Familiar."

Pero con respecto a los hijos adoptivos también el Código Civil en su Artículo 419, nos dice: "la patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerá únicamente las personas que lo adopten.

En estos casos, observamos que la patria potestad solo se transmite cuando se da en adopción un menor que no está bajo la potestad de nadie, entrando a ejercerla quienes lo adopten; en la que no habrá transmisión sino creación del derecho a ejercer la patria potestad.

2.4. DE LOS MODOS DE SUSPENDERSE Y ACABARSE LA PATRIA POTESTAD

En el Artículo 443, del Código Civil, establece que la patria potestad se acaba:

(26) MONTERO SARA. Op. Cit. P. 345.

1. Con la muerte del que la ejerce.
2. Con la emancipación derivada del matrimonio.
3. Por la mayoría de edad del hijo.

El Artículo 444, establece que la patria potestad se pierde:

1. Cuando el que la ejerce es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho o es condenado a dos o más veces por delitos graves.

2. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el Artículo 283, la sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, por lo cual el Juez, resolverá lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según sea el caso.

3. Por la exposición que el padre o la madre, hicieren de sus hijos o los dejen abandonados por un período mayor de 6 meses.

En el Artículo 445, la madre o la abuela que pase a segundas nupcias, no perderá por ese sólo hecho la patria potestad.

El Artículo 446, establece que el nuevo marido o esposo, no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior.

Nuestro Código Civil, en su Artículo 442, nos menciona la forma o los casos en que se suspende la patria potestad:

- a) por incapacidad declarada judicialmente;
- b) por ausencia declarada en forma, y
- c) por sentencia condenatoria que imponga con pena la suspensión de la patria potestad.

2.5. CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA

"La palabra Guarda y Custodia, proviene del latín, custodia, derivado de custos, guarda o sea la acción y efecto de custodiar, guardar con cuidado y vigilancia de una cosa."(27)

Este término, es de contenido muy importante para la vida jurídica y en particular para el hombre mismo, ya que de ello deriva el buen o mal desarrollo de los menores de edad, que han sido víctimas de la ruptura familiar; por lo que de la definición anterior podemos decir y observar que es el cumplimiento de un mandato o la acción de un mandato de cuidar y custodiar a una persona.

Es necesario afirmar que el "derecho de guarda y custodia que éste concede a su titular el derecho o poder de dirección general sobre la persona del hijo que esta confiado a los padres con la aclaración que es una función potestativa conferida en beneficio del menor."(28)

Esta institución tiene como base principal, la dirección general de las personas, del hijo por los padres en el supuesto natural de que los menores carezcan de padres, ya sea por fallecimiento de éstos o por disposición legal y que se encuentren sometidos a regímenes ad-hoc, y por lo tanto sujetos a que detecten el ejercicio otorgado por los mismos.

De lo anterior, debemos aclarar que los padres no detectan el ejercicio de estos derechos de guarda y custodia, ya que esto atiende a los intereses más preciados como lo es la protección a la infancia; el hecho de privar al padre indigno el ejercicio de la patria potestad y los atributos más afectivos, que es la

(27) DE CASSO Ignacio, CERVERA Francisco, y JIMÉNEZ Alfaro. Diccionario de Derecho Privado. Editorial Labor, Talleres Gráficos Iberoamericanos, Barcelona 1950; P. 1340.

(28) LEÓN Henry y MAZEUD Jean, Derecho Civil. Traducc. Luis Alcalá Zamora y Castillo. Volumen IV. P. 82.

separación o sea ese derecho de guarda y custodia y las inherencias propias de vigilancia y educación, para investir los mismos a la madre, en última instancia es un establecimiento público, ya que la pérdida a que nos referimos se limita al derecho de guarda y custodia, por ser lo esencial al sustraer al hijo del medio funesto en el cual se prodiguen malos tratos; en conclusión a este respecto diremos que el padre probado de a guarda y custodia del menor conservará los atributos restantes de la patria potestad.

"La guarda y custodia dentro del contexto social, constituye las razones principales para el ordenamiento jurídico de la familia junto con el motivo y fin de la procreación, crianza y educación y asistencia de los integrantes de este orden, puesto que sus funciones son esencialmente sociales y jurídicamente, son el objeto del ente familia y los regímenes de representación y asistencia."(29)

La custodia de los menores sin duda por naturaleza uno de los intereses más importantes y más caros de la sociedad al igual que para el Estado mismo, por el sólo hecho de estar íntimamente ligado a las instituciones de patria potestad, tutela y curatela, cuyo mecanismo determina esencialmente el derecho de guarda y custodia.

Reviste gran importancia la custodia de los menores, más aún en los casos de divorcio, ya que estos vienen a ser la manzana de la discordia de entre los padres, constituyendo una disputa permanente en la mayoría de los casos; las medidas que se toman al respecto ya sean provisionales o definitivas declaradas así por los tribunales, siempre atendiendo el interés de los hijos, fijándoles como único límite el que sus decisiones tengan como base el que hayan sido solicitadas por uno de los cónyuges, o por algún miembro de familia en particular.

(29) GARCÍA CANTERO Gabriel. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. Editorial Porrúa, México 1985. P. 428 y 429.

"La cuestión de guarda y custodia de los hijos es que origina los debates más violentos por tender generalmente cada uno de los esposos a obtenerla y conservarla."(30)

Podemos complementar que frente al egoísmo de los padres se debe tomar en consideración las características propias del menor, como sería el sexo, la edad y las preferencias que el mismo niño pueda tener por el padre o la madre, y que puedan tener bases fundadas y motivadas que influyan en una justa decisión para determinar y resolver sobre su guarda y custodia.

2.6. PERSONAS A LAS QUE EL DERECHO LES OTORGA LA GUARDA Y CUSTODIA PROVISIONAL DE LOS MENORES

Como ya hemos comentado anteriormente, la guarda y custodia es una institución creada bajo el molde con que fue creada la figura de la patria potestad, por consiguiente tomaremos las mismas reglas en cuanto a personas se refiere; la custodia recae sobre el padre, después sobre la madre, los abuelos paternos y finalmente a los abuelos maternos, o por la persona o institución que para el efecto designe la autoridad competente, (Juez Familiar).

En el ejercicio de la patria potestad y su situación es regulada por el Código Civil de 1928, en donde nos señala que el hijo menor nacido del matrimonio, le corresponderá ejercer la patria en primer lugar los padres, a falta de uno de ellos, ya sea por excusa, suspensión, condena, etc.; el que sobreviva o la conserve, si los padres fallecen o si se presenten las hipótesis ya señaladas anteriormente la ejercerán los abuelos paternos o en su caso los maternos. (Art. 414 del Código Civil).

El Artículo 420 del Código en cita, nos dice:

"Que solamente por falta de impedimento de todos los

(30) LEÓN Henry y MAZEAUD Jean. Op. Cit. P. 488.

llamados preferentemente entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan, en el orden establecido en artículos anteriores. Si sólo faltare alguna de las dos personas a quien corresponde ejercer el derecho o potestad, la que continuara en el ejercicio de ese derecho."

Las personas que tienen al hijo bajos su custodia o patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente, o en caso de no cumplir con dicha obligación, podemos deducir, decisión inmediata para el cambio de guarda y custodia de los menores correspondiéndole al Juez de lo Familiar, con la única e importantísima finalidad de que el menor debe de estar con la persona idónea para su feliz desarrollo físico y psíquico; ya que de ello depende el futuro de nuestra nación.

CAPITULO TERCERO

CASOS EN QUE SE OTORGA LA GUARDA Y CUSTODIA PROVISIONAL EN EL DERECHO SUSTANTIVO Y ADJETIVO

3.1. Concepto de Matrimonio

3.2. Casos de Separación de los Cónyuges

3.3. En el Caso de Separación de los Concubinos

3.4. Caso de Separación de la Unión Libre

3.5. Caso de Abandono de Menor por sus Padres

3.6. Concepto de Minoría de Edad

3.7. Concepto de Mayoría de Edad

3.8. Capacidad de Goce y de Ejercicio del Menor

3.9. Emancipación

3.9.1. La Producida por el Matrimonio

3.9.2. La Derivada de la Voluntad de los Padres o Tutores

3.10. La Suspensión y la Pérdida de la Patria Potestad en los Juicios de Divorcio

3.10.1 Como Acto Prejudicial

3.10.2 Como Medida Provisional

CAPITULO TERCERO

CASOS EN QUE SE OTORGA LA GUARDA Y CUSTODIA PROVISIONAL EN EL DERECHO SUSTANTIVO Y ADJETIVO

Consideramos necesario dar primeramente una definición de la figura del matrimonio, por ser éste el único aceptado por el Estado para la formación de la familia.

3.1. CONCEPTO DE MATRIMONIO

La palabra matrimonio, deriva de los vocablos latinos *matris* y *monuim*, que quiere decir carga o gravamen para la madre expresándose de ese modo, que es la mujer quien lleva el peso mayor, tanto antes como después del parto.

Para BONNECASE, "el matrimonio, es una institución formada de un conjunto de reglas de derecho, cuyo objeto es dar a la unión de dos sexos y por lo mismo a la familia una organización social y moral; que a la vez corresponde a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre, como también a las directrices que a todos los dominios proporciona la noción del derecho."(31)

Por lo que entendemos que la palabra matrimonio designa también la comunidad formada por un marido y una mujer.

LUIS ZANNON MAASEDEU, considera "al matrimonio como la célula básica de la familia, la unión de un varón y una mujer, para la procreación y educación de la prole,

(31) BONNECASE Julian. La Filosofía del Código de Napoleón, Aplicada al Derecho de Familia. Traducc. Lic. José María Cajiga Jr. Editorial Cajiga. Puebla 1945. P. 155.

el mutuo auxilio y el mejor y más adecuado cumplimiento de los fines de la vida humana."(32)

ENNECERUS, KIPP y WOLF, al respecto comentan "que el matrimonio de un hombre y una mujer, reconocida por el derecho e investida de ciertas consecuencias jurídicas, es una relación jurídico familiar."(33)

En virtud del cual cada uno de los cónyuges obtiene sobre el otro un derecho personal y absoluto, éste es eficaz, del que derivan pretensiones para cada uno y encaminados al establecimiento de la plena convivencia y pretensiones de indemnización frente al cónyuge que no dé cumplimiento de sus deberes.

Por su parte ESCRICHE, define al matrimonio "como la sociedad legítima del hombre y la mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie, ayudarse a llevar el peso de la vida y participar de una misma suerte."(34)

En nuestra opinión, respecto a las diversas definiciones o conceptos del matrimonio analizados anteriormente, consideramos que el matrimonio analizados anteriormente, consideramos que el matrimonio es una institución constituida o integrada por un conjunto de normas que van a dar a la familia una organización tanto social, moral y económica, que necesariamente debe tomar en consideración el hombre y la mujer para el cumplimiento de todos los fines del matrimonio y de

(32) ZANNON MASDEU, Luis. La Separación Matrimonial de Hecho. Editorial Hispano Europea, Barcelona 1974. P. 13, 14.

(33) ENNECERUS L: KIPP T. y WOLF M. Tratado de Derecho Civil. Tomo IV. Derecho de Familia. Traducción Pérez González y Castán Toveñas. Buenos Aires 1948. P. 110.

(34) ESCRICHE Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Tomo II. Madrid, 1873. Cárdenas Editor. 1ª Edición. México, 1979. P. 110.

la vida.

En nuestra legislación Mexicana, el Artículo 159 del Código Civil del Distrito Federal, de 1870, expresaba:

"El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre con una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida." Posteriormente la citada definición es tomada textualmente por el Código Civil de 1884, en su Artículo 155.

En la Ley de Relaciones Familiares, el Artículo 13, establecía: "que el matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida."

Por lo anterior, podemos decir que la situación o relación que se efectúa entre el hombre y la mujer, es con la finalidad de crear un derecho y una obligación debidamente ligada dentro de nuestra legislación Mexicana, toda vez que reconoce la figura tanto del hombre como el de la mujer para perpetuar la especie, más no considerarlo como un contrato indisoluble, en el cual se tenga por obligado estrechamente a ambas partes, toda vez que al momento de llevar a cabo el matrimonio se tiene pleno conocimiento de los derechos y obligaciones que conciernen y ligan a ambos cónyuges, así mismo en razón de sus descendientes más próximos, esto es, a los hijos menores que nazcan de su unión.

Sin embargo el matrimonio no ha sido la única forma de crear una familia, por lo que para el tema que nos aboca (guarda y custodia), es necesario añadir la separación de los cónyuges tratándose de concubinos.

3.2. CASOS DE SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES

Los cónyuges que dentro de la relación familiar, han procreado menores y no vivan juntos dentro el seno familiar y que además existan controversias entre ambos, sobre quién deberá de ejercer el derecho de la guarda y custodia de los

hijos habidos de su unión, deberán ambas partes y de común acuerdo concurrir ante el Juez de lo Familiar, quien determinará a cual de ellos le otorgará la guarda y custodia provisional de dichos menores, o en su caso que ambos padres sean los que determinen quien desempeñará la custodia de los hijos; siendo así que llegando a un convenio no perjudicarán la figura del menor, ni se actuará dolosamente uno sobre el otro, fijándose a ambas partes el de no dejarlos en estado de indefensión para manifestar lo que a su derecho convenga propiamente establecido ante la autoridad competente.

Dejando claro que las obligaciones y derechos sobre el ejercicio de la patria potestad del menor, se ejercitará entre ambas partes, de igual forma sin perderse este derecho por el solo hecho u acto de que no se les otorgó la guarda y custodia a uno de los cónyuges.

3.3. EN EL CASO DE SEPARACIÓN DE LOS CONCUBINOS

Propiamente para establecer la figura jurídica de la guarda y custodia del menor dentro del concubinato, estableceremos como se considera este acto dentro de nuestra legislación mexicana y la postura legal que guarda esta en nuestros legisladores. De esta manera enunciaremos algunos de los conceptos del concubinato, que se han formado atendiendo a la naturaleza jurídica que le otorga cada autor.

Para RAFAEL DE PINA, "el concubinato es la unión de un hombre y una mujer, sin formalización legal para cumplir los fines atribuidos al matrimonio."(35)

GALINDO GARFIAS, lo considera como "la cohabitación entre un hombre y una mujer, la vida en común más o menos prolongada y permanente."(36)

(35) DE PINA Rafael. Op. Cit. P. 333.

(36) GARFIAS Galindo. Op. Cit. P. 483.

ROJINA VILLEGAS, afirma "que más que un problema político, jurídico o de regulación técnica, es fundamentalmente una cuestión de orden moral."(37)

Siendo de esta forma que en nuestro Código Civil, no contempla, ni protege al concubinato, en virtud de que se considera por parte de los legisladores como una actitud, la cual debe de enfrentarse con la realidad, ese hecho que propiamente se lleva a cabo por el hombre y la mujer sin ningún compromiso o contrato legal que los una o que los obligue entre ambos a seguir su relación como un matrimonio, sin tener o ser éste propiamente efectuado.

En nuestro estudio encontramos que dentro de esta relación se llegue a procrear hijos y exista un reconocimiento por las dos partes, ya que estarán obligados a sufragar todo lo referente al cuidado del menor, de igual forma al momento de su separación podrán dirigirse ante el Juez Familiar a solicitar con igual derecho que el matrimonio la guarda y custodia de los hijos nacidos de esa relación; en caso de controversias por cualquiera de los concubinos.

3.4. CASO DE SEPARACIÓN DE LA UNIÓN LIBRE

La figura de la unión libre, se asemeja a la figura del concubinato, es la unión entre un hombre y una mujer, que sin ningún tipo de documento legal, deciden cohabitar libremente sin especificar la duración de tal unión.

Nuestro Código Civil, respecto de esta situación jurídica establece lo siguiente:

Art. 380.- "Cuando el padre y la madre que no vivan juntos, reconozcan al hijo en el mismo acto convendrán cual de los dos ejercerá su custodia, y en caso

(37) ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familias Vigésima Segunda Edición, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 1988 P. 347.

de que no lo hicieran el Juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al Agente del Ministerio Público, resolverá lo que creyera más conveniente a los intereses del menor."

Art. 381.- "En casos de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa u acuerdo entre los padres y siempre que el Juez de lo Familiar, no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público."

De lo anterior, podemos manifestar, que claramente nuestra legislación mexicana contempla el beneficio que se le otorga al menor en caso de que el padre o la madre no convinieran quién ejercerá la guarda y custodia y el cuidado del menor, siendo la autoridad quien resuelva cual de ellos se les otorgará dicho derecho de guarda de los menores.

Esto es aplicable, cuando el hijo es producto de un amaciato o adulterio, en donde generalmente la madre es quien ejercerá tal acto; siendo que la misma legislación previene tal situación, al considerar a dichos menores con los mismos derechos que los hijos que hubiesen nacido dentro de la figura del matrimonio.

3.5. CASO DE ABANDONO DEL MENOR POR SUS PADRES

En el caso de que los menores haya sido abandonados por sus padres, (ambos), corresponderá a los abuelos paternos en primera instancia a ejercer la guarda y custodia del menor y en su defecto a falta de los mismos, serán otorgados a los abuelos maternos, con igual obligación y derecho sobre el cuidado y educación de los menores, determinando esta acción el Juez de lo Familiar, quien actuará sobre el particular y en beneficio del propio ser.

Partiendo de las figuras antes mencionadas, con respecto a la guarda y custodia de los menores, dejamos claro, que con respecto a ellos, se seguirán los mismos efectos o mecanismos que la figura del matrimonio, siendo el Juez, quien previo estudio y análisis que haga con respecto a la situación que guarda éste con

relación a sus parientes más próximos que en su caso será el que ejercerá el cuidado del hijo.

Anteriormente mencionamos, que en el caso de cónyuges, esto es partiendo de que existe un vínculo matrimonial legal, previo estudio se determinará a quien en su lugar se encargara de la custodia y guarda del menor, siendo los parientes más cercanos en caso de que los padres lo hayan abandonado; o bien en las figuras como el concubinato, amaciato o adulterio, propiamente en dichas situaciones no existe un documento legal que en un momento dado los obligue, y en caso de que dichos padres abandonen al menor, el Juez designará a la persona que considere apta para el ejercicio de la guarda y custodia de los menores abandonados, a los que regirán los Artículos 55 y 414 del Código Civil, en el orden en que determine el Juez.

Ahora, en el caso de que el menor adoptado sea abandonado por sus padres adoptantes, corresponderá al Juez de lo Familiar, así como al Ministerio Público, en representación del menor determinar la situación jurídica del hijo adoptado, el cual ha sido abandonado por los padres, y se tomaran las reglas y requisitos que la misma ley señale, considerando a ambos padres a la pérdida total de la patria potestad sobre el menor.

Mucho se ha criticado, respecto de la conducta que guardan tanto el padre como la madre, y su comportamiento dentro de una relación familiar, o sea dentro del matrimonio, concubinato, amaciato, unión libre, etc., y de los efectos que se dan respecto de los hijos menores habidos, en cualquiera de dichas relaciones y que en tal situación los hijos menores no cuentan con la capacidad legal jurídica para poder comprender los motivos que llevan a la pareja separarse y entablar una disputa sobre su custodia y guarda, como si dichos menores fueran la causa del problema principal de esa ruptura, aún cuando el hijo que habita en el hogar conyugal no se le considera ya como una persona con mayoría de edad y se le tiene más como un objeto que tiene que hacer lo que sus padres le digan, a sabiendas que es una persona con derechos y obligaciones, para decidir en un momento dado con quien desea vivir.

En relación a los hijos que conforman el seno familiar haremos una comparación en relación del concepto de lo que es la minoría de edad y mayoría de edad, estableciendo claramente lo que representa cada uno para el estado y la forma de actuar del mismo para con estos, así mismo la capacidad de ejercer sus derechos y obligaciones.

Sin descuidar aquellos que al ser menores de edad ejercitan una acción, derecho u obligación, con autorización de los padres, al responsabilizarse de su vida personal y de la carga contraída por él mismo, muchas veces sin tener el pleno conocimiento de lo que implica dicha responsabilidad, llegando a tener conflictos entre ambos, precisamente por no tener la suficiente capacidad legal o personal para hacer frente a todas las obligaciones que generan los actos del ser humano.

3.6. CONCEPTO DE MINORÍA DE EDAD

"Estado civil de las personas físicas que no han cumplido los dieciocho años de edad, históricamente es casi constante la consideración del menor, como persona sometida a una especial protección, derivada de su propia dependencia, expresión que se mantiene hasta la codificación en que se decía ser intención de las leyes no prohibir el comercio y el negocio a los menores, sin impedir que fuesen engañados, siendo totalmente capaces de obrar, pero incapaces de obligarse a contratar o de contratar."(38)

Esto es que el menor de edad no se le privara de ejercitar algún acto jurídico en cuanto a su persona sino que se estaría protegiendo para que el mismo no cometiera algún error que pudiera traerle consecuencias jurídicas en su persona y matrimonio y que fuese sometido a alguna responsabilidad sin tener el conocimiento suficiente para resolver tal situación legal en la que haya contraído

(38) FUNDACIÓN MORO Tomas. Diccionario Jurídico. Op. Cit. P. 642

alguna responsabilidad jurídica.

Estableciendo dos causas genéricas que explican el régimen jurídico del menor:

PRIMERA. Establece la natural falta de conocimiento para desenvolverse frente a la vida, de carácter naturalmente relativo y presente en mayor y menor grado, según el tipo de actos de que se trate.

SEGUNDA. Establece estar normalmente bajo la guarda y custodia de los padres, que imponen al menor un deber de respeto, lo que explica una inicial adjudicación de la gestión de sus intereses a los propio guardadores.

De esta forma el menor, al ejecutar un acto jurídico deberá de realizarlo en presencia de los padres o de la persona que ejerza la patria potestad, guarda y custodia, en el momento de efectuar cualquier responsabilidad jurídica, protegiendo de esa forma sus intereses que se creen en dicha realización de cualquier acto.

De lo anterior, el Código Civil establece en su Artículo 23, dice: "minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica, que no deben menoscabar la dignidad de las personas y atentar contra la integridad de la familia, pero incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes."

Luego entonces, la minoría de edad para nuestro derecho es aquella que se adquiere por el nacimiento hasta antes de cumplir los dieciocho años de edad, como lo establece el Artículo 642 del Código Adjetivo en comento.

Es así como para nuestro derecho, el menor de edad, es aquel ente o individuo que no ha llegado a adquirir el grado o capacidad física o intelectual plena, para que le permitan ejercitar actos de gobierno; siendo en consecuencia una persona incapaz que le permita participar en la vida jurídica de una forma directa.

Al respecto, el Jurista Uruguayo ISABEL DE LUNA, nos expresa que los menores púberes, se pueden encontrar en:

- a) "Menor púber, sujeto a patria potestad o tutela,
- b) Menor púber, habilitado por la ley,
- c) Menor púber soltero, pero sujeto a la patria potestad guarda y custodia o tutela, que administrese su peculio, cuando es debido a su profesión o industria,
- d) Menor púber, menor de 18 años cumplidos, al habilitársele tiende a la semicapacidad."(39)

En cuanto a la ausencia de los padres, tutores, progenitores o protectores, naturales del menor, el derecho se responsabiliza por el cuidado de su persona y de sus bienes, mismos que le permitiera el goce y ejercicio de sus derechos y obligaciones esto es que la ley o el propio derecho establece garantías como el de elegir un representante que administre en todo lo relacionado a los actos del ente jurídico.

3.7. CONCEPTO DE MAYORÍA DE EDAD

La mayoría de edad, se alcanza en el Derecho privado, en el momento en que una persona física cumple el número de años al efecto señalado por la propia ley.

"Mayor de edad, son las personas físicas que tienen la plenitud y la capacidad de obrar, siempre en circunstancias especiales que no impidan su ejercicio."(40)

(39) DE LUNA Isabel. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho. Universidad de Montevideo. 1953. P. 116.

(40) DE PINA VARA Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Volumen I. Editorial Porrúa. 1968. P. 407.

El Código Civil Español, estableció la mayoría de edad a los 23 años, pero por reforma del Artículo 320 de ese cuerpo legal, llevada a efecto el 13 de diciembre de 1943, en la actualidad la mayoría de edad se alcanza a los 21 años, la mayoría de edad en los pueblos antiguos, se determinó generalmente por el desenvolvimiento físico; pero los pueblos modernos tienden a hacerla coincidir con el desenvolvimiento mental.

Por lo que consideramos que el número de años que debe transcurrir para determinar la mayoría de edad no se fija por concesión caprichosa del legislador sino que se funda en la conclusión de la experiencia, confirmada por la ciencia de acuerdo con la cual el ser humano, al llegar a una edad determinada adquiere un estado de madurez, tanto mental como física, que le permite gobernarse por sí mismo, en cuanto a su persona y bienes, por lo que no solo mayor número de facultades sino que se enfrenta con nuevas obligaciones, no solo en el derecho civil sino en otras zonas, o ramas del derecho.

"La mayoría de edad no interesa solo el derecho de las personas sino también a todo el derecho en general, por cuanto determina una plena capacidad de ejercicio, en el sujeto antes incapacitado por su minoría de edad, y le permite disponer libremente de su persona y de sus bienes, posibilidades que determinan consecuencias importantes en el Derecho de la Familia y en el Derecho Patrimonial, en general Civil, Mercantil, Obrero y Agrario."(41)

En relación con la mayoría de edad, como ya lo comentamos hay que tomar en cuenta las disposiciones de las leyes de acuerdo con las cuales se reconoce la capacidad para celebrar cualquier acto o contrato; ya sea para ejercer las acciones que nazcan o que se deriven de los mismos, sin que esta libertad implique el no celebrarlos.

(41) DE PINA VARA Rafael. Op. Cit. P. 408.

Nuestro Código Civil del Distrito Federal, en relación a la mayoría de edad nos señala:

Art. 646. "La mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos.

Art. 647. El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes."

3.8. CAPACIDAD DE GOCE Y DE EJERCICIO DEL MENOR

Abundaremos primeramente en dicha definición, considerándola, como la capacidad o condición jurídica de cualquier persona, en virtud de la cual puede ejercitar sus derechos, contraer obligaciones, celebrar contratos y realizar actos jurídicos en general, también significa la aptitud idónea que se requiere para ejercer una profesión, oficio, empleo, cargo público, etc.

Aún cuando la capacidad concorra con otros atributos para conformar el plexo de instituciones que determina a las personas en su proyección jurídica, es indudable que ella constituye su calidad más destacada, a punto tal que moderadamente los conceptos de personalidad y capacidad se entrelazan y confunden, la identidad existe entre persona y capacidad, resultado de la propia perspectiva lo jurídico.

Al respecto el autor ORGAZ, establece: "que personalidad jurídica y capacidad jurídica, son expresiones equivalentes, persona es quien tiene capacidad, quien tiene capacidad es por lo tanto persona."⁽⁴²⁾ agregando segundamente tal jurista que el hombre es persona para el derecho, sólo cuando es un ser capaz de adquirir derechos, deberes y obligaciones, y de ser el titular de unos y de otros.

(42) ORGAZ Alfredo, Personas Individuales. Editorial Buenos Aires. 1946. P. 6 y 7.

De igual sentido, expresa LLAMBIAS, "que la capacidad no es una calidad que conviene y se conforma a la noción de la persona sino que integra consustancialmente esa misma noción."

(43)

Por lo que opinamos, en tales presupuestos se encuentran en forma ineludible, siendo el estado de minoridad un atributo diferenciador y caracterizante, el cual se proyecta incidiendo en la personalidad del sujeto y determinándose que mientras se mantenga el aspecto jurídico que le corresponde, se diferencia totalmente de lo preceptuado a los mayores de edad, quedando en consecuencia advertido que a la personalidad propia del menor le corresponde una particularidad, aptitud para que este mismo se constituya en titular de las relaciones jurídicas, resultando que dicho menor ocupe un lugar dentro del estado.

3.9. EMANCIPACIÓN

De acuerdo con el Derecho Mexicano, "es una institución civil que permite sustraer de la patria potestad y de la tutela al menor, otorgándole una capacidad que le faculta para la libre administración de sus bienes, con determinadas reservas expresamente señaladas en la ley."(44)

Otros actores definen a la emancipación como el hecho o el acto, en virtud del cual una persona se ve libre de la patria potestad o de su subrogada tutela y adquiere la facultad de realizar por sí misma los actos jurídicos que especialmente le están prohibidos por el legislador.

(43) LLAMBIAS Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, Parte General. Tercera Edición, Buenos Aires, 1967. Tomo I. P. 560.

(44) DE PINA Rafael. Op. Cit. P. 403.

En el Derecho Romano, la emancipación constituía un medio de extinguir la patria potestad que hacía sui-juris al hijo de familia, mientras que en nuestro Derecho Mexicano, constituye un medio de extinción de la patria potestad y de la tutela, y a la adquisición de una capacidad especial para los actos de administración.

En algunos sistemas legislativos, como el Código Civil Alemán, la emancipación se consideraba como un adelanto de la mayoría de edad, mientras que en otras legislaciones de tipo latino se considera como una institución protectora del menor.

Por lo que observamos, en los sistemas análogos, como el alemán, el menor emancipado queda completamente equiparado al mayor, siendo que en las legislaciones latinas antes señaladas el emancipado no adquiere la plenitud de los derechos civiles, que corresponden al mayor sino que en relación a determinados actos goza de dicha plenitud, o su ejercicio requiere de la intervención de los institutos de protección tutelar o paternos.

Siendo para el Derecho Mexicano, la emancipación es un acto irrevocable, pues autoriza la revocación de la emancipación obtenida por resolución del Juez tutelar, cuando los actos del menor demuestren su incapacidad para administrar, entrarán de nuevo bajo la patria potestad o tutela de sus padres, esta revocación se llevará a cabo por el Juez tutelar de quien se solicitó se efectuara la emancipación, en este caso no debe de ser interpretada como una sanción sino como un medio tutelar de los intereses de quien no es un ser capaz de defenderlos. Al respecto existen dos especies de emancipación:

3.9.1. LA PRODUCIDA POR UN MATRIMONIO

La emancipación por el matrimonio se denomina tácita o legal; producida por la voluntad de los padres y tutores, expresa o dativa, en la que una y otra producen iguales efectos.

La emancipación por matrimonio, algunos autores la definen o la fundan en

que es incompatible con el Estado de subordinación de un menor sometido a la patria potestad, la emancipación es un efecto inmediato y necesario de esencia del matrimonio que se verifica cualquiera que sea la edad de los contrayentes sin necesidad de declaración expresa, aunque el matrimonio se llegue a disolver, el cónyuge emancipado que sea menor, no recae nuevamente en la patria potestad.

3.9.2. LA DERIVADA DE LA VOLUNTAD DE LOS PADRES O TUTORES

Por lo que respecta a la emancipación por voluntad de los padres o tutores, se basan en el reconocimiento en un estado de madurez que autoriza sin perjuicio los intereses del menor, considerándose una esfera más amplia en su capacidad.

3.10. LA SUSPENSIÓN Y LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO

Una vez establecido en que casos se pierde y se suspende el ejercicio de la patria potestad, pasaremos al estudio de nuestro siguiente tema, iniciando con la expresión del Artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece:

"La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, por lo cual el Juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones de los hijos inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión y limitación, según sea el caso, y en especial a la custodia de los hijos, debiendo de obtener los elementos del juicio necesario para ello. El Juez observará las normas del presente Código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho, o en su caso designar tutor."

En relación al artículo anterior, observamos que el Juez, antes de resolver lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, suspensión o limitación, debe considerar lo que establecen los Artículos 422 y 423 del Código adjetivo en estudio.

Dichos artículos se refieren a las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad les incumbe la obligación de educarlos convenientemente; y en caso de que llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela que las personas de que se trata no cumplen esta obligación, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponde; o sea que los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta, que sirva a estos de buen ejemplo.

En estos casos, el legislador deberá de tomar en cuenta si alguno de los cónyuges incurre en ilícitos o en malas conductas establecidas en el Artículo 267 del Código Civil, en la que el cónyuge culpable sería el que perdiera la patria potestad y en consecuencia el derecho sobre él; por lo que se otorgará al cónyuge inocente.

En capítulos anteriores, nos referimos a la pérdida de la patria potestad, pero nuevamente haremos mención al precepto legal, en el que se refiere o en el que se enumeran las causales de pérdida, plasmado en el Artículo 44 del Código Civil en comento:

Art. 444. La Patria Potestad se pierde:

I. "Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado a dos o más veces por delitos graves;

II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el Art. 283; la sentencia de divorcio, finará la situación de los hijos, por lo cual el Juez resolverá lo relativo a los derechos y obligaciones que generan la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según sea el caso."

3.10.1. COMO ACTO PREJUDICIAL

Nos referimos específicamente, sobre el otorgamiento de guarda y custodia en los casos de separación de personas como acto prejudicial, ya que el Juez de lo Familiar es el que va a decretar la misma en forma provisional, determinando la situación jurídica de los menores, considerando la guarda y custodia a la persona que solicite dicha separación, o sea a uno de los cónyuges o bien a uno de los dos concubinos.

Al efecto, nuestro Código de Procedimientos Civiles, para el Distrito Federal, en su Título Quinto, Capítulo III, establece:

Art. 206. "Sólo los Jueces de lo Familiar pueden decretar la separación de que habla el artículo anterior, a no ser que por circunstancias especiales no pueda ocurrirse al Juez competente, entonces el Juez del lugar podrá decretar la separación provisionalmente, remitiendo las diligencias al competente.

Esto es, que el que intente demandar o denunciar con su cónyuge, puede solicitar su separación al Juez de lo Familiar, y dicha solicitud puede ser verbal o escrita, señalando las causas en que se funda su pretensión, domicilio para su habitación la existencia de los hijos menores y las demás circunstancias al caso.

Art. 208. "El Juez podrá, si lo estima conveniente, practicar todas las diligencias que a su juicio sea necesario antes de dictar la resolución."

Una vez presentada dicha solicitud, el Juez, sin más trámite, salvo lo dispuesto en el artículo anterior resolverá sobre su procedencia o improcedencia; y si en este caso la considera, dictará las disposiciones necesarias y pertinentes para que se efectúe materialmente la separación, atendiendo a las circunstancias de cada caso en particular, esto es, el Juez podrá variar las disposiciones

decretadas cuando exista justa causa que lo amerite; o en vista de que los cónyuges de común acuerdo lo soliciten, si lo estiman pertinente el caso.

Ahora bien el Artículo 211, del Código en estudio, señala:

"En la resolución se señala el término de que dispondrá el solicitante para presentar la demanda o la acusación, que podrá ser hasta por quince días hábiles, contados a partir del día siguiente de efectuada la separación."

Art. 212. "En la misma resolución, ordenará la notificación al otro cónyuge, previniéndole que se abstenga de impedir la separación o de causar molestias al cónyuge, bajo apercibimiento de procederse en su contra, en los términos a que hubiese lugar."

De lo anterior, el Juez determinará la situación de los hijos menores, atendiendo a las circunstancias del caso, como anteriormente ya lo señalamos; y tomando en cuenta las obligaciones señaladas por el Artículo 165 del Código Civil, ya sean las propuestas por los cónyuges, o lo dispuesto por el Artículo 282, fracción IV, del mismo código, que serán las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes, ni en los de la sociedad conyugal.

Si al vencimiento del plazo concedido no se acredita al Juez, que se ha presentado la demanda, denuncia o querrela, cesarán los efectos de la separación, quedando obligado el cónyuge a regresar al domicilio conyugal dentro de las veinticuatro horas siguientes.

Art. 217. "Si el Juez, decretó la separación, no fuere el que deba conocer del negocio principal, remitirá las diligencias practicadas al que fuere

competente, quien conformará en su caso la decisión dictada con motivo de la separación, siguiendo el juicio su curso legal."

De ahí, que podemos señalar que lo más importante es la situación de la guarda y custodia de los menores, y es en el Artículo 213, esencialmente donde se plasma a que persona se le va a otorgar provisionalmente la guarda y cuidado de los hijos.

Dicho precepto menciona que el Juez determinará la situación de los hijos, atendiendo a las circunstancias del caso, tomando en cuenta las obligaciones señaladas por el Artículo 165 del Código Civil, en donde los cónyuges y los hijos en materia de alimentos, tendrán derecho preferentemente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo, el sostenimiento económico de la familia, demandado el aseguramiento de los bienes para hacer efectivos dichos derechos.

Finalmente tiene por objeto, el cuestionarnos ¿Cómo es que el Juez va a decretar dicha separación? y ¿Cómo va a otorgar la guarda y custodia de los menores?.

En la ejecución de dicha orden el Juez podrá decretar la separación de las personas y otorgar la guarda y custodia de los menores, bastando simplemente un auto que ordene dichas medidas, según nuestro Código Civil y de Procedimientos Civiles, en su Artículo 79 fracción II, a la letra dice:

Fracc. II. "Determinaciones que se ejecuten provisionalmente y que se llamen autos provisionales."

3.10.2. COMO MEDIDA PROVISIONAL

Como dejamos indicado en el punto inmediato anterior, la guarda y custodia la va a decretar el Juez provisionalmente en la separación de personas como acto prejudicial, pero no solamente en estos casos se puede decretar guarda y custodia de los menores; sobre el particular el Artículo 282 fracción VI,

establece: provisionalmente sino que también en el instante en que se demande el divorcio necesario, donde se dictará provisionalmente a que cónyuge se le otorgará la

"Al admitir la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se decretará provisionalmente y solo mientras dure el juicio las siguientes disposiciones:

Fracc. VI. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubiera designado los cónyuges, pudiendo ser uno de estos, en defecto de ese acuerdo, el cónyuge que solicite el divorcio propondrá a la persona en cuyo poder deban quedar provisionalmente los hijos, el Juez previo procedimiento que fije el Código respectivo, resolverá lo conducente."

Es también en el precepto 275 del Código en cita, donde encontramos otra medida provisional que tiende a proteger a los menores, y establece:

Mientras que lo decreta el divorcio, el Juez autorizará la separación de los cónyuges de una manera provisional y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos, a quien es haya la obligación de dar alimentos.

CAPITULO CUARTO

FORMAS Y PROCEDIMIENTOS QUE DAN ORIGEN A LA SOLICITUD DE LA GUARDA Y CUSTODIA PROVISIONAL

4.1. Divorcio Voluntario o Judicial

4.2. Divorcio Necesario

4.3. Situación del Ejercicio de la Patria Potestad en los Casos de Divorcio

4.4. Consecuencias y Efectos de la Pérdida de la Patria Potestad

CAPITULO CUARTO

FORMAS Y PROCEDIMIENTOS QUE DAN ORIGEN A LA SOLICITUD DE LA GUARDA Y CUSTODIA PROVISIONAL

Como ya hemos establecido propiamente respecto de la situación jurídica que se establece en cuanto a los casos en que la guarda y custodia de los hijos menores otorgados por el Juez de lo Familiar al cónyuge, concubino y en la unión libre, en la situación cuando estos deciden o cuando se presenta la separación de los mismos y de los efectos que traen consigo en relación a quien se le otorgará el derecho ante los hijos menores de conservar la guarda y custodia, así como la ruptura del seno familiar debidamente interpretada cada una por nuestras legislación mexicana y reconocida ampliamente por el Estado, así como los efectos que se producen al menor al momento de llevarse acabo la separación de la pareja en los casos expresos de estas figuras jurídicas.

Debemos de tener en cuenta que la única autoridad que tiene facultades para poderse llevar acabo estas acciones es por medio del Juez de lo Familiar, quien deberá de tener pleno conocimiento de la situación en la que los hijos gozarán del derecho de uno de los padres a quien se le otorgue provisionalmente este derecho, sin descartar la posibilidad de a que a quien no se le concedió tenga derecho a la acción de ejercitar de su parte el otorgamiento propiamente de los menores en los casos ya planteados.

Ahora bien, consideramos que no únicamente en los casos expresos en nuestro capitulo anterior, se puede otorgar la guarda y custodia de los hijos menores sino que existen formas y procedimientos que darán derechos a cada una de las partes a manifestar o convenir al interés del menor por medio de procedimientos contemplados en nuestra ley, los cuales se estará dispuesto, y a la facultad que les confiere el Estado a la autoridad, esto es al Juez de lo Familiar, así como al Ministerio Público, quien con las funciones que le son conferidas por el propio estado, que es el de representante social en este caso del menor, asegurándose del beneficio propio y del interés en el caso de que los padres

decidan decretar su separación provisional o total, pero sin olvidar que únicamente en este caso la autoridad velará por la conducta y el desarrollo del menor en las formas o procedimientos que conlleven ambas partes a su desintegración marital, expresando las causas y motivos que los orillan a tomar esta decisión, sin olvidar propiamente que aquel que no se encuentre o tenga conocimiento de un procedimiento o que se esté llevando en contra de él un litigio no se le permita ofrecer o manifestar lo que por derecho le corresponda con respecto a los hijos menores y al derecho que por ley le concede a tener la guarda y custodia de los menores.

Por lo que nos abocaremos en el presente capítulo del desarrollo y concepto general de lo que significa una ruptura del seno familiar dentro de la forma de llevar a cabo la solicitud de la guarda y custodia provisional de los hijos menores.

Es el caso que para tal efecto, diversos autores contemplan diversas formas o procedimientos estableciendo así que para que se dé esa separación será por medio de un divorcio, nulidad o pérdida de la patria potestad, o en su caso un incidente en el cambio de la guarda y custodia del hijo concebido.

Por lo que PLANIOL, nos define al divorcio "como la disolución en vida de los esposos, de un matrimonio válido. El divorcio no puede obtenerse más que por una sentencia judicial y por las causas determinadas por la ley."(45)

BONNECASE, define "que el divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, por causas determinadas y mediante resolución judicial."(46)

"Divorcio, es la separación legal de los cónyuges que produce la disolución del vínculo, separación o apartamiento de personas o cosas que están juntas. En

(45) PLANIOL Marcelo y RIPERT Jorge, Op. Cit. P. 368.

(46) BONNECASE Julian Op. Cit. P. 552.

la Legislación Argentina el divorcio no significa la disolución del vínculo sino simplemente la separación de los cónyuges, suspendiéndose la vida en común y no pudiendo contraer nuevo matrimonio."⁽⁴⁷⁾

Para nuestra Legislación en el Código Civil para el Distrito Federal, en su Artículo 266, nos define al divorcio de modo implícito en cuanto al vínculo, preceptúa lo siguiente: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

Respecto a esta definición contemplada en nuestra Legislación Mexicana, cabe hacer mención que en ella se producen dos efectos jurídicos, uno negativo y otro positivo, por el primero deja de existir el vínculo jurídico que unía y obligaba en un momento dado a los cónyuges y el segundo les otorga plena capacidad para volver a contraer un nuevo vínculo o matrimonio.

4.1. DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL

El último párrafo del Artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal nos dice:

"Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de éste artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al Juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles.."

Por lo que entendemos que los cónyuges deben de recurrir a este divorcio aquellos que independientemente de que sean mayores o menores de edad, tengan hijos y no hubieren liquidado su sociedad conyugal.

Según lo previsto por el Artículo 272, último párrafo del Código Civil y

(47) FERNÁNDEZ DE LEÓN Gonzalo, Diccionario Jurídico, Tomo II, Ediciones Contabilidad Moderna, Buenos Aires. 1972, P. 368 y 369.

674 del Código de Procedimientos Civiles, establecen:

"Que deben divorciarse por mutuo consentimiento ante la autoridad judicial los cónyuges mayores o menores de edad que no se encuentren en estado de interdicción, tengan hijos y hayan concertado el convenio que exige el Artículo 273 del Código Civil, así como también que tengan como mínimo un año de casados, según el Artículo 274 del Código Adjetivo en cuestión."

Para que este procedimiento se lleve a cabo, debemos señalar que las partes que intervienen serán los dos cónyuges, el Ministerio Público, quien intervendrá para velar los derechos morales, así como los patrimoniales de los hijos menores de edad e interdictos, y se cumplan debidamente las leyes relativas al matrimonio y al divorcio.

Ahora bien, para que dicha acción surta efectos y el Juez de lo Familiar admita la demanda y se lleve a cabo dicho procedimiento deberán de anexarse los documentos que servirán como base de la acción ejercitada por ambos cónyuges.

EDUARDO PALLARESES, en relación a los documentos que deban anexarse nos comenta:

"Se necesita copia certificada de las actas de nacimiento de los hijos procreados en matrimonio, copia certificada del acta de matrimonio de las personas que demandan el divorcio, el convenio que exige el Artículo 273 del Código Civil, así como el inventario y avalúo de los bienes de la sociedad conyugal que va a liquidarse por virtud del divorcio."

Dicho convenio anexado, así como los demás documentos propiamente mencionados, constituyen la materia misma del Divorcio Voluntario, con el cual se determinará que no existe controversia alguna por parte de los cónyuges y es su voluntad poner fin a la unión que los une, que es el matrimonio, y se estará a la disposición que ambos han tomado para su separación y de garantizar de alguna forma una convivencia y aseguramiento de los intereses de los hijos.

El Artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal, al que hemos hecho alusión anteriormente, establece la naturaleza jurídica que el convenio fija para tal efecto:

I. La designación de la persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

II. El modo de subvenir las necesidades de los hijos tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio:

III. La casa que servirá de habitación a cada cónyuge durante el procedimiento;

IV. La cantidad que a título de alimentos debe pagar un cónyuge al otro durante el procedimiento, la forma de hacer el pago y la garantía que daba darse para asegurarlo (el divorcio por mutuo consentimiento, después de ejecutoriado no da derecho a alimentos, salvo pacto en contrario, según el párrafo final del Artículo 288 del Código Civil);

V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores.

Observamos que la ley no prohíbe que los cónyuges la liquiden de mutuo acuerdo, así como dicha redacción del convenio no ofrece mayores dificultades, siendo que se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles e inmuebles de la sociedad conyugal.

Por lo que consideramos que el convenio es un verdadero contrato de Derecho Público, por que tanto el Estado como la sociedad están interesados en que se otorgue conforme a las leyes que rigen el matrimonio y el divorcio, cuanta habidad de que existen intereses de los hijos menores y de los derechos de los cónyuges derivados del matrimonio, lo cual concierne a la institución de la

familia.

Considerándolo de esta forma como un contrato sui-generis, ya que la ley obliga a los cónyuges o consortes a estipular diversas cláusulas sin las cuales carecerá de validez y eficacia dicha demanda de divorcio ante la autoridad, así como para el Ministerio Público, quien es el representante social en cuanto a los intereses del menor, facultad que les es conferida por la propia ley.

Para comprender ampliamente el estudio de nuestro presente trabajo a manera de ejemplificación mostraremos la manera y forma en que se inicia este tipo de divorcio y estar en posibilidad de indicar cual de los dos cónyuges de común acuerdo ejercerán la guarda y custodia del menor.

XX.....

VS.

YY.....

DIVORCIO VOLUN.

EXP.:

SRIA.:

C. JUEZ DE LO FAMILIAR EN EL
DISTRITO FEDERAL EN TURNO.

P R E S E N T E.

XX..._____ y YY..._____, por nuestro propio derecho y señalando como domicilio para oír y recibir todo tipo de notificaciones y documentos, el ubicado en _____, y autorizando para los mismos efectos a los CC. Licenciados en Derecho _____, ante Usted, comparecemos a exponer:

Que con fundamento en lo dispuesto por el Artículo 267, Fracción XVII, del Código Civil, venimos a solicitar nuestro DIVORCIO POR

MUTUO CONSENTIMIENTO.

Fundamos la presente solicitud en los siguientes hechos y preceptos de derecho.

HECHOS

1.- Con fecha _____, contrajimos matrimonio civil en esta Ciudad de México, Distrito Federal, como lo demostramos con el Acta de Matrimonio que anexamos a la presente solicitud.

2.- Establecimos nuestro domicilio conyugal en _____.

3.- De nuestra unión procreamos dos hijos de nombre _____, ambos de apellidos _____, lo que acreditamos con las Actas de Nacimiento, que anexamos al presente escrito.

4.- Para dar cumplimiento al Artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal, anexamos el Convenio respectivo.

DERECHO

En cuanto al fondo del asunto se aplican los Artículos 267, Fracción XVII, 273 y demás relativos y aplicables al Código Civil para el Distrito Federal.

El procedimiento se rige por los Artículos 674, 675 y demás del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Por lo expuesto y fundado:

A USTED, C. JUEZ, atentamente pedimos se sirva:

PRIMERO.- Tenemos por presentado en los término del presente escrito, por nuestro propio derecho y documentos que anexamos al presente escrito, solicitando nuestro Divorcio por Mutuo Consentimiento.

SEGUNDO.- Aprobar el Convenio que anexamos por no tener cláusulas contrarias a la moral o al derecho.

TERCERO.- Señalar día y hora para que se lleve a cabo la primera junta de avenencia.

CUARTO.- Dar la intervención que corresponde al C. ----- Agente de Ministerio Público de la adscripción para efectos de su representación.

QUINTO. En su oportunidad dictar sentencia definitiva y se decreta la disolución del vínculo matrimonial que nos une.

PROTESTAMOS LO NECESARIO.

México, D.F., a ____ de _____ 19__.

Firma del Cónyuge _____

Firma del Cónyuge _____

Como anteriormente comentamos, el divorcio a que alude el Artículo 267 del Código Civil, se decreta por el Juez previa tramitación del procedimiento especial que señalan los Artículos 674 y 682 del Código de Procedimientos Civiles; y junto con la solicitud de divorcio el convenio anexo a la misma, exigido por el Artículo 273 multicitado; dicha solicitud podrá sujetarse a cada caso.

El divorcio por mutuo consentimiento se decretará por el Juez en sentencia dictada después de celebradas las dos juntas de avenencia que señalan los Artículos 675 y 676 del Código de Procedimientos Civiles, a las que deberá concurrir personalmente los cónyuges, acompañados, en su caso del tutor especial, pero si el convenio no es de aprobarse no se decretará el divorcio.

Previamente a la solicitud se anexará el convenio que pactaron ambas partes.

CONVENIO

Convenio que celebran los Señores XX..... y YY..... con fundamento en los dispuesto por el Artículo 273 del Código Civil, mismo que se sujetará a las siguientes cláusulas:

I. Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutado el divorcio.

Así sucesivamente ambos cónyuges manifestarán la forma en que considerarán benéfico a sus intereses y de sus hijos.

II. Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos;

III. Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal, en su caso.

IV. Dictar en su caso las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que queda en cinta;

V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubiere designado los cónyuges, pudiendo ser uno de estos, en defecto de ese acuerdo el cónyuge que pide el divorcio propondrá la persona en cuyo poder debe quedar provisionalmente los hijos; el Juez previo procedimiento que fije resolverá lo conducente."

Así una vez admitida la demanda de divorcio y seguido el juicio en todos sus periodos procedimentales, el Juez de lo Familiar, dictará sentencia definitiva en la que resolverá quien ejercerá la guarda y custodia de los hijos y cual de los dos cónyuges la va a desempeñar, tomando en consideración el Juez, que para que se dicte la sentencia definitiva de las circunstancias que se dieron durante el procedimiento ya hubo como antecedente un acuerdo que motivó a tal acción.

4.2. DIVORCIO NECESARIO

Es conveniente establecer el presupuesto de su acción, además de que "el divorcio en cualquier caso requiere la existencia de un matrimonio válido, la acción de divorcio debe hacerse valer ante el Juez competente, por persona capaz y legitimada procesalmente para accionar. Es necesario que la causal invocada se encuentre comprendida en cualquiera de las causales taxativamente señalados en los Artículos 267 y 268 del Código Civil."(48)

El Artículo 156 Fracción XII del Código de Procedimientos Civiles establece: "que la autoridad competente para conocer el divorcio necesario, es el Juez de lo Familiar del domicilio conyugal o en caso de abandono de hogar del domicilio del cónyuge abandonado."

Dentro del sistema jurídico de divorcio necesario, podemos considerar dos tipos que son:

(48) GALINO GARFIAS, Ignacio, Op. Cit. P. 583.

"El divorcio sanción y el divorcio remedio, el primero se encuentra previsto por aquellas causales que señalan un acto ilícito o bien un acto en contra de la naturaleza misma del matrimonio; mientras que el segundo se instituye como una protección en favor del cónyuge sano o de los hijos contra enfermedades crónicas e incurables, que sea además contagiosas o hereditarias."(49)

Además de estas dos consideraciones podemos decir que, los cónyuges ante el Juez de lo Familiar pueden pedir simplemente la separación de cuerpos, suspendiéndose en tal caso la obligación de cohabitación, pero quedando subsistentes las demás obligaciones de los hijos menores, así como la guarda y custodia que deban de ejercer sobre estos mismos creadas del matrimonio.

"Las causales de divorcio pueden definirse como aquellas circunstancias que permiten obtenerlo con fundamento en una determinada legislación mediante el procedimiento previamente establecido al efecto."

Para poder precisar en caso de divorcio necesario, a que cónyuge se le va a otorgar la guarda y custodia, consideramos pertinente señalar las causales de divorcio necesario contempladas en el Artículo 267 del Código Civil, las cuales son:

- I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;
- II. El hecho de que la mujer de a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato y que judicialmente sea declarado ilegítimo;
- III. La propuesta del marido para prostituir a su mujer sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga

(49) ROJINA VILLEGAS, Rafael, Op. Cit. P. 396.

relaciones carnales con su mujer;

IV. La incitación a la violencia hecha por el cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;

V. Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia a su corrupción;

VI. Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además contagiosa o hereditaria y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;

VII. Padecer enajenación mental incurable;

VIII. La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;

IX. La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;

X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia;

XI. La servicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge al o para el otro;

XII: La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir las obligaciones señaladas en el Artículo 164 y el incumplimiento, sin justa causa, de la sentencia ejecutoriada por alguno de los cónyuges en el caso del Artículo 168;

XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;

XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito que nos sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años;

XV. Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistentes de drogas enervantes; cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;

XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible si se tratara de persona extraña siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión; y,

XVII. El mutuo consentimiento.

XVIII. La separación de los cónyuges por más de 2 años independientemente del motivo que haya originado la separación la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos.

De acuerdo con lo señalado por el Artículo 278 del Código Civil, establece: "El divorcio necesario sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que haya llegado a su noticia los hechos en que se funda su demanda."

Ahora bien, al momento de entablar formalmente la demanda de divorcio ante el Juez de lo familiar, éste al admitirla, dictará un acuerdo en el cual indique que se tienen por admitida para el trámite a seguir, el cual deberá de tomar en consideración las circunstancias y causas del caso que se plantea, el que indicará las medidas provisionales contempladas en el Artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, las cuales son:

I. "Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles;

Ejercer o pelear por la guarda y custodia de sus hijos, tomando en consideración que la patria potestad la ejercerán ambos cónyuges, aunque por sentencia definitiva se haya condenado a uno de los mismos a que no pueda ejercer tal derecho.

Por lo que podemos establecer que será el juzgador quien decidirá cual de los cónyuges le otorgará la Guarda y Custodia.

Por otra parte al respecto observamos que a un como lo establece la ley y de acuerdo a las formalidades que se encuentran inmersas en la misma no determina claramente una salvación en relación a la parte que desconoce un procedimiento seguido en su contra toda vez que el que preceptúa nuestra legislación es aquel que dentro de un término establecido y al no haber contestación de la parte demandada se estará acusando un procedimiento conocido como rebeldía en el que en todo caso se entiende como a la parte demandada no compareció a tal procedimiento seguido en su contra y dejándolo en total estado de indefensión y ante tal circunstancia el Juez como anteriormente establecimos dictará una sentencia interlocutoria a favor de la parte que solicitó dicho procedimiento.

El Juez al momento de dictar sentencia definitiva, deberá como ya hemos establecido, tomar en cuenta todas las circunstancias y hechos que se manifestaron durante tal procedimiento, estableciendo de esta forma y dejando en claro que el juzgador de acuerdo a todas las facultades que le otorga el Estado como autoridad concedora del procedimiento cuenta con las más amplias facultades a fin de que este resuelva en que casos otorgará la guarda y custodia de los menores.

Dicho precepto lo podemos confirmar de acuerdo a lo que establece nuestro Código Civil en su Artículo 283 que establece:

"La Sentencia de Divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el Juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos

y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello el Juez observará las normas del presente Código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso o de designar tutor.

Ahora bien, es conveniente señalar que la parte que haya promovido dicho procedimiento gozará de una ventaja primordial teniendo en consideración que es su dicho totalmente ante el juzgador toda vez que manifestará a su favor todo lo conducente y los hechos que dan paso a solicitar primeramente una separación de cuerpo y seguido de lo mismo, ejercer el Derecho de la Guarda y Custodia de los menores, a tal situación el juzgador y teniendo conocimiento de la situación otorgará provisionalmente lo solicitado por la parte actora dictando un acuerdo en que establecerá notificar de los hechos establecidos en la demanda a la otra parte, dentro del término de 15 días para que manifieste lo que convenga por derecho en su favor, pero si el mismo no da contestación a lo demandado por la situación de no radicar o desconocer tales procedimientos, estaremos diciendo que la parte actora gozará de lo solicitado ante la autoridad y es claro que no manifestará la verdad por el hecho de contra decirse en sus hechos establecidos en su demanda, y dejando así al demandado en desventaja para manifestar lo conducente.

4.3. SITUACIÓN DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN LOS CASOS DE DIVORCIO

No podemos desconocer los fracasos familiares que existen en la actualidad, y que muchos de ellos son originados por los desajustes o cambios que ha sufrido el modelo tradicional de la vida conyugal.

Cuando la situación en el matrimonio se ha tomado de tal manera grave o imposible que no permita su continuación, el divorcio es, sin duda la mejor

solución, y un mal menor a proporcionar a los hijos una vida más llevadera, que aunque difícil, será preferible que mantenerlos dentro de un seno familiar adverso o imposible que les permita una sana adaptación a la sociedad.

Ante esta realidad, la desorganización de la familia puede definirse como un rompimiento de la unidad necesaria familiar, la disolución o fractura de una estructura de funciones sociales que cada uno deja de desempeñar adecuadamente; cuando el grupo familiar es incompleto, como sucede en los casos de divorcio, es cuando más se necesita tener o colocar al niño en condiciones que recreen para ellos un medio familiar normal.

Las necesidades de un niño, no se satisfacen en su totalidad únicamente proporcionándoles techo y comida sino que hay que agregar los elementos más importantes como la comprensión y la protección moral, indispensables para el desarrollo sano de su personalidad; un niño privado de su ambiente familiar normal es o se convierte vulnerable, no sólo en cuanto a su salud física sino mental, educación y adaptación a la sociedad, es por ello que en los casos en que se ha disuelto la unión conyugal, privándose al hijo del medio idóneo para su formación, el Estado debe de intervenir y aliviar o solucionar tal situación a través de una legislación efectiva.

No obstante los efectos del divorcio en relación con la Patria Potestad, cambian de acuerdo con las causas que lo hayan originado, ya que estos serán diferentes según hablemos de divorcio voluntario o necesario.

Primero trataremos el divorcio necesario, cuyas causales se encuentran establecidas en el Artículo 267 del Código Civil, mencionado anteriormente, y que priva de la Patria Potestad al cónyuge culpable tratándose de las fracciones siguientes:

De la fracción I a la XVI, el adulterio debidamente probado, el hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse éste, la propuesta del marido para prostituir a su mujer, la incitación a la violencia, para cometer algún delito; los actos inmorales ejecutados por el

marido o la mujer con el fin de corromper a los hijos; la separación de la casa conyugal por más de seis meses; haber cometido delito; los hábitos del juego o de embriaguez, drogas, enervantes, etc.

Si en los casos anteriores, ambos cónyuges fueren culpables, quedarán los hijos bajo la guarda y custodia del ascendiente que corresponda y si no lo hubiere se nombrará tutor.

Cuando las causales de divorcio estuvieran comprendidas dentro de las siguientes fracciones:

IX, X, XI, XII, XIII y XVI, la separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, la declaración de ausencia legalmente hecha, la presunción de muerte, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para con el otro; la negativa de cumplir con las obligaciones del matrimonio, la acusación calumniosa por delito; y cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible y que la ley señale pena.

En estos casos los hijos quedarán bajo la guarda y custodia del cónyuge inocente, pero a la muerte de éste, el culpable recuperará la Patria Potestad; pero en el caso de que ambos fueren culpables se les suspenderá en el ejercicio de la Patria Potestad hasta la muerte de uno de ellos, en tanto los hijos quedan bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, o en su caso se les nombrará tutor.

Por último en los caso de las fracciones siguientes:

VI, VII, padecer sífilis, tuberculosis o cualquier enfermedad crónica o incurable, que tenga tendencia incurable y que sobrevenga después de celebrado el matrimonio, padecer enajenación mental-incurable; los hijos quedarán en poder del cónyuge sano pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos; es decir se concede la custodia que significa el cuidado y vigilancia de los hijos al cónyuge sano y solamente se restringirá al conjunto de derechos que otorga la Patria Potestad al cónyuge enfermo en este

caso y evitar el contagio a sus hijos.

Pero como también la Patria Potestad no solo implica derechos sino también obligaciones y sobre todo responsabilidades, se mantendrán estas para el cónyuge enfermo, claro dentro de su posibilidad de poder suministrar alimentos a sus hijos y de representarlos jurídicamente en todos aquellos actos que se requiera su intervención.

El divorcio necesario ha sido considerado como una sanción del Derecho Familiar, ya que en su Artículo 267 del Código Civil supone un hecho ilícito entre los cónyuges, en relación con los hijos y que la ley a tipificado como bastantes para originar la ruptura del vínculo matrimonial; por tal motivo el cónyuge culpable no tiene la capacidad moral para dar la debida orientación a sus hijos, lo que implica que el culpable recibirá como sanción la pérdida de la patria potestad respecto a sus derechos, más no con respecto a sus obligaciones.

En los casos del divorcio necesario, el precepto 288, prescribe que cuando por motivos del mismo se originen daños y perjuicios al cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito, y cuando estos causen daño a los bienes del inocente, tendrá acción indemnizadora, ampliándose las reglas generales contenidas en los Artículos 1910, 1915, 1916 y demás relativos del Código Civil.

El Artículo 1916, por daño moral entiende "la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida probada, configuración y aspectos físicos", o bien en la consideración de si misma tienen los demás.

La acción de reparación no es transmisible a terceros entre vivos, y solo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida; el monto de la indemnización los determinará el Juez, tomando en consideración los derechos lesionados, así como el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable; pero cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su derecho, decoro, honor, reputación, etc., el Juez ordenará la publicación de

un extracto de la sentencia que refleje la naturaleza y alcance de la misma.

No negamos que la conducta del cónyuge culpable en un divorcio necesario encaja en esta norma, ya que si bien el divorcio pudo no haber causado daño material al inocente; éste se verá gravemente afectado en sus sentimientos, creencias, decoro, honor, reputación, etc., y no solo él sino que se verán afectados los hijos, reiteramos que en el supuesto de que el inocente no hubiere visto afectado sus bienes, tendrá todo el derecho de exigir del culpable la reparación del daño moral en dinero para él y para sus hijos.

Ahora bien, tratándose del divorcio voluntario, la situación es diametralmente opuesta o contraria, ya que no tiene origen en un hecho ilícito sino que nace de un mutuo consentimiento de ambos cónyuges.

En este caso, es primordial mencionar a los padres en el sentido de que la disolución del vínculo matrimonial que los une o unía no es sinónimo de liberación de responsabilidades adquiridas por su paternidad sino todo lo contrario consideramos que implica mayores obligaciones para ellos, ante la incapacidad de no poder otorgar a sus hijos la tranquilidad de vivir y desarrollarse dentro de un seno familiar normal.

El divorcio voluntario, como ya se hizo mención, en su origen no priva de la Patria Potestad a ninguno de los cónyuges en nuestro medio el fenómeno que se suscita, es que generalmente la custodia se concede a la madre durante el procedimiento; pero el que se confie la custodia a la madre o al padre, ello no implica la pérdida de la patria potestad, por el contrario, obliga a aquel progenitor a quien no se le concedió la custodia cumpla con la obligación de proporcionar lo que corresponde a alimentos; sin embargo, observamos que al paso del tiempo, el cónyuge que no goza con la custodia de los hijos, que generalmente es el padre, ante el desapego o falta de comunicación y de convivencia, llega a perder las estipulaciones legales; en este caso la carencia de la custodia no es un modelo adecuado para los hijos, ni pueden por lo mismo considerar a la figura faltante como

pequeño daños graves y duraderos que modificarán forzosamente su carácter en su vida futura.

En relación con el Artículo 309 del Código Civil, establece que la obligación de dar alimentos se puede satisfacer:

- a) Mediante el pago de una pensión alimenticia;
- b) Incorporando a la familia.

Situación que considero el desapego hacia los hijos ya que aunque el padre o la madre cumplan con dicha obligación el padre o la madre que no tenga la custodia, sentirán que mediante ese pago proporcionarán los satisfactores materiales necesarios, pero dejará a un lado los elementos más importantes y necesarios para su desarrollo y personalidad; por lo que los alimentos no son suficientes para que se suprima el clima familiar de protección, y bajo esta circunstancia si los hijos carecen de él, es porque uno de los padres no está cumpliendo en su totalidad con las obligaciones que impone la Patria Potestad ya que la actitud del padre y de la madre hacia con los hijos se determina concientizándolos de la grave responsabilidad que por la paternidad adquirieron hacia el presente y futuro de sus hijos y consecuentemente hacia la sociedad.

La educación de los hijos, aún en el caso de divorcio, debe ser resultado de una actividad compartida de ambos padres; su autoridad, amor y comprensión para con los hijos no debe dividirse por el sólo hecho de que con motivo del divorcio se otorgue la custodia a uno de ellos.

Es inminente encontrar la forma en la que realmente se exija el cumplimiento de la Patria Potestad, en todos sus aspectos, es muy frecuente observar de que en estos casos el cónyuge cumplido, que es generalmente la mujer, debido a las razones psicosociales, decide no actuar en contra del deudor alimentario con el objeto de evitar toda comunicación con el excónyuge y ante la realidad y la posibilidad de que esta incurra nuevamente en el incumplimiento; aunque sin embargo, existen casos en los que los padres con gran conciencia y madurez, explican verdaderamente a sus pequeños las diversas causas de la vida

en común les es imposible compartir la vida junto con su compañera, pero que esto no importa o cambia su cariño para con sus hijos, sino todo lo contrario, cuentan con todo su apoyo, amor, comprensión, y respaldo, continuando la madre con sus labores propias del hogar, dándoles el orden necesario a los hijos, atendiendo a sus necesidades diarias y no hablando o cambiando la figura del padre; a su vez el padre cumple con una pensión necesaria y decorosa e inclusive afronta gastos extras, dialoga con sus hijos prestándoles toda su atención, apoyo moral necesario en momentos de conflictos; consideramos que este sería el modelo perfecto en cuanto al divorcio se refiere.

4.4. CONSECUENCIAS Y EFECTOS DE LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

La finalidad que observamos en el presente punto, es el de profundizar más con respecto a este problema; por lo tanto analizaremos como se pierde la Patria Potestad una vez dictada la sentencia que disolvió el vínculo matrimonial como consecuencia de un divorcio voluntario, el cual como ya se mencionó reiteradamente, en su origen no implica la pérdida de la patria potestad.

La Patria Potestad, en la actualidad implica un conjunto de deberes, y como consecuencia la facultad para los padres del ejercicio de ciertos derechos; el incumplimiento de estos deberes quita toda posibilidad para ejercer los derechos sobre el menor.

Es absolutamente comprensible el fin que persigue la patria potestad, los hijos menores están bajo la sujeción o protección jurídica de sus padres, tomando siempre en cuenta que la dignidad de la persona crea derechos para ésta, incluso cuando la razón no reside aún efectivamente en ella.

Ahora bien, si la licitud significa "lo ajustado a derecho, lo justo, lo permitido según justicia y razón, obviamente según las consecuencias y efectos que se propician con motivo de la pérdida de la patria potestad, respecto al

progenitor que no cumplió son lícitas de acuerdo a la letra de la ley" (50) ya que la falta de observancia a los mandamientos legales, siempre obstaculizará la consecución de los fines del derecho, a saber, que son: Justicia, Seguridad Jurídica y Bien Común.

De lo anterior podemos decir que aquel que no se le considere como parte en un procedimiento o se desconozca su ubicación del mismo estamos en el supuesto que el autor nos señala en el que a toda persona se debe de actuar con justicia para que el mismo no se vea afectado en su esfera jurídica por una resolución que la misma autoridad emita en dicho procedimiento entendiéndose de esta forma que aquel que solicitó el derecho sobre los menores de ejercer la patria potestad así como la Guarda y Custodia esta actuando en desventaja sobre la otra parte al considerar que esta misma es sabedora de la ubicación del mismo pero que por razones que la misma establece en sus hechos de demanda no lo manifieste ante la autoridad por así convenir a sus intereses.

De tal forma diremos que el hecho de que la pérdida de la patria potestad mutila tanto al padre, madre e hijo moralmente, y esta condición tiene que atenuarse para que este pueda obtener al menos los satisfactores necesarios para sus necesidades y supervivencia física, y ello aunado a la falta de la figura del padre o la madre pueda subsanarse de alguna forma, permitiendo que el progenitor que conserve la patria potestad, pueda con su presencia física, darle el apoyo del que carece, ante la ausencia total de la figura de uno de los dos progenitores.

Por lo tanto refiriéndonos a los efectos que traen consigo dicha pérdida en los casos del concubinato, diremos que esta figura como lo hemos establecido anteriormente, no se encuentra contemplada como figura jurídica en nuestra ley ni existe precepto legal o la misma, pero se le da su importancia por el hecho de haberse formado un seno familiar, en el cual se observarán y se darán por ambas

(50) DE PINA, Rafael, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, S.A. México, 1979. P.80.

partes el Derecho que les atribuye la ley sobre los menores, no existiendo para tal situación un contrato en el que obligue a permanecer unidos ambas partes, pero si existe el derecho de ejercer la patria potestad así como la guarda y custodia de los menores concebidos, indicando así que la concubina o concubino al requerir de la autoridad el derecho de los menores, y por la razón de no existir un contrato legal las mismas manifestarán de acuerdo a su interés o causas que originen a solicitar ante la autoridad el ejercicio de la patria potestad, señalando estos mismos las causas que a su modo se les tenga como favorables de uno hacia el otro por lo tanto al errarse acabó tal acción ante las autoridades concededoras del procedimiento manifestarán u otorgarán ese derecho sobre quien lo solicite, desconociendo la manera que dio origen a tal situación y dejando en total desconocimiento de la otra parte por el hecho de no radicar dentro de la jurisdicción local.

Estableciéndose de esta forma que en los caso de unión libre, amaciato se establecen las mismas causas o razones que hemos señalado, a fin de que una de las partes se le tenga por perdido ese derecho que como padre o madre tiene hacia el menor.

Diferente es la situación cuando los efectos de la pérdida de la patria potestad se dan en los casos de divorcio, toda vez que al mismo cuando este es voluntariamente se esta dando un mutuo consentimiento por ambos cónyuges, los mismos que acudieron ante la autoridad del Estado que es el Juez de lo Familiar competente, presentando conjuntamente la solicitud y el convenio fijando al mismo las condiciones a las cuales se sujetarán tanto durante el procedimiento como después de ese cause ejecutorio y la sentencia y en la cual quedará establecido quien ejercerá el Derecho de la Guarda y Custodia de los menores y la manera en que deben cubrirse la necesidades de los mismos.

De igual forma se establecerán las modalidades correspondientes al ejercicio de la Patria Potestad.

Sin dejar de señalar que aunque las partes hayan manifestado dentro del convenio quien ejercerá el derecho de Guarda y Custodia del menor, no se tenga

imposibilitado a alguno de los cónyuges a solicitar ese derecho toda vez que disuelto el vínculo matrimonial el modo de pensar y actuar de aquel al que se le otorgó el derecho sobre los menores no lo ejecute en una forma idónea y que perjudique el desarrollo moral del menor, en tal caso aquel que haya a su vez otorgado ese derecho y el mismo se encuentre en Estado de poder ejercitar en forma idónea y teniendo conocimiento de la situación de los menores se le tenga por considerado para que el mismo solicite en ese momento ante la autoridad el ejercicio y derecho de la patria potestad, sin llevar a cabo otro procedimiento legal, toda vez que se dio por una voluntad entre ambas partes y así tenga por admitido lo solicitado por el mismo la misma parte que lo requiera.

Hemos dejado en claro que las formas y los efectos de la pérdida de la patria potestad únicamente se puede ver afectados por un procedimiento judicial así como de la resolución misma que es de carácter civil en el cual se le tiene por perdido el derecho sobre uno del otro al proceder en llevar a cabo dicha acción por alguna de las partes.

En tal razón diremos que otra forma de llevar a cabo dicha pérdida de la patria potestad es por medio del Divorcio Necesario, en el cual aquel cónyuge que solicite o demande dicho procedimiento ante el Juez de lo Familiar autoridad competente para conocer del presente, solicitara al mismo en su escrito inicial de demanda la pérdida de la patria potestad sobre el otro cónyuge, y proponiendo al mismo se le tenga por presentado o propuesto para ejercer el cuidado de los menores, y el Juez al tener razón de los hechos en cuestión resolverá favorablemente sobre quien solicitó la custodia del menor, considerando ante tal hecho que el Juez es verdad que es la autoridad concedora del juicio, pero actuando en una forma imparcial toda vez que no deberá de otorgar ese derecho al cónyuge que primeramente lo solicite sino que deberá él mismo hacer un requerimiento en el cual la otra parte funde sus motivos y hechos y se le tenga por notificado al mismo del procedimiento seguido en su contra no dentro del término que señala nuestra ley sino que hasta que este mismo se presente a denunciar los hechos que dieron verdaderamente origen a tal acción por lo que diremos que la autoridad deberá de considerar el hecho de que una de las partes no radica en el lugar en donde se llevó a cabo dicho procedimiento y en tal razón no se debió de

ejercer o dictar la resolución provisional o definitiva en relación a la guarda y custodia de los menores, por tal autoridad.

De esta forma considerando lo relacionado a las formas y efectos de la pérdida de la patria potestad; y como se puede apreciar de las mismas son motivo suficiente para privar a alguna de las partes al ejercicio de la patria potestad sin dejar de considerar que aquel que la ejerce, lo hace con la cualidad misma de perjudicar moral y sentimentalmente a la otra parte que no se consideró dentro del procedimiento por eso diremos que la autoridad antes de emitir una resolución definitiva en relación al cuidado de los menores deberá tener el pleno conocimiento de ambas partes, para no actuar en forma que tal beneficie a una y a la otra se le deje en un Estado de Derecho digámoslo así sin ninguna garantía para argumentar lo conducente en su persona y de sus hijos habidos de un matrimonio, concubinato y simplemente de la unión libre entre ambas partes.

Considerando que lo más importante es el desarrollo moral del menor y que la pérdida de la patria potestad trae como consecuencia la restricción del conjunto de derechos que la misma otorga sobre los menores de edad, pero quedando siempre subsistentes todas y cada una de las obligaciones que debe cumplir ambos cónyuges sobre ellos.

Concluyendo que la autoridad es la única que determinará y conocerá ya sea la verdad de los hechos y causas que dan origen a tal situación y que la misma lo hará saber por medio de una resolución definitiva.

CONCLUSIONES

Primera.- En el derecho de familia a través del tiempo no se presenta un patrón común en cuanto a las formas familiares que se desarrollarán en el pasado, pero es posible señalar que en los pueblos de la antigüedad la situación que se desarrollaba en cuanto al proletariado y a la mujer eran en forma inhumana ejerciendo los derechos de los mismos en una forma excesiva, y con rigor, sin que se respondiera ante tales violaciones por parte del Estado.

Segunda.- Con lo que respecta a la Guarda y Custodia en la historia y en los diferentes orígenes, observamos que quedaba fuera de los gens, el derecho materno, siendo su esencia como atribución única al núcleo de los pater familias, siendo el que ejercerá en forma usual la guarda de los hijos y en la que la soberanía del padre y del abuelo paterno era considerado demasiado estricta, al grado de constituirse dueños absolutos de las personas e incluso en la concentración del patrimonio único de los hijos y esposos, ejerciendo los derechos de propietario. Observamos que con el tiempo esta se va haciendo menos estricta o rígida, ya que con la creación del bajo imperio y de un legislador que considerará que los hijos eran capaces de ejercer sus propios derechos aún en contra de la voluntad del padre, llegando a ser tan flexible que se castigaba los excesos cometidos por el padre en el ejercicio de su anterior omnímodo derecho, dándose los casos en los cuales el pater-familia era sancionado por dar muerte al hijo.

Tercera.- La patria potestad dio por origen a otras instituciones jurídicas semejantes a ella, como la Tutela y la Curatela que tenían por objeto ejercer potestad sobre sujetos no sometidos a ella, por razones de incapacidad, en razón de sexo, edad o deficiencias mentales siendo estas protectoras de los derechos de las personas que nacieran fuera del matrimonio legítimo o aunque nacidos dentro de la potestad paterna, era otorgada a un tutor, quien debería de proteger los bienes del pupilo y de su persona, y la curatela una figura supletoria de la patria potestad.

Cuarta.- Podemos decir que la patria potestad, es una institución necesaria que da cohesión al grupo familiar teniendo una relación paterno filial, donde la ley otorga el deber y obligación de proteger, educar y cuidar a los hijos, aún no existiendo el vínculo matrimonial como en el caso de concubinato, amasiato o unión libre, que impone desde luego un cargo a los padres y a la ineludible obligación de cuidarlos, educarlos y guiarlos por la vida adecuadamente y en la que se otorgará para ejercerla misma en primer orden a los padres y en caso de que estos no la ejerzan a los abuelos paternos y por último a los maternos.

Quinta.- La patria potestad se termina o se pierde por la muerte del que la ejerce, por la emancipación derivada del matrimonio y por cumplir la mayoría de edad y cuando es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho o es condenado a dos o más delitos graves; en los casos de divorcio, fijando la situación de los hijos y por la exposición de que los dejen abandonados por un período mayor de 6 meses. Se suspende por incapacidad declarada judicialmente, por ausencia declarada, por sentencia condenatoria que imponga como para la suspensión de la patria potestad.

Sexta.- El Derecho de Guarda y Custodia concede al titular el derecho o poder de dirección general sobre la persona del hijo que esta confiado a los padres cuya función es potestativa conferida en beneficio del menor. La guarda y custodia constituye las razones principales para el ordenamiento jurídico de la familia junto con el motivo y fin de la procreación, crianza y educación de los integrantes son esencialmente sociales y jurídicamente son el objeto del ente familiar.

Séptima.- Por lo tanto la Ley otorga la Guarda y Custodia provisional de los menores, que como ya hemos comentado anteriormente la guarda y custodia es una institución creada bajo el molde con el que fue creada la figura de la patria potestad; por consiguiente se rige por las mismas reglas en cuanto a personas se refiere, que recae sobre el padre, madre, abuelos paternos y finalmente a los abuelos maternos o por la persona o institución que para el efecto designe la autoridad competente (Juez Familiar).

Sin embargo los casos en que se otorga la guarda y custodia provisional o el ejercicio de la patria potestad, en el derecho nacen y se derivan de la ruptura o de la separación del vínculo matrimonial, aunque no necesariamente tenga que existir una unión legal (matrimonio) para que uno de los 2 padres solicite el cuidado y guarda del hijo, en los casos de separación de los cónyuges, concubinos, unión libre, abandono del menor por sus padres o en la adopción, etc., el Juez tomará y determinará tal acción según las circunstancias que nazcan y que sean en beneficio del menor para determinar quien ejercerá tal acción.

Octava.- En los casos de separación de los padres o que los cónyuges decidan divorciarse y no vivan juntos dentro del seno familiar, deberán ambas partes concurrir ante el Juez de lo Familiar, a solicitar la disolución de ese vínculo, así como la solicitud del ejercicio de la patria potestad, ejercicio del que tiene derechos ambos, aunque no vivan con el menor; y el solicitar la guarda y custodia, dicha autoridad previo estudio determinará según las pruebas aportadas y elementos que originaron a tal procedimiento a cual de ellos se le otorgará la guarda y custodia de dichos menores, o en todos caso que los padres previo convenio que aporten decidan quien desempeñará la custodia del hijo y de esa forma no perjudiquen la figura del menor, ya que no hará disputa por él ni se actuará dolosamente el uno sobre el otro. En nuestro estudio encontramos que dentro de los efectos que se llevan a cabo en las demás uniones no legales como lo es el concubinato, unión libre, amaciato, etc., y que se lleguen a procrear hijos, y que además exista un reconocimiento legal, cambia tal relación ya que entonces concluimos se estará al igual que el matrimonio, en las mismas condiciones y derechos para sufragar y brindar todo lo referente al cuidado del menor, así como el de solicitar la patria potestad, custodia o guarda de los hijos nacidos.

Novena.- Con la sentencia de Divorcio, cualquier tipo de divorcio que fuere voluntario o necesario, el Juez fijará en la sentencia la situación de los hijos gozando la autoridad de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones de los hijos inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión y limitación, según sea el caso, y en especial a la custodia del hijo debiendo de obtener los elementos del juicio necesario para ello, en las que el Juez observará las normas del presente Código para los fines de llamar al

ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho o en su caso designarlo al ejercicio de la guarda y custodia provisional.

Décima.- Concluyendo de esta forma que nuestra ley objetiva del derecho dentro del procedimiento que para conceder la Guarda y Custodia es conveniente se determine un plazo en el cual se le deje en total desconocimiento de la acción al demandado, y no se limite el término que se concede a tal acción para que el mismo pueda argumentar su acción en relación al procedimiento seguido en su contra que de esto mismo se motive a que pueda notificársele del procedimiento y no se deje en estado de indefensión a cualquiera de las partes. Así mismo se deje un término para que aquel que no tenga conocimiento del procedimiento pueda determinar con pruebas la verdad de los hechos y la situación del por que no radica en el lugar del procedimiento y a su vez se integre debidamente dicho procedimiento en sus respectivas etapas.

BIBLIOGRAFIA

Baqueiro Rojas Edgar Derecho de familia y Sucesiones, Editorial Harla, México 1990

Bosso B. Eduardo. Código Civil Anotado, Tomo II Familia Editorial Ediar, Buenos Aires 1958.

Bosset Gustavo. Manual de Derecho de Familia, Editorial Astrea. Segunda Edición Buenos Aires 1989.

Bonnecase Julian. La Filosofía del Código de Napoleón Aplicado al derecho de Familia, Traducc., Lic. José María Cajiga Jr. Editorial Cajiga. Puebla 1945.

Chávez Ascencio Manuel. La Familia en el Derecho, Editorial Porrúa. México 1984.

Costan Vázquez José María. La Patria Potestad, Revista de Derecho Privado Madrid 1960.

De Casso Ignacio, Cervera Francisco y Jiménez Alfaro. Diccionario de Derecho Privado, Editorial Labor, Talleres Gráficos Iberoamericanos. Barcelona 1950.

De Luna Isabel. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho. Universidad de Montevideo 1953.

De Pina Vara Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Volumen I. Editorial Porrúa 1968.

Engels Federico. El Origen de la Familia, la Propiedad y el Estado, Editorial Progreso. Europa, 1979

Escruche Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Tomo II. Madrid, 1973. Cárdenas Editor 1a. Edición México 1979.

Ennceros L. Kipp T y Wolf M. Tratado de Derecho Civil. Tomo IV. Derecho de Familia, Traducc. Pérez González y Castán Toveñas. Buenos Aires 1948.

Fernández de León Gonzalo. Diccionario Jurídico. Tomo II. Ediciones Contabilidad Moderna. Buenos Aires, 1972.

Floris Margadant S. Guillermo. El Derecho Privado Romano. Decimo Octava Edición, Editorial Esfinge, Naucalpan Edo de México, 1992.

Fundación Moro Tomás. Diccionario Jurídico, Editorial Espasa. Madrid 1991.

García Cantero Gabriel. La Familia en el Derecho Relaciones Jurídicas Conyugales, Editorial Porrúa. México 1985.

Galindo Gurtías. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano P-Z, Editorial Porrúa, S.A. Universidad Autónoma de México. Sexta Edición. México 1993.

Guitrón Fuente Villa Julian. Derecho Familiar, Segunda Edición 1988, Universidad Autónoma de Chiapas. U.N.A.CH.

Josserand Luis. Derecho Civil. La Familia, Ediciones Jurídicas Europa. Volumen II, América 1950.

León Henry y Mazeaud Jean. Derecho Civil, Traducc. Luis Alcalá Zamora y Castillo Volumen IV.

Mateos Muñoz Agustín. Etimologías Grecolatinas del Español, Editorial Esfinge Vigésima Segunda Edición. México 1985.

Montero Dehualt Sara. Derecho de Familia, Edición Porrúa. Quinta Edición México 1992.

Orgaz Alfredo. Personas Individuales. Editorial Buenos Aires 1946.

Obregón Toribio Ezequiel. Apuntes para la Historia del Derecho de México, Editorial Polis. México 1937.

Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo Y. Introducción, Personas y Familia. Octava Edición. Editorial Porrúa. México 1973.

Sánchez Cordero Dávila Jorge A. Introducción al Derecho Mexicano. Universidad Autónoma de México. U.N.A.M. México 1981.

Sánchez Medal Ramón. Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia en México., Editorial Porrúa. México 1979.

Zannon Masdeu Luis. La Separación Matrimonial de Hecho., Editorial Hispano Europea. Barcelona 1974.

LEGISLACIONES

**Código Civil para el Distrito Federal.
Editorial Porrúa, S.A.**

**Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal
Editorial Porrúa, S.A.**

**Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Editorial Porrúa, S.A.**