

173
2Ej



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO**

**Escuela Nacional de Estudios Profesionales
" A R A G O N "**

**"La Necesidad de un Exámen Psico-Socio-
Económico a los Progenitores Previo al
Otorgamiento de la Guarda y Custodia
de un Menor en el Distrito Federal"**

T E S I S
Que para Obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO
P r e s e n t a
SILVIANO GALINDO MORQUECHO

San Juan Aragón, Edo. de México

1996



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES

Porque Ustedes me dieron no solamente la vida
sino una formación humana y racional mas allá
de toda expectativa.

A REINALDITA

Gracias te doy abuela, porque tú fuiste
junto a mis padres, el pilar sobre el--
que cimenté la vida misma.

A MI ESPOSA

Te agradezco no solo el ser mi
compañera, sino también el ha-
ber compartido las buenas y --
las malas, aún en la realiza --
ción de este trabajo.

A MIS HERMANOS

Quienes siempre creyeron en mi y,
siguieron el camino por mi andado
confiando en las obras hechas.

A MIS PROFESORES

Los cuales me formaron intelectualmente y en algunos casos, como persona. Gracias por marcar su senda en mi senda.

A MI ASESORA

Licenciada **MARTHA ALICIA SALAZAR LOPEZ** por haber creído en mí y en las ilusiones de crear un México mejor. Su dirección no fué solo escolar, sino también ideológica y espiritual.

A MI HIJO GUSTAVO ALBERTO

Quien con sus sonrisas hizo más fácil la realización de esta tesis profesional.

A LA ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES " ARAGON "

No solo por ser mi alma mater, sino que fué, es y será, el hogar de mis ilusiones, mis logros y mis esperanzas.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Porque me brindó la oportunidad de pertenecer a la generación del cambio, por haberme recibido como adolescente y haberme formado como **HOMBRE**

Es tu deber si caes, no obstante la caída,
tu ideal y tu anhelo mantener siempre erizados;
y no buscar la excusa, ni encontrar la disculpa:
los héroes hijo mio, nunca esgrimen pretextos.

ELIAS M. ZACARIAS.

INTRODUCCION

La realización del ser humano abarca múltiples aspectos, de entre los cuales, destaca por su naturaleza, el cuidado y la guía de que es objeto a partir de su más tierna edad, el ser humano.

Desde este punto de vista, el desempeño de una eficiente **E D U C A C I O N**, permite al individuo desarrollarse armónicamente dentro de su contexto social, adaptándose a su realidad circundante, a su entorno comunitario.

De ahí que el presente trabajo vaya encaminado a estudiar el fenómeno de la guarda y custodia, sus antecedentes, sus -- conceptos fundamentales, así como la legislación que regula dicha figura jurídica, todo ello orientado a proponer la obligatoriedad oficiosa, de un estudio que permita al legislador el conocimiento real del progenitor, previamente a otorgarle la guarda y custodia de un menor en el Distrito Federal.

Así pues, este trabajo estudia lo anteriormente plasmado, principalmente porque es importante ser consciente de que, si la grandeza de una nación, principia por la grandeza de sus hombres, ello debe de comenzar con la enseñanza y cuidado ideales para poder formar a esos grandes hombres.

En efecto, no solamente en el pasado se ha tenido una preocupación por la formación y cuidado de los hijos. Ya desde la antigüedad, los habitantes de este país encontraban adecuado que los hijos fueran cuidados y guiados, en principio por la madre y posteriormente, por el padre, aunque, con la evolución del pensamiento humano, este concepto de cuidado, se ha vuelto implícito--

para concebir la dualidad de los padres, en el cuidado de los hijos. dado que de acuerdo a los especialistas en desarrollo infantil, la convergencia de dos complementos, como lo son el hombre a la mujer y visceversa, influyen notoriamente en la formación más adecuada del menor.

Asimismo, existen diversas regulaciones que en su tiempo dieron preferencias a los hombres ó a las mujeres, para tener bajo su cuidado y protección a los menores de edad, sin embargo,-- dichas legislaciones se han ido reformando, hasta el compendio de leyes en materia familiar que se contiene en nuestro actual Código Civil.

Además se contempla en este trabajo, el hecho de que no solamente existe una preocupación del Estado, porque los progenitores cuiden y guarden a los hijos, sino que, en ocasiones, el propio Estado asume dichas funciones, cuando ni los progenitores, ni los parientes que la propia ley precisa, pueden ejercer dicha guarda y custodia, o no son aptos para tal fin.

Concluyendo, es necesario que para tener una niñez adecuada a las aspiraciones de grandeza del país, impera a esto que se haga obligatorio, para los encargados de otorgar y dar custodias legalmente (los juzgadores), el cerciorarse previamente, de la capacidad e idoneidad de los propios progenitores, para poder entregar a los menores que así lo requieran, mediante exámenes como el que se propone en esta Tesis.

Vaya pues, mi más atento reconocimiento a las personas que se preocupan conscientemente, para tener una mejor juventud y un mejor futuro, para este país.

San Juan de Aragón. Enero de 1996.

SILVIANO GALINDO MORQUECHO

**LA GUARDA Y CUSTODIA COMO FIGURA JURIDICA EN LA HISTORIA
DE MEXICO**

CAPITULO I

"La necesidad de un exámen psico-socio-económico a los progenitores, previo al otorgamiento de la guarda y custodia de un menor en el Distrito Federal."

CAPITULO I

A. LA GUARDA Y CUSTODIA COMO FIGURA JURIDICA EN LA HISTORIA DE MEXICO.

1.- La guarda y custodia en la época prehispánica.

Es común señalar que el régimen jurídico de los países de Occidente se ha nutrido de la herencia de las grandes culturas humanas, como por ejemplo; la cultura Romana, la cultura Griega, la cultura mesopotámica, la cultura caldea, la babilónica, etcétera, las cuales han vertido su tradición jurídica, eminentemente oral por principio, en codificaciones que han preservado dicha esencia jurídica, a lo largo de milenios de progreso humano. Esto mismo es la base de los modernos sistemas jurídicos de gran parte del mundo civilizado.

En el caso de los Estados Unidos Mexicanos, dichos antecedentes históricos, aunque devienen de la rica tradición jurídico-legislativa occidental - principalmente europea-, se halla influenciada íntimamente a la tradición jurídica y no menos importante de las culturas autóctonas prehispánicas.

Así, aunque el régimen jurídico de los pueblos de la época precolombina es, a decir de variados autores, como es el caso de don Manuel Chávez Ascencio, poco desarrollado, existen ya nociones de las relaciones contractuales de los individuos con el Estado y, de los individuos entre sí.

En efecto, la diversidad cultural de los pueblos que ha

bitaron el territorio de la actual República Mexicana, previamente a la llegada de los europeos, nos habla de tradiciones legislativas de tipo oral, en las cuales la familia jugaba un importante papel en la conformación de la sociedad precortesiana. Así por -- ejemplo tenemos a pueblos tales como los Olmecas, Zapotecas, y -- Mixtecos, en los cuales la concepción de la unidad familiar es -- vista desde un universo distinto a las concepciones europeas. En efecto, el hombre precolombino considera a la familia, como expresión primígena del devenir social, es decir, que la familia es la base de la organización tribal que posteriormente se transformará en los estados más evolucionados del México antiguo, tales como los aztecas-mexicas y los mayas-quichés.

Es así como la familia, dentro de los distintos pueblos precortesianos, contiene la expresión preminentemente matriarcal, de la forma de vida de los mismos. La seguridad en principio, así como la dirección de la evolución y desarrollo de dichos pueblos -- obedece a la figura materna como guía, como base de la unidad familiar primitiva, en la cual no se aprecian características definidas de obligaciones contractuales y, que sin embargo, sí contienen la semilla de las futuras sociedades, que asombraron y siguen asombrando al mundo entero, por su organización política-social, -- así como por su legislación escueta, pero que toca la llaga de -- los problemas sociales y los resuelve.

Es de sobra decir que, entre los pueblos ya desarrollados que habitaron nuestro país antes de la llegada de los colonizadores, existía una enorme variedad de costumbres y usos cotidianos, inherentes a cada pueblo e inclusive, a cada región de nues-

tro país. Esto mismo se aplica a las costumbres familiares y principios básicos del matrimonio, los cuales necesariamente inciden en la vida familiar prehispánica.

La poligamia era considerada como el privilegio de los poderosos; esto es aplicable en primer término a los dirigentes del pueblo: los reyes y gente ilustre, seguidos de la gente común o los plebeyos. Los tiempos y las épocas varían en cada pueblo,-- sin variar en cambio, la usanza antes descrita.

Al paso de los años y conforme se estructura ya un Estado, con las características que hoy conocemos, a partir de las antiguas estructuras tribales, el papel de la mujer va decreciendo y en su lugar, el hombre y sus deidades toman el mando de la sociedad prehispánica.

Así, vemos como la Cuatlique es sustituida por Quetzalcoatl - Texcaltipotla entre los aztecas-, la Xtabay es dejada de lado por Cuculcan y otras deidades enteramente masculinas, lo que por consiguiente implica que las relaciones de familia y la guarda y custodia de sus miembros, cambia de la figura materna a la figura paterna. La poligamia, así, es símbolo de poder y ya no me ro símbolo de sobrevivencia; el polígamo tiene a las mujeres que puede mantener y procrea hijos, quienes sin embargo, no son consi derados legítimos por igual, ya que este privilegio corresponde primordialmente a los hijos engendrados con la primera mujer, aun que todos, si están sujetos a la patria potestad del padre ⁽¹⁾, ad miniculándose la guarda y la custodia de los mismos a esta figura

(1) Chavero Alfredo, "México a través de los siglos", tomo tercero - página 70, editorial cultural "Televisa", México, 1986

la cual sin embargo recae sobre la madre, quien pese a no ser la cabeza de familia, sí tiene como obligación el cuidar a los hijos hasta el momento en que se encuentran listos para ingresar al Calpulli ó al Calmecac, instituciones que solo son eminentemente aztecas, pueblo al que tomo desde ahora como base del desarrollo de este punto, por ser uno de los más desarrollados de la época en la cual nos hemos situado.

El Estado tomó bajo su responsabilidad la educación y la guarda y custodia de los infantes, para asegurar un mejor desarrollo de los mismos, llegando a sustituir incluso al patriarcado. No es asunto ahora eminentemente de familia, sino de Estado la educación y dirección de los jóvenes, ya que su guarda y custodia se encamina a la grandeza del propio Estado, así como a una visión de unidad extrafamiliar.

En tiempos de Netzahualcōyotl, las instituciones y el derecho evolucionaron grandemente, aumentando sus fórmulas y la concepción de las estructuras sociales.

La organización judicial azteca, desde el punto de vista histórico, se componía de dos jueces por cada Calpulli ó barrio, quienes impartían justicia y en el caso del tema que nos ocupa, decidían sobre quién debería de conservar la custodia de los menores de edad, cuando surgían diferencias entre los progenitores. A este respecto, no es propio señalar una dualidad de juzgadores para resolver estas controversias, sino que para evitar confusiones diré que la judicatura, se hallaba encomendada a un primer juez que recibía el nombre de Tlayacanqui y de un segundo juez ó ejecutor denominado Tequitlatoa, quienes en conjunto analizaban en la plaza del pueblo, los problemas surgidos entre los --

cónyuges y en juicio oral, en el cual no se acostumbraba litigar-- ni discutir la falsedad, sino por el contrario, previamente se -- ofrecían pruebas testimoniales y jeroglíficas, así como juramen-- tos por parte de los contendientes, quienes finalmente aceptaban-- su culpabilidad ó inocencia, en base al Código de honor existente entre estos pueblos; producido esto, se procedía por parte del -- Tequitlatoa a entregar en custodia al menor ó menores, a los vence-- dores ó vencedor del juicio en primera instancia, haciendole ju-- rar su compromiso " por educarlo y conducirlo con probidad y ver-- dad en el sendero de la vida " (2), a partir del momento de la en-- trega del mismo por parte del ejecutor.

Conforme a lo descrito no fué común en el centro de - mando del pueblo mexica-azteca, sino limitado solamente a los Cal-- pullis periféricos y, así que para la Ciudad propiamente dicha - de México-Tenochtitlan, existían verdaderos **Trá-- bunales Colegia-- dos**, compuestos por cuatro miembros ó jueces, conocidos como: Te-- coyahuacatl, Ezhuahucátl, Acayacapanécatl y el Tequixquinahua--- cátl, quienes juzgaban problemas familiares (Civiles) y penales, - bajo un mismo procedimiento, cuya duración establecida oralmente-- no podía exceder de ochenta días naturales (3).

Asimismo, entre los aztecas, los hijos eran conocidos-- bajo el nombre genérico de Tepilzin ó Tetelpuch y al igual que -- los Tepilhuan ó hijas, vivían sujetos de la patria potestad del-- -----

(2) Chavero, Alfredo, ob. cit., pág. 70

(3) idem, pág. 73

padre, hasta la edad de veinte años, a la que una vez cumplida, generalmente alcanzaban su mayoría de edad y, consecuente emancipación, sea mediante matrimonio, ó mediante la salida del hogar paterno.

Todo ello no era fortuito, sino por el contrario, la familia natural y propia de la tribu, no se regía al libre arbitrio de sus impulsos naturales, inherentes a su basificación, sino por la familia legal, base de la sociedad organizada, que tiene su punto de partida en el matrimonio, del cual he referido con antelación, su carácter poligámico, muy a la manera de los mexicanos-aztecas.

Es por ello, que la guarda y custodia de los hijos, es siempre ejercida por el padre - Tatli ó nantli -, quien tiene libre disposición de educar a los hijos y dedicarlos al oficio del cual dimana la organización de cada Calpulli; claro está, bajo los principios de honradez y probidad exigidos por la organización cultural de este pueblo, llegando incluso a tener una similitud equiparable a la organización de pueblos tales como Roma ó las Ciudades Estado griegas, de poder vender a sus hijos, pero ello solo con el consentimiento de los jueces del pueblo.

Esto se realizaba cuando el hijo vendido era incorregible, debiéndose llevar a cabo la operación respectiva, "mediante la asistencia de cuatro jueces de parte del comprador y cuatro jueces de parte del vendedor"⁽⁴⁾

 (4) A. Zavala, Silvio, " Las instituciones jurídicas en la conquista de América", segunda edición, Editorial Porrúa Hermanos, S.A., México, 1971.

Es importante resaltar que el divorcio era consentido, más no autorizado, aunque se han encontrado estelas en las que se plasman mediante pinturas, procesos típicos de divorcio, en los cuales no es tan interesante el divorcio en sí mismo, sino la forma de conservar la guarda y custodia de los menores habidos en matrimonio, la cual indudablemente quedaba a cargo del padre, por cuanto a los varones se refiere, mientras que las mujeres debían - quedar bajo la custodia de la madre, independientemente del resultado del proceso judicial.

Finalmente, es de hacerse notar el hecho de que la guarda y custodia de los menores de edad, siendo nacidos en matrimonio ó fuera de este, se otorgaba sin mediar valoración alguna, por parte de los órganos jurisdiccionales, habida cuenta del interés del Estado Mexicano, por la educación de los niños, acorde al sexo de cada uno y en función de la estructura del propio pueblo Azteca.

Esto es, que no existían requisitos formalmente dicho, para otorgar la guarda y custodia de los menores de edad, en este pueblo específicamente, sino que al ser el Estado quien concedía la educación, en función de la búsqueda continua para su grandeza la custodia dependía en gran medida del sexo del menor, para poder asignarle tareas apropiadas a su condición, género y casta social.

2.- La guarda y custodia en la época colonial.

Durante esta época, el matrimonio a más de las disposiciones del Derecho Canónico y la Legislación de Castilla, se regía por disposiciones específicas y particulares en el territorio entonces conocido como " Las Indias" ó " La Nueva España", dadas-

las condiciones que a continuación especificaré:

Las reglas del Derecho Civil acerca del matrimonio - y por ende de la guarda y custodia-, se encontraba contenidas en la pragmática Sanción del veintitrés de marzo de mil setecientos-setenta y seis, que recogió los diversos preceptos que la experiencia había dictado. Según ella, aquí como en España, los menores de veinticinco años de edad, necesitaban para contraer matrimonio, previa autorización del padre ó en su defecto, de la madre de los abuelos, o de los parientes más cercanos, y careciéndose de todos ellos, el consentimiento debía de darse por parte de los tutores, siendo en este caso necesario, el obtener la aprobación-judicial, exceptuándose en Indias, a los negros, mulatos y castas que no fueran oficiales de milicia y los indios que tuvieran alguna dificultad para solicitarla, en cuyo caso, deberían obtenerla de sus curas y doctrineros.

El matrimonio obtenido sin licencia, no producía efectos civiles, ni con relación a los cónyuges, ni en lo tocante a los hijos, no habiendo entre ellos, dote legítima, ni mayorazgos, ni otros derechos de familia.

En este mismo orden de ideas, es claro que solamente - el matrimonio civil, respaldado por el matrimonio canónico, podrían sustentar la autoridad del padre sobre los hijos, no así la de la madre, a quién se observa como una persona carente de mayor autoridad que el padre, pudiendo considerársele como una hija más.

Así, la patria potestad y por consecuencia, la guarda y custodia sobre los menores hijos, se ejerce prácticamente por el padre, quien hereda su poder al hijo mayor, por la institución del mayorazgo y el reconocimiento social de esta transmisión de-

poderío familiar, por conducto del matrimonio civil, debidamente " Santificado " por la institución del matrimonio religioso.

Todo lo anterior es precisamente aplicado a los hijos de españoles peninsulares, ó nacidos propiamente en España y que hubieran emigrado a las Indias (Nueva España), así como a los -- criollos de alta alcurnia y por exclusión, no se aplicaba lo mismo a los mestizos y demás castas, así como a los negros, quienes conformaban una clase social diferente y sin goce de privilegios sociales.

A decir verdad, el matrimonio en la época colonial y -- la guarda y custodia que se ejercieron durante el período histórico en estudio, se vieron afectados notablemente por el Cristianismo.

El Cristianismo influyó benéficamente en el matrimonio y en la familia; se afirma que el sacramento, lejos de disminuir la autoridad paterna, ya sea sobre los hijos ó sobre la mujer, la mejoró moralmente hablando, siendo el punto de partida de ello, la comparación del marido con Cristo, así como la mujer con la propia iglesia.

Se dió tanto poder al marido, que los mismos teólogos sostuvieron que la celebración del matrimonio adoptaba características, especialmente definidas, dado que al sacerdote se le -- consideraba solamente como un testigo de este acto, no como un Ministro; ya que este papel es asumido por el contrayente.

Todo lo anterior no es fortuito, por el contrario, halla su explicación en la interpolación muy " sacramental" del Derecho Canónico, con el Derecho Civil durante el Virreinato.

En efecto, durante la colonia es prevaleciente el dere

cho Canónico sobre el derecho Civil, sobre todo, tratándose de -- las cuestiones de familia.

" Asimismo, los Tribunales y la justicia, se hallaban sujetos a múltiples fueros, según la materia de la controversia ó las partes en litigio; sin embargo, todos los tribunales pronun-- ciaban sus resoluciones en nombre del Rey y, este podía interve-- nir en los procesos mediante instrucciones ad hoc, la justicia -- Virreinal estaba lejos de ser una justicia independiente." (5)

Baste decir a lo anterior, que efectivamente, el go--- bierno Virreinal procuró dirigir la vida de la Nueva España, con leyes adaptadas a la realidad propia de la colonia en cita; pero ello nunca se realizó en tal orden de ideas.

El orden de la prelación del derecho Castellano y sus fuentes, aplicados supletoriamente a los territorios de ultramar se encuentra en las Leyes de Indias, en el libro 2.21, mismo que se refiere a las Leyes del Toro (1505), estas leyes a su vez, se basan en el Ordenamiento de Alcalá de 1348, que se establece como orden; 1) Este ordenamiento de Alcalá y luego 2) Las Partidas, -- sin embargo, en caso de controversias surgidas en la Nueva España posteriormente a 1567, a pesar de este texto de las Leyes de In-- dias, es probable que antes de todo, se recurrió a la Nueva Reco-- pilación (1567) ó para controversias surgidas inclusive entre -- 1805 y 1821, se recurriera a la Novísima Recopilación.

 (5) Floris Margadant, Guillermo, " Introducción a la historia del Derecho Mexicano", UNAM, edit. Textos Universitarios, pág. 67, México, 1971.

Una primera fuente del Derecho Indiano, de donde derivan los conceptos y conocimientos fundamentales del tema en desarrollo, surge principalmente de la legislación Indiana. De esta fuente se derraman una inagotable cascada de Reales Cédulas, Provisiones, Instrucciones, Ordenanzas, Autos Acordados, Pragmáticas Reglamentos, Decretos, Cartas, etcétera.

De lo antes anotado, es de relevante importancia el señalar que, en todos los casos de la legislación mencionada, se toca muy someramente el concepto de guarda y custodia de los menores, tanto de los nacidos en matrimonio, como los nacidos fuera del mismo. Esto es cierto, la legislación Indiana de la época colonial, basamenta su existencia obviamente en relaciones más de Derecho Público, que en relaciones nacidas a partir del Derecho Privado, del cual inclusive, traspasa sus fronteras, ya que muchas de las instituciones de derecho Privado, se ven invadidas ó íntimamente relacionadas con el Derecho Público y, como ejemplo de lo anterior, encontramos una reminiscencia de lo antes anotado en nuestro derecho actual, como lo constituyen las sucesiones legítimas ó testamentarias, en las cuales, pese al carácter privado de la transmisión del patrimonio de una persona a otra, dado el fallecimiento de una de ellas, el derecho estatuye lineamientos de orden público, como la intervención del Ministerio Público en la tramitación de este procedimiento judicial antes mencionado.

Sencillamente y, volviendo al tema que nos ocupa, en la multitud de fuentes de este Derecho se percibe claramente el carácter mercantil y administrativo inherente a la administración de la vida colonial, de la que los problemas familiares, sólo encuentran somero análisis por parte de los juristas, no así por --

parte de los religiosos, en relación a la Nueva España, dado el carácter definitivo de la Ley de Dios sobre la Ley del Hombre.

En relación a nuestro tema, directamente encontramos la prohibición a los habitantes de la Colonia, respecto a mezclarse entre sí, so pena de perder los privilegios que la legislación española otorgaba a los súbditos residentes de las Indias, o Nueva España. Estos privilegios incluían desde luego, el mayorazgo como fin último de la familia, que subordinaba a todo padre de familia, lo relacionado con la misma, incluyendo desde luego, la guarda y custodia de los hijos, la cual en primerísimo lugar, se otorga al padre, aunque ello involucre de facto, el cuidado de los mismos por parte de la madre, difiriendo solamente las funciones, sobre todo sociales de los cónyuges, respecto de los hijos; es decir, que si bien es cierto que la madre educa a los hijos, ello se reconoce de hecho y de derecho al padre, quien legal y "Católicamente", debe mantener bajo su guarda y custodia a los hijos, en especial al mayor, quien hereda este tipo de manus injección, que perdura hasta mediados del siglo XVIII después de Cristo.

Lo antes anotado, constituye básicamente el tratamiento otorgado a las figuras jurídicas que tratamos en esta tesis, pero ello no quedaría completo, sin mencionar que el derecho de Familia en la época Colonial, se regulaba profusamente por medio del Derecho Canónico, así la Real Cédula del doce de Diciembre de mil quinientos sesenta y cuatro, declara que los cánones del Concilio de Trento, son "Lex del Reyno", siendo por ende, castellanizados los cánones de la Ley Religiosa, lo cual trajo irrefutables beneficios en lo relacionado a la familia Novohispánica y en mayor grado, referente a nuestro tema, acarreó una legislación -

más suave y flexible, que permitía la licencia del padre únicamente, para la realización de matrimonios, así como un especial control de Cabildo sobre la Tutela, entendiéndose ello como el más eficaz ejercicio de la patria potestad y la consecuente guarda y custodia sobre los menores, ya no solamente por parte del padre, sino de sus parientes consanguíneos en línea ascendente, en primer término y los colaterales, hasta el cuarto grado con posterioridad⁽⁶⁾.

(6) Floris Margadant, Guillermo, ob .cit., pág. 127

3.- Época independiente: 1810 a 1870.

Durante esta época, los constantes cambios estructurales que se vieron en la naciente Nación Mexicana, cuando se abandonó la protección y dirección de la " Madre Patria" y se enarbolan -- los estandartes de la autodeterminación de un pueblo mistificado, con múltiples carencias, así como múltiples riquezas culturales y legislativas, es un período oscuro, que precisamente por el caos creado en la lucha independentista, obliga a los nuevos dirigentes del naciente país, a aplicar las leyes y la legislación emanada de trescientos años de dominio español, resultado a su vez, de la tradición romano-germánica y la transculturización de la legislación indígena.

Son, en realidad, pocos los cambios habidos en cuanto al derecho de familia, dentro del período histórico a que he hecho referencia, ya que específicamente, no existió un Código Civil para el Distrito Federal, ó Ciudad de México.

Sin embargo, merece especial mención, el documento emanado de la lucha de Independencia y, atribuido a don José María Morelos y Pavón, denominado " Los sentimientos de la Nación", dentro de los cuales se ve al individuo, como un ser libre, siendo de relevancia, el hecho de que si bien es cierto, se abolió la esclavitud del hombre por el hombre, la que dimanaba de la religión no se tocó, por lo que la guarda y custodia, tema que me ocupa en esta tesis, permaneció durante sesenta años, idénticamente a su concepción colonial (7).

(7) Morelos y Pavón, José María, " Los sentimientos de la Nación", edit.

4.- Período de 1884 a 1870

En este periodo histórico, se presentan notables modificaciones a la vida jurídica del país, ya independiente del yugo colonial impuesto por España. En efecto, las viejas usanzas, como las Leyes de Castilla y, las leyes de las Indias, son rebasadas por una conceptualización Nacional, reflejada en la publicación el día trece de diciembre del año de mil ochocientos setenta, del Código Civil ahora conocido como Código Civil de mil ochocientos-setenta, mediante el decreto número seis mil ochocientos cincuenta y cinco, emitido por el entonces presidente de la República -- Licenciado Benito Juárez García quién indicó con ello, un revitalizado impulso a la historia jurídica Nacional, derogando todas las legislaciones anteriores a dicho Código.

La Legislación en comento, se halla apegada mayormente, a la profusión de ideas del Código Napoleónico.

Es por ello claro, que las definiciones e instituciones usadas en el contenido del Código Civil de 1870, son de extremo-avanzadas, pero netamente europeas, fuera del contexto Nacional, aunque no por ello, menos útiles para la vida de los individuos que poblaban en ese entonces, el territorio de la joven República Mexicana.

Un claro ejemplo de lo anterior, es la definición del matrimonio por parte de dicho Código, contenida en el artículo -- ciento cincuenta y seis, el cual describe al matrimonio como: "la unión legítima de un solo hombre con una sola mujer que se unen con un vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el paso de la vida", lo que significa no solamente la con-

tinuación de la especie, sino, la imposibilidad de disolver el -- vínculo que origina esto mismo, para beneficio de la Sociedad⁽⁸⁾.

De lo anterior, se puede coludir que en principio, infiriendo a nuestro tema de estudio, la definición antes planteada y encontramos que solamente el hombre y la mujer legalmente casados pueden contraer las obligaciones y disputar los derechos que intrínsecamente surgen del matrimonio y que uno de ellos, lo constituye el ejercicio irrestricto de la guarda y custodia de los menores habidos en matrimonio.

El artículo ciento sesenta y uno de la Codificación ya citada, prevenía que el matrimonio debe celebrarse ante los -- funcionarios que establece la ley y con todas las formalidades -- por ella exigidas. " Dentro del capítulo de Derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, el artículo ciento noventa y ocho -- previene que los cónyuges están obligados a guardar fidelidad, a contribuir cada uno por su parte a los objetos del matrimonio y -- socorrerse mutuamente (9) .

En el Código Civil de 1870, se denota claramente, un predominio del hombre sobre la mujer, del marido sobre la esposa, ya que ello se encuentra robustecido por lo contenido en el artículo ciento noventa y nueve, el cual establece que la mujer debe vivir con su marido, en el domicilio de éste, y el domicilio de la mujer casada, si ella no se halla legalmente separada, debe ser el de este último.

 (8) Código Civil de 1870, para el Distrito Federal y territorios Federales, pág. 56, editorial Lex, México, 1883.(Comentado)

(9) Idem, pág. 57.

mente elevar su status social, a la condición de esclava sirviendo en tiempos añejos, para satisfacer única y exclusivamente los brutales placeres del hombre, existiendo un dejo de la figura jurídica en estudio.

Propiamente, se considera en el Código de mil ochocientos setenta, que no es justo extender la manifiesta "inferioridad" de la mujer, más allá de las materias que exigen conocimientos especiales, siendo por ello necesario reconocer, que en materia doméstica, la mujer tiene tanta o más inteligencia que el hombre y para el fin del cuidado de los hijos, es tanto más eficaz, por cuanto más grande es el sentimiento de amor hacia vástagos, siendo injusto por ende, el negarle el derecho más sagrado de la condición humana, como lo es el cuidado y la guarda de los hijos.

Así pues, se otorga a la mujer, el derecho de cuidar y guardar a los hijos, en obvio ejercicio de la patria potestad, pero, no hay que perder de vista, el hecho de que se otorga varón, en su calidad de progenitor, la preferencia sobre la mujer para el ejercicio de este derecho, siendo procedente para la ley el retirar del ejercicio de la patria potestad al varón, en los casos que prevee su suspensión o término la propia legislación, como en el caso de la mayoría de edad que alcance el menor, a los veintiún años, o para el caso de que por medio de sentencia judicial debidamente ejecutoriada, se declare la pérdida de dicho derecho al varón progenitor.

No es ocioso el señalar que, preferentemente se tiende a otorgar la patria potestad y como consecuencia, el ejercicio de la guarda y custodia, al varón, en virtud de que ello contiene

la vida legal de México. En esta época, se considera como fundamental el ejercicio de la patria potestad por parte del marido - pero diferenciando que la guarda y custodia de los menores de diez años y de las mujeres, debía ser ejercida sine dubio - por la mujer, para el caso de la existencia del matrimonio y para el caso de los hijos nacidos fuera de matrimonio, se prevenía que solamente a petición del padre, éste podía ejercer la guarda y custodia de los mismos menores, siendo por consecuencia lógica y jurídica, el que la mujer ejerciera en el resto de los casos dichas atribuciones.

Hemos de analizar respecto de la etapa en que nos hallamos situados dentro de este estudio, la fuente de la cual de vienen la guarda y custodia como las conocemos en la época actual es decir, la patria potestad.

En el Código de referencia se trató de conservar en bien de la sociedad, las relaciones entre padres e hijos.

Siendo precisos, en el mismo Código en cita, se toma para la exposición de motivos que le sustenta, la referencia del Código de las partidas y posteriores de España, siguiendo literalmente los principios de las leyes romanas, las cuales quitaron a la madre, la patria potestad que el fuero juzgo le concedía, pero a decir verdad, en este caso, si se le reconoce a la madre la capacidad para ejercer la patria potestad, habida cuenta que en la época de la cual se desprende esta codificación, la mujer había avanzado notablemente en todos los aspectos de la vida y tenían un gran desarrollo en la vida social.

La mujer anteriormente llevaba una vida triste, ya que en alguna época se le consideró como una cosa, para posterior -

Igualmente, el artículo treinta y dos del Código Civil de mérito previene: " El marido debe proteger a la mujer; ésta debe obedecer a aquel, así en lo doméstico, como en la educación de los hijos y en la administración de los bienes. ", siendo inferible el grado de ingerencia del marido sobre los hijos. Otro ejemplo de lo anterior, lo constituye el artículo doscientos veintiuno de la misma legislación, el cual reza: " La mujer está obligada a seguir a su marido si este lo exige, donde quiera que establezca su residencia, salvo pacto en contrario, celebrado en las capitulaciones matrimoniales." (10)

Es notable el señalar, antes de analizar la guarda y custodia que se contenía en la codificación de mérito, como clasificaba la misma a los hijos, es decir que a los mismos daba el carácter de legítimos y nacidos fuera del matrimonio, agregando una subclasificación a estos últimos la cual no era otra, sino -- contemplarlos como hijos espúrios y naturales " Ex nefario mandato coitu",⁽¹¹⁾ o sea, que los hijos espúrios son considerados adulterinos , mientras que los hijos naturales son considerados como incestuosos principalmente, siendo todo ello, necesario para concederles diversos grados de derechos hereditarios, para heredar. -- principalmente en relación directa a la categoría a la que pertenecían/ Artículos 383, 3460 a 3496 del Código Civil de 1870), --- siendo por ello una clasificación estricta y moralista.

Llegamos así a la forma de otorgar la guarda y la custodia por parte del legislador en esta etapa jurídica, propia de

(10) Código Civil de 1870, para el Distrito Federal. (Comentado)

(11) Iden.

valores materiales implícitos, como en el caso de los bienes de los menores.

Cierto es que, en la época donde se ha situado el génesis de la codificación analizada, el marido tiende a defender el patrimonio de la familia por entero, así como a su correcta administración, de lo cual comprendemos que los bienes de los menores de cuya guarda y custodia mantenía el varón, debían ser administrados por el propio marido y para el caso de que se debiera de dejar la administración de los referidos bienes a la mujer, el marido le podía nombrar uno o más consultores, que cuidaran el cabal cumplimiento en la administración de los bienes, -- por lo que ello condujo a una aberración de la cual se da cuenta en la exposición de motivos del Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, de mil ochocientos setenta, que literalmente señala " Si la madre tiene obligación de seguir el dictámen del consultor, la patria potestad es un derecho ilusorio y vale más no darlo, que poner en ridículo su ejercicio..." (12)

Con lo que se infiere claramente lo importante que es para el cónyuge, tener la guarda y custodia sobre los menores, no sólo por cuidarlos y protegerlos, sino para poder administrar sus heredades, siendo ello muy criticable en la actualidad, no así en dicha época.

Para finalizar, hemos de analizar el hecho de que en la codificación en cuestión, el matrimonio se hallaba sujeto, por

(12) Código Civil de 1870, para el Distrito Federal: (Comentado)

cuanto a su disolución, es decir, al divorcio, el hecho de que se definía a esta figura jurídica como la cesación del vínculo matrimonial, no así su terminación ó disolución, apoyado en el hecho - ya tratado en este trabajo, de que la influencia canónica plasma su huella en la vida laica. Asimismo, lo anterior obedece a que - la guarda y custodia solo podría ser otorgada al marido, en la mayoría de los casos, puesto que se conservaba la esperanza de la - reconciliación matrimonial, para el sano desarrollo de sus integrantes, dentro de los cuales, sin duda alguna, sobresalen los menores; verbigracia de modelo social y estructura colectiva de la época, amén de que es el varón quién mayor reconocimiento por --- cuanto a ciencia y entendimiento disfrutaba.

Es pues, básicamente la legislación imperante desde el año de mil ochocientos setenta y hasta su derogación en el año de mil ochocientos ochenta y cuatro, un conjunto de disposiciones -- por demás imprecisas por cuanto a las figuras jurídicas en estudio, caracterizada en resumen, por su ambivalencia teológico-jurídica que otorga preferentemente la guarda y custodia de los menores, aún para el caso del divorcio (ó mejor dicho su equivalente) contemplado por dicha legislación al varón-marido-cónyuge, quién es la figura central de la sociedad contemporánea, no siendo óbice de ello, el que la mujer pueda disfrutar del gozo de dicho derecho, más siempre bajo la tutela de la figura masculina y básicamente, sin que en la codificación citada, se tomen parámetros válidos para otorgar, en una forma más lógica y consciente, la -- guarda y custodia, al progenitor más idóneo.

jo la patria potestad de los progenitores- usualmente-, salvo que dicho derecho hubiere sido suspendido, terminado ó retirado a los mismos, por parte de la autoridad competente.

Sin embargo, es peyorativo el indicar que en principio el ejercicio de la guarda y custodia, es analógicamente preconizado por el ordenamiento legal en estudio, al contemplar que la mujer debe obtener permiso del marido, para comparecer en juicio y ello sea por sí ó por procurador(Artículo ciento noventa y siete) así como para adquirir por título oneroso ó lucrativo, bienes ú obligarse, excepto en casos especificados por la ley (Artículo--ciento noventa y ocho y ciento noventa y nueve del mismo ordenamiento).

Después de puntualizar lo anteriormente escrito, encontramos de nueva cuenta, la figura de la guarda y custodia, aunque contemplada indirectamente y que puede desprenderse de su existencia, por mera inferencia, como es el caso del artículo doscientos siete del código en cuestión, que reza a la letra:

" Artículo 207.- Los padres están obligados a dar alimento a sus hijos..." (15)

De lo anotado, es fácil observar que precisamente corresponde a los padres, el proporcionar alimentos a sus hijos, -- quienes necesariamente deben encontrarse bajo su guarda y custodia, no precisamente porque la Ley misma lo ordene, sino por un poco de lógica jurídica y sentido común.

Ahora bien, si citáramos ejemplos como los anteriores, -

(15) Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1884.

equivaldría a realizar no un análisis somero, como oportunamente lo señalé al comenzar a analizar las figuras en comento, sino un tratado de las mismas.

Desprendiéndose de lo transcrito, debemos detenernos-- en un punto muy específico de este estudio; si precisamente trata ré de justificar el porqué de la necesidad de un exámen psico-socio-económico previo al otorgamiento de la guarda y custodia de un menor en el Distrito Federal, fundamentándome en el hecho de que son los progenitores quienes han de ser motivo de dicho estudio, para obtener la guarda y custodia de los mencionados menores y que ello precisamente y en la mayoría de los casos, esta circunstancia proviene de un simple divorcio ó mínimamente de una -- controversia del orden familiar, es imperativo decir que, en la época en estudio, el divorcio por ejemplo, no disolvía el vínculo matrimonial, sino que únicamente suspendía algunas de las obligaciones civiles de los cónyuges, expresadas en ciertos artículos de este mismo código ya citado (Artículo doscientos veintiséis), lo cual en la actualidad, haría prácticamente imposible, el realizar los estudios en cuestión. Es cierto, no huelga decir que si surge así una controversia para el otorgamiento de la guarda y custodia, sobre un ser, la más de las veces indefenso, en esta época se hace nugatorio dicho extremo, principalmente porque, al no darse una disolución del vínculo matrimonial, sino solamente una cesación, muchas de las veces, temporal de ciertos derechos civiles, propiamente, no podemos concebir la necesidad de una capacidad psicológica, emocional, económica y social, para conservar bajo la guarda y custodia, a uno ó más menores, quienes a final de

cuentas, deben seguir el camino de la madre, que es el de tener el consentimiento del padre, para poder obligarse ó disfrutar de tal ó cual beneficio, aunque ello es entendible, principalmente-- porque aún en la época en análisis, se halla presente el fantasma de la religión y del Código Canónico.

Ahora es oportuno señalar que, todo lo discernido en líneas anteriores, no es óbice de que, analizando con detenimiento lo conceptuado por los artículos doscientos treinta y dos y -- doscientos treinta y tres del Código Civil en estudio, hallemos -- dos tiempos para poder observar la decisión del órgano jurisdiccional, para otorgar la guarda y custodia de un menor. Estos tiempos son:

a).- Cuando los cónyuges piden la separación de lecho y habitación y,

b).- Cuando los cónyuges definitivamente solicitan el divorcio, fundado en cualquiera de las causas contempladas por el artículo doscientos veintisiete del referido Código Civil de 1884 para el Distrito Federal y Territorios Federales.

Dicho lo anterior, pasemos al análisis de estos dos extremos antes contemplados:

a).- En este primer supuesto, los cónyuges únicamente solicitan al Juez, la separación de lecho y habitación, pero en vista a una posible reconciliación, que mientras llega (si es -- que llega), no deja en estado de indefensión ó abandono al menor antes bien, se deja al libre arbitrio de los cónyuges, la decisión de indicar al Juez, quién es el que bajo su más estricta responsabilidad, ha de ejercer la guarda y custodia de los menores,-

auspiciado todo ello, por los extremos de los artículos 233 y 232 del Código multimencionado, mismos que describo para su mayor comprensión:

" Artículo.- 232.- Los cónyuges que pidan de conformidad su separación de lecho y habitación, acompañarán a su demanda un convenio que arregle la situación de los hijos y, la administración de los bienes durante el -- tiempo de la separación."

" Artículo.- 233.- La separación no puede pedirse sine pasados dos años después de la celebración del matrimonio. Presentada la solicitud, el Juez citará a los cónyuges a una junta, en que procurará restablecer entre ellos la concordia; y si no lo lograre aprobará el --- arreglo provisorio con las modificaciones que crea --- oportunas, con audiencia de Ministerio Público y cuidando de que no se violen los derechos de los hijos ó de un tercero."

Luego entonces, era necesario en esta época, el decidir sobre la guarda y custodia de los menores, sin violar sus -- derechos, pero aquí surge una duda ¿ Se contemplaba acaso en esta codificación, el más mínimo estudio para que el ciudadano Juez, -- otorgara la guarda y custodia de un menor?, la respuesta es obvia: No lo había, esto obedecía, fundamentalmente, al hecho de que no se condenaba el daño que se causaba a los menores, (Por lo menos en la amplitud y con la conciencia que se aplica en estos días), - sino por el contrario, se flagelaba la separación de los padres, - como un tabú, que no permitía, en la mayoría de los casos, pre---

veer sobre el bienestar de los hijos, sino sólo por el bienestar-adulto, lo cual creo es egoísta, ó mejor dicho, era egoísta y jurídicamente, aberrante, dado que el bien jurídicamente tutelado, no se encontraba en el menor, sino en la imagen social de la familia.

Empero lo anterior, tenemos otro caso de importante señalamiento para comprender la concepción del otorgamiento de la guarda y custodia de los menores.

Esto mismo se ve relacionado con el artículo 244 del Código en cita, que a la letra reza:

" Artículo 244.- Al admitirse la demanda de divorcio, ó antes si hubiere urgencia, se adoptarán provisionalmente, y solo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

I.....

II

IIIPoner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges ó de los dos, observándose lo dispuesto en los artículos 245, 246 y 247;"(16)

Ahora bien, si atendemos a lo contenido en los numerales 245, 246 y 247 del ordenamiento legal en cita, tenemos que -- los mismos respectivamente se ordena:

" Artículo 245.-Ejecutoriado el divorcio, -- quedarán los hijos ó se pondrán bajo la potestad del cónyuge no culpable; pero si ambos lo

(16) Código Civil para el Distrito Federal y territorios Federales de 1884, Comentado.

sociedad reconoce autoridad a los progenitores, sobre sus menores hijos, siempre y cuando halla un matrimonio de por medio.

El artículo 155 del Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, de 1884 es claro al respecto, pues - considera el matrimonio, como : ... "La sociedad legitima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble - para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida" (13).

Esto es, que se define por principio de cuentas al vínculo matrimonial, como indisoluble.

Asímismo, desde el propio génesis de la familia, la -- guarda y custodia comienzan a hacerse patentes, para la vida del hombre y la mujer de ésta época Porfirista, siendo ello perfectamente identificable, en el contenido del artículo ciento cincuenta y nueve, fracción II, que señala literalmente " Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio...II.- La falta de -- consentimiento del que, conforme a la Ley, tiene la patria potestad, del tutor ó del Juez en sus respectivos casos..."(14)

De lo transcrito, es válido el señalar que, el ejercicio de la patria potestad, incluye el de la guarda y custodia, -- por sobre los menores a través de todos los actos de la vida del individuo.

Para afirmar lo anterior, señalo que él individuo desde su nacimiento y hasta los veintiún años de edad, permanece ba-

(13) Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1884. Comentado

(14) Idem.

fuesen y no hubiere otro ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proveerá a los hijos de tutor conforme a los artículos 446, 447 y 458."⁽¹⁷⁾

" Artículo 246.- Sin embargo de lo dispuesto en los artículos anteriores, antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad ó tutela de los hijos, podrán acordar los Tribunales, a pedido de los abuelos, tíos ó hermanos mayores--- cualquiera providencia que se considere benefica a los hijos menores."⁽¹⁸⁾

" Artículo 247.- El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos."⁽¹⁹⁾

Cierto es que después de analizar concientemente, el contenido de los artículos antes citados, llegamos a la conclusión de que precisamente los menores pueden, para el caso de divorcio de sus progenitores, ser puestos bajo el cuidado de uno de ellos, siempre y cuando no exista un impedimento que haga necesario el otorgar dicha custodia a otros parientes, quienes pueden ser llamados legalmente, a ejercer dicha figura jurídica, conocida mayormente como **PATRIA POTESTAD** (Artículo 366 del Código Civil del Distrito Federal y Territorios Federales de 1884), Habiendo por el contrario, una seria discrepancia que mayormente consiste en -----

(17) Montero Duhal, Sara, "Derecho de familia", Porrúa, S.A. de C.V., edic., 1987, pág. 34.

(18) Idem, pág. 34

(19) Ibidem, pág. 35

señalar que, precisamente el artículo 244 habla de medidas provisionales y para el supuesto manejado por el artículo 245, nos hallamos ante un caso juzgado con ejecutorización, que hace nugatorio el señalamiento del artículo 244 antes mencionado.

En fin, es claro que precisamente, el carácter no disolutorio del vínculo matrimonial, que se contiene en la codificación comentada, da pie a que existan serias lagunas por cuanto al otorgamiento de la guarda y custodia de los menores, aún y cuando existe definido el criterio " paternalista " de la sustentación -- del Código en análisis, que forzosamente nos inclina a observar -- que en los más de los casos, es el padre ó la familia de éste, -- quienes ejercen de hecho y derecho, la guarda y custodia sobre los menores, amparados en la figura de la patria potestad, aún y cuando la madre pueda entrar en ejercicio de dicha figura, tiene -- necesariamente que acatar las directrices de la conducta masculina, ya que de otra forma, los hijos pueden regresar a la esfera -- de influencia del padre.

Otro claro ejemplo de todo lo anterior, hállese contenido en lo preceptuado por los numerales 282, 283 y 284 del Código Civil en estudio.

Esto es:

" Artículo 282.- Luego que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, los hijos varones mayores de tres años quedarán al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiere habido buena -- fé."

" Artículo 284.- Los hijos e hijas menores de tres años se mantendrán en todo caso, hasta -- que cumplan esta edad al cuidado de la madre."(20)

Por lo que, observamos que no solamente los cónyuges -- han de relacionarse a la figura jurídica de la guarda y custodia -- sino que incluso, para el caso de los matrimonios nulos e ilícitos, la legislación señalada es obligatoria y dentro de sus deficiencias por cuanto a los mecanismos para definir cuál es el cónyuge ó el progenitor más adecuado, que pueda desempeñar cabalmente la guarda y custodia tiene un primitivo concepto de la evolución que en capítulo adelante he de proponer.

Ahora bien, si analizamos los artículos transcritos -- con antelación, hemos de descubrir que, la sociedad y las costumbres de la época, se ven reflejadas en sus leyes, como normalmente debe ser; esto es, que siempre se delinear los principios de que las mujeres han de ser educadas por las mujeres y los hombres por los hombres.

En cambio, se penaliza severamente el hecho que uno de los cónyuges fuere culpable, castigándole con la pérdida más absoluta de la guarda y custodia de los menores habidos dentro del matrimonio, declarado nulo ó ilícito.

Es también interesante el señalar que, se considera -- obvio que la madre, por su propia naturaleza, tenga bajo su cuidado a los menores de tres años, quienes en condiciones normales, -- siempre han de ser mejor alimentados, vestidos y cuidados por la propia progenitora, aunque alguien puede señalar que el progenitor habría de otorgar el mismo cuidado a dichos menores.

No abandonando el esquema descriptivo de la guarda y custodia en análisis, hemos de señalar que en esta codificación, a los menores de edad y a los hijos en general, se les considera legítimos y naturales, conforme a los artículos 290 y 300 fracción II de este Ordenamiento en estudio.

Si a ello agregamos que inclusive, la guarda y custodia se infiltraba en la referida codificación, en situaciones tales como la prueba de posesión de estado, expresamente contenido todo ello en el artículo 346, que literalmente y en la parte conducente expone: "...que la pretendida madre cuidó de su lactancia y educación...", con lo que vemos aquí otro enfoque de la regulación de la figura jurídica en estudio, en el Código Civil del Distrito Federal y Territorios Federales de mil ochocientos ochenta y cuatro.

Dentro de lo anteriormente descrito, caemos en razón de que en la compilación legislativa de mérito, si existe la guarda y custodia, siempre bajo el influjo de la patria potestad y -- que a más de ello, si se ejercía esta sobre los menores de edad, la cual terminaba a los veintidós años, tanto para hombres, como para mujeres(Artículo 362) y que por lo preceptuado por el artículo 364 se infiere que la custodia de los menores se ejerce por los ascendientes, sin especificar que sea solamente por parte de los progenitores, hecho esto que se debe relacionar con lo anteriormente explicado, en el sentido de que este Código Civil en comentario, es tradicionalmente paternalista y que se halla influenciado básicamente, por el Cristianismo, de donde derivan muchos de los preceptos antes citados, que indudablemente ejercen poder-

5.- Período de 1884 a 1928.

Técnicamente hablando, el período comprendido del año de mil ochocientos ochenta y cuatro y hasta el año de mil novecientos veintiocho, adquiere una homogeneidad absoluta, dado que el país se ubicó en una etapa histórica centralizada en un poder ejecutivo contínuo, mismo que permitió - ó impidió- al derecho mexicano y, en especial el del Distrito Federal, su evolución técnica, hacia mejores estadios legales, incluyendo el período de transición entre el porfiriato y la edad moderna, es decir, la revolución de 1910.

Huelga decir que la vida política del país, se vio envuelta en un carrusel de constantes cambios, por virtud de las fuerzas sociales que les impulsaron, mas esto no comprendió al derecho, ya que su aplicación, requería necesariamente de un marco legal y social, que solamente podía formarse, a partir de la definición de nuevos parámetros conductuales.

La figura de la guarda y custodia, siguió regulada por el ordenamiento legal denominado Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, del año de mil ochocientos ochenta y cuatro.

Dentro de esta normatividad que perdura a través de la etapa del México independiente que analizamos aquí, se contempla, aunque en somero nivel, la figura jurídica de la guarda y custodia, así como de las formas de otorgamiento y desarrollo de las mismas.

Comencemos por decir que primeramente, se contempla en esta legislación a los progenitores, siempre en relación a la vida conyugal, que ha de llevar al cabo, es decir, que solamente la

de custodia sobre los menores, en los términos antes anotados, -- claro está, siguiendo los lineamientos para el ejercicio de dicha figura jurídica, en cuanto al orden de ejercicio, por parte de -- los ascendientes, tanto en línea paterna como materna, conforme -- al artículo 366 del Ordenamiento legal precitado.

De todo lo compendiado y analizado en este estudio, es de concluirse que en el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1884, a pesar de que es avanzado en su estructura, adolece de procedimientos y ordenanzas suficientemente efectivas, como para poder brindar la oportunidad a los menores de desarrollarse en un clima de absoluta salud mental, bajo el cuidado del ó los progenitores más adecuados, para el caso de ser necesario un reacondo ó decisión al respecto, excepto en -- cuanto a lo señalado por el artículo 246 en su última parte y que reza: " ..cualquier providencia que se considere benéfica a los -- hijos menores...", siendo el caso que, como se ha indicado con an -- telación, no se crean ni se exponen mecanismos realmente tendien -- tes a proteger en su integridad a los menores, como bien jurídico tutelado.

A pesar de que en el periodo histórico tratado en este inciso dominó preponderantemente el Código Civil de 1884, ya mencionado, existieron diversas disposiciones legales, que sin ser -- categóricamente idénticas ó superiores a dicho ordenamiento legal si influyeron notablemente en el pensamiento legislativo, tratán -- dose de menores de edad y sobre la guarda y custodia que se ejer -- cita sobre ellos.

Uno de dichos ordenamientos, lo constituye primordialmente la Ley sobre Relaciones Familiares de mil novecientos diecisiete.

Esta Ley entra en vigor el día nueve de abril de mil novecientos diecisiete y contiene varias peculiaridades respecto a la guarda y custodia de menores.

Es expedida por don Venustiano Carranza y contrariamente a despertar simpatía y admisión por parte de los ciudadanos y juristas de la época, su expedición es mal vista, dado que se considera viciada de origen.

Esto es resultado de la expedición por parte de don Venustiano Carranza, de la referida ley, sin seguir los mecanismos legales impuestos por la normatividad de la Constitución política vigente, es decir, que la citada Ley, vió a luz su existir, fuera del seno del Congreso de la Unión, por lo que su legalidad no era clara, aunque su contenido era de avanzada jurídica para su tiempo.

Huelga decir que dentro de la exposición de motivos -- contenida en la mencionada Ley, hállese la referencia que rechaza la religión como modelo para regular la organización familiar, señalando explícitamente que " El Cristianismo no influyó benéfica- mente sobre la organización de la familia..."⁽²⁰⁾, lo cual dicho- sea de paso, difiere notablemente con lo expresado por la mayoría

(20) Ley sobre relaciones Familiares de 1917, Edit. Porrúa, S.A.-- 45a., ed., 1986, México, edición corregida y comentada por el licenciado Armando Martínez Ríos, pág. XI

de los tratadistas legales, quienes sostienen todo lo contrario, -añadiendo que no solamente el Cristianismo y la iglesia influyeron en la organización y formación de la familia, sino que es el matrimonio, cuna de esta conceptualización ideológica, al ser este derivado de aquella.

Entremos de lleno al análisis de la figura jurídica en estudio.

El artículo 13 de la Ley en cita, define el matrimonio que es importante para nuestro objeto de estudio, puesto que solamente comprendiendo como se concibe a la familia, desde su base principal, que lo es precisamente el matrimonio, se podrá comprender como se conceptualiza la guarda y custodia, así como su ejercicio sobre los menores de edad.

En este orden de ideas, tenemos que el matrimonio es concebido como "el vínculo disoluble que tiene por objeto el perpetuar la especie y ayudarse a llevar de plano, el peso de la vida"

(21)

Si analizamos detenidamente la conceptualización del vínculo matrimonial, vemos que con esta Ley, él mismo se considera disoluble, abandonando la antigua concepción de que " lo que Dios une, los hombres no pueden separarlo" (22), que devenía precisamente del carácter religioso que se atribuía a dicha unión.

No es raro el señalar que la religión en este caso, es

(21) Chávez Ascencio Manuel, "La familia en el Derecho, Edit. Porrúa hermanos, S.A., 3a edic., México, 1990, pág. 156.

(22) Máxima eclesiástica del sacramento matrimonial Católico.

tratada de excluir desde su más íntimo resquicio, por el mundo legal, en donde no tiene cabida, al conceptuar de esta forma al matrimonio.

Esto constituye una diferencia más con la legislación-jurídica en mención y sus precedentes.

Ahora bien, si partimos desde este punto de vista, haremos de comprender que se comienza a dar igualdad de derechos y obligaciones, tanto a hombres, como a mujeres, para los asuntos relativos a la familia. Ejemplo de ello se ubica en el artículo 241 de la multicitada Ley sobre relaciones familiares, en donde se especifica que la patria potestad se ejerce por igual, entre el padre y la madre.

Es decir, que evidentemente se considera la posibilidad de que sean los progenitores, quienes conjuntamente ó en forma individual, ejerzan la guarda y custodia de los menores de edad, sobre los que hagan uso de la patria potestad.

Vemos así reflejada la figura jurídica en estudio, dentro de la mencionada ley, aunque podemos señalar que es poco tratada la figura jurídica en estudio, dentro de la multimencionada Ley de relaciones Familiares, ya que solamente se le vuelve a mencionar en el artículo cuarenta y cuatro de la misma y, en el artículo doscientos cuarenta y uno. El primero de ellos señala:

" Artículo 44.-La mujer tiene obligación de atender todos los asuntos domésticos, por lo que ella será especialmente encargada de la dirección y cuidado de los hijos y la dirección del hogar." (23)

(23) Ley de Relaciones Familiares de 1917.

Es claro el apuntar la observación de este estudio, hacia el hecho indudable de que es a la mujer a quien la propia ley le encarga el cuidado y dirección de los menores, con el cúmulo de obligaciones que ello conlleva, por ser su naturaleza, la más adecuada para la crianza y atención de los menores de edad, cosa que no es reconocida ya al hombre, a quien si bien es cierto, se o torga la facultad de tener bajo su custodia a los menores de edad, en igualdad de circunstancias para con la mujer, a esta vez vez se le limita por cuanto a dicha acción, principalmente por su carácter productivo para con la familia, que se traduce en aportación al sustento de la misma, diferenciándose claramente del carácter reproductivo de la mujer, lo cual es enunciativo, no limitativo de su capacidad laboral y cultural, "en una forma de regulación ya avanzada de lo que conocemos como derecho de familia."(24)

Así esta ley, que aunque precisamente es el antecedente directo del Código Civil vigente, de 1928, no regula en forma más afortunada el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor, para los progenitores y de parte de la autoridad judicial, por lo que para este estudio es poco relevante su mención, por cuanto a su abundancia respecto al tema central, no así en cuanto, a su contenido que, a decir verdad, es grandiosamente avanzado para la época de cambios y profundas transiciones sociales, políticas y económicas, que trajo tras de sí, la tormenta revolucionaria de 1910.

(24) Chávez Ascencio, Manuel, " La familia en el Derecho", ob. cit. pág. 34

6.- Modificaciones al Código Civil para el Distrito Federal y territorios Federales; 1928 a 1932 (Vacatio Legis).

Es indudable que la división de este periodo temporal debe de cuestionarse arduamente, porque sencillamente no existe gran relevancia fuera de la entrada en vigor del Código que ----- actualmente nos rige, por cuanto a la materia civil se refiere, dentro del Distrito Federal.

Es en treinta de Agosto de mil novecientos veintiocho, cuando bajo el gobierno del presidente de la República Plutarco Elías Calles, entra en vigor el Código analizado el cual, siguiendo una moda de este siglo, se ha visto modificado en multitud de ocasiones, no siempre para la adaptación de su contenido a la realidad social imperante, sino básicamente para soslayar y dejar constancia de uno y otro gobierno emanados de la Revolución Mexicana, que son trascendentes únicamente por el movimiento y dinamismo inócuo e irrelevante que se dió a esta ley, cada modificación, superficial no cambia realmente la estructura legal.

Es importante el señalar que han existido veintiséis modificaciones a la codificación en cita, desde el año de mil novecientos treinta y dos, siendo esta la razón primordial por la cual se dividió el estudio de la evolución de la guarda y custodia en forma tan peculiar, dentro de la presente Tesis.

En el proyecto original del Código Civil para el Distrito Federal, contemplaba específicamente y centrándonos en el tema de estudio, manifestaciones legales que indirecta o directamente afectan a la figura jurídica de la guarda y custodia, siendo las mismas

- 1) El artículo 383 de este Código reconoce ya a los hi

jos de los concubinos y otorga igualdad de derechos a tales menores, deduciéndose con esto que, ya no existen los distingos irracionales y fanáticos de nuestros antiguos legisladores, quienes erróneamente, se atrevían a diferenciar entre hijos legítimos y naturales, así como espúrios.

Ello da como consecuencia, que la guarda y custodia -- pueda ser ejercida con igual efectividad, sobre hijos de matrimonio y sobre los correlativos extramatrimoniales, sin limitación alguna por cuanto a otros derechos, como en el caso de la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, dentro de la cual se contemplaba que a los hijos naturales, sólo se les podía reconocer por--- parte del progenitor que así lo quisiera, "así como no tenían derechos a heredar ó a percibir alimentos".(25)

II) El artículo 165 equipara en esta legislación, el derecho de cónyuges ó hijos sobre los alimentos, educación y vestuario de los propios hijos, equiparando a los cónyuges en cuanto a derechos y obligaciones, que se traduce positivamente para el ejercicio de la guarda y custodia para el más apto.

III) El artículo 168 señala originalmente que estará a cargo de la mujer la dirección y cuidado de los trabajos del hogar, que podemos considerar se extiende no solamente al trabajo cotidiano, sino también, al cuidado de los hijos.

En efecto, si detalladamente nos detenemos en este punto, averiguaremos que la primitiva redacción de dicho artículo --

 (25) De Pina Rafael, " Derecho procesal Civil" Décima octava---- edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1988, pp. 342

del Código Civil para el Distrito Federal de 1928, acarrea los vicios de los códigos de 1870 y 1884, por cuanto a la limitación de la mujer para desarrollarse en otros campos fuera del hogar y considerándola apta totalmente, para el cuidado de los hijos única y exclusivamente, lo cual es una aberración jurídica, pues si en principio decide el legislador otorgar igualdad de derechos y obligaciones a hombre y mujer, es contradictorio que enseguida limite en tal forma a la propia mujer.

IV) Por otro lado, tenemos al artículo 214 del Código en cita que originalmente señala, la obligación de los cónyuges para la alimentación y educación de los hijos, así como su cuidado, amén de las demás cargas del matrimonio, conforme a lo dispuesto por el artículo 164.

Por lo tanto, podemos observar la evolución en el Código de 1928 respecto de la guarda y custodia, ya que no solamente iguala en el plano familiar al hombre y a la mujer, sino que otorga iguales obligaciones, que en este caso se concretan en el cuidado de los hijos.

V) El artículo 260 del multicitado Código señala claramente que " Si uno de los cónyuges han procedido de buena fé, que darán los hijos bajo su cuidado". (26)

De lo anterior podemos concluir que, comienza a fijarse un mecanismo para el otorgamiento de la guarda y custodia de los hijos, pero que solamente es enunciativo, sin proponer mayores precauciones para asegurar un futuro mejor a dichos hijos.

 (26) Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, en materia común, y para toda la República en materia Federal de 1928.

VI) En la fracción VI del artículo 282 primitivo, se centra absolutamente el procedimiento a seguir por parte del Juzgador, el cual a pesar de ser muy amplio, como se denota de la simple lectura de la parte final del primer párrafo de este artículo que literalmente indica: " El Juez, previo el procedimiento que fije el Código respectivo, resolverá lo conducente.", no especifica claramente el procedimiento a seguir para poder otorgar la guarda y custodia de los menores.

VII) Asimismo, encontramos en el artículo 287 los siguientes extremos:

" Ejecutoriado el divorcio se procederá desde luego a la división de los bienes y se tomarán las provisiones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges y con relación a los hijos. Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir en proporción a sus bienes, a la subsistencia y educación de los hijos varones hasta que lleguen a la mayor edad, y de los hijos aunque sean de mayor edad, hasta que contraigan matrimonio, siempre que vivan honestamente."

Observamos que en este sentido, la guarda y custodia se hace extensiva, no solamente para el supuesto de que los hijos cumplan con la mayoría de edad, sino que incluso, a las hijas se les mantiene bajo la guarda y custodia, aún y cuando sean mayores de edad, hasta que contraigan matrimonio, ya que al dar alimentos

no solo crea una obligación, sino que se ve aparejada la misma -- con una serie de derechos, entre los cuales se contempla, la guarda y custodia de los hijos y, si por extensión analizamos lo antes expuesto, veremos que la condición sine qua non para dejar de otorgar alimentos a las hijas, es que contraigan matrimonio, claro, siempre y cuando vivan honestamente, entonces debemos por inducción pensar que la propia guarda y custodia se extiende en el tiempo, como condición resolutoria.

VIII) Por último, encontramos en el artículo 428, que se señala que " ...a falta de padres ejercerán la patria potestad sobre el hijo reconocido, los demás ascendientes a que se refiere la fracción II y III del artículo 414.", hecho este que deja gran duda en el suscrito, habida cuenta de que efectivamente, la patria potestad y su ejercicio conllevan al ejercicio de la guarda y custodia, pero la palabra de hijos reconocidos, forzosamente -- nos hace analizar si efectivamente hubo un avance en lo jurídico, ya que en principio pareciera que caemos de nueva cuenta, "en el hecho de hacer diferenciación entre hijos legítimos y los que no lo son" (27)

De lo anterior, se infiere la carga de vicios que motivaron las reformas que a partir de 1932 se produjeron al Código Civil, del Distrito Federal, en virtud de que, si bien es cierto como he señalado, el carácter irrelevante para el conjunto de dichas reformas, no menos cierto lo es que, para la materia fami--

(27) Esquivel Obregón, T, " Apuntes para la historia del Derecho en México, tomos I y II, edit. Polis, Méx., 1937, la., edic., - pp. 340

liar y en específico, para el punto en estudio, sí hubo reformas que en gran medida nos interesan, como la producida al numeral en cita, la cual sin embargo, ha de analizarse con posterioridad por ser materia del periodo comprendido entre los años de 1932 a 1994 inclusive.

7.- Período de 1932 a 1996.

Continuando con la época actual, nos encontramos con una problemática social diferente a la de los años anteriormente estudiados, habida cuenta de el cambio radical que nuestra sociedad enfrentó, al incorporarse la mujer de lleno, a la actividad económica productiva, así como al otorgársele los derechos y reconocimiento de capacidad jurídica y legal que hoy en día le conocemos.

Si a lo antes mencionado aunamos el enorme crecimiento urbano, la sobrepoblación citadina y, al mismo tiempo el abandono del campo por parte de los sectores tradicionalmente ligados a él, la modificación del contorno ecológico y la vida acelerada de el hombre y la mujer en el Distrito Federal, con las enorme posibilidades que ofrecen los medios de comunicación, hallaremos un cuadro social discordante a lo ya estudiado; sin embargo, es de hacerse notar, el hecho primordial de que el Derecho en el que se apoya la vida de esta gran urbe, continua siendo imperativo y su imperio, es aún obedecido para su cumplimiento.

En efecto, la sociedad integrante del Distrito Federal ha experimentado a ritmo acelerado, notables cambios en cuanto a su desarrollo y concepción cosmogónica de la vida misma.

Estos cambios obedecen a la modernización de la vida -

social ya descrita, que repito, tiene mayores medios de comunicación, mayores y mejores fuentes de entretenimiento y cultura general, así como retos más técnicos y modernos, para satisfacer las necesidades de una sociedad de consumo como la nuestra, que cambió sus costumbres provincianas de principio de siglo, por la vida agitada y compleja de hoy en día.

Así, el cambio de costumbres e ideología en el Distrito Federal, acarreó que las tradicionales fuentes de conducta reguladoras de la vida social se modificaran al propio ritmo de la modernidad.

Ya en el punto anterior, había señalado que principalmente, el Código Civil que nos rige, desde el año de mil novecientos veintiocho, ha sufrido grandes modificaciones a partir del año de mil novecientos treinta y dos.

Estas modificaciones se han ido constituyendo como "el pan nuestro de cada día" de políticos y modas sexenales, pero dentro de la frivolidad de algunas de estas modificaciones, no podemos negar que otras han servido, para otorgar al Derecho una evolución sorprendente, tanto por sus alcances legales, como por su regulación hacia una vida más equitativa, es decir, hacia la conceptualización de la vida en el próximo siglo.

Actualmente encontramos en el artículo segundo del Código Civil en estudio, la primera referencia sobre la guarda y custodia, ya que literalmente señala "...la capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer...", con lo que se denota en principio, la certidumbre de otorgar y ejercer, así como de ser sometido a la guarda y custodia, en principio para los proge-

tores y secundariamente para los menores de edad. El artículo 164 del Código Civil señala: "Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de estos en los términos que la ley establece..." y correlativamente a esto el artículo 168 señala: "El marido y la mujer... resolverán todo lo conducente... a la educación y formación de los hijos...", y si todo esto lo admitimos, tendremos como corolario que en nuestra legislación actual, se considera a cada uno de los progenitores, como apto física y mentalmente para el cuidado, formación y educación de un menor, pero existe un claro distingo con las codificaciones anteriores el cual consiste básicamente en que en este Código, se concibe la guarda y custodia como un complemento de géneros, masculino y femenino, para poder sobrellevar la carga del desempeño de dicha figura jurídica; es decir que hombre y mujer ya no disputan el derecho de cuidar y guardar a los menores, sino por el contrario, se complementan. (28)

Aún y para el caso de que en el supuesto de existir un matrimonio que posteriormente sea declarado nulo, la ley actual prevé medidas para el cuidado y la guarda de los menores, como lo encontramos plasmado en el artículo 259, que en su parte conducente señala "...el padre y la madre propondrán la forma y términos del cuidado y la custodia de los hijos..." (29)

(28) Código Civil para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia federal.

(29) Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal.

Siendo obvio el tinte proteccionista del legislador-- por cuanto no dejar en el desamparo a los menores, ante cualquier situación de la propia vida, de la cual ellos no son culpables, ni concientes.

En el caso de divorcio de los progenitores, el Código Civil en comento, preceptúa la forma en que han de ser resguardados los menores, exigiendo para la procebilidad de la acción de divorcio necesario ó para poder aprobar el convenio, para el caso de divorcio de mutuo consentimiento o voluntario, que se deje especificado en forma clara, cuál ha de ser el progenitor a cuyo cuidado y guarda, han de ser confiados los menores de edad.

Claro ejemplo de lo anterior, se halla contenido en lo dispuesto en los artículos, 273 fracción I, 282 fracción VI, 283, 284 de código Civil para el Distrito Federal, que rige actualmente los destinos de veinte millones de habitantes del Distrito-- Federal y área metropolitana.

Comenzando por el artículo 273 fracción I, encontramos que en el mismo se señala;

"Artículo 273.-Los Cónyuges que se encuentren en el - último caso
I.-Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento, como despues de ejecutotoriado el divorcio". (30)

(30) Código Civil para el Distrito Fedral en materia común y para - toda la República en materia Federal.

Es aquí donde encontramos específicamente, la ordenanza del legislador, respecto al cuidado que debe de otorgarse a -- los menores, por parte del juzgador, a fin de que su guarda y custodia sea debidamente otorgada, conforme a los lineamientos de la ley aunque huelga decir que no siempre es a la persona más idónea.

En lo referente al artículo 282, fracción VI del Código Civil de mérito, este señala:

" Artículo 282.- Al admitirse la demanda de divorcio... se dictarán provisionalmente... las disposiciones siguientes:

VI.-Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de estos. En defecto de ese acuerdo el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deberán quedar provisionalmente los hijos. El juez previo al procedimiento respectivo, resolverá lo conducente.

Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre." (31)

Es aquí precisamente, donde se concede una mayor relevancia e importancia al otorgamiento de la guarda y custodia respectivas, en virtud de la situación caótica que un divorcio, de la naturaleza que esta sea, provoca a mayor abundamiento, en el capí-

 (31) Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal.

tulo segundo de esta tésis, se analizará más detenidamente la regulación jurídica de la guarda y custodia, así como su otorgamiento, claro está dentro del Distrito Federal.

Unicamente resta señalar para concluir con este punto, que la guarda y custodia, no se halla debidamente regulada, - por cuanto a su otorgamiento, ni se especifica con suma claridad, el hecho de que debe de comprobarse científica y objetivamente, -- la idoneidad de su otorgamiento, para el caso de cualquier diferencia legal ó humana entre los progenitores, no importando si es tos se hallan ó no casados por la Ley Civil, por lo que en capítulo aparte, propondré tal situación.

Queda pues, debidamente analizada la figura jurídica-- de la guarda y custodia en el Derecho mexicano, con un análisis -- somero de lo más relevante al respecto y, por ende, concluido es te capítulo.

CAPITULO II

CONCEPTOS FUNDAMENTALES, DOCTRINARIOS Y LEGISLATIVOS.

CAPITULO II

Conceptos fundamentales, doctrinarios y legislativos.

1.- Conceptos de progenitor.

Como hemos analizado en el transcurso del desarrollo de este trabajo, existe una rica tradición jurídica, con respecto a la guarda y custodia en nuestro derecho; sin embargo, es esencial el señalar é identificar los elementos que integran el tema en estudio, para poder comprender mejor su real espíritu y alcances legales.

En efecto, el concepto de guarda y custodia, no se halla solo, sino ligado a diversas figuras jurídicas que le dan una conformación e integración a la vida legal. Dentro de dichas figuras tenemos una de indudable importancia, que sin ser inherente al tema en sí, debe de relacionarse al mismo, para poder darle vida y sentido; este es el de PROGENITOR.

Por principio de cuentas, encontramos a este concepto, definido como mero vocablo, en los diccionarios de la lengua española.

Es así, como en el "Pequeño diccionario Larousse", localizamos la siguiente definición al respecto: "PROGENITOR m. (lat. progenitor). Ascendiente, padre o abuelo (SINON. V. Padre)."^(32)

(32) GarcíaPelayo y Gross, Ramón, "Pequeño diccionario Larousse", Larousse, 1990.

De lo anteriormente transcrito, se infiere que el progenitor es el origen de la descendencia, que de él deviene el propio individuo y, que por ende, es el progenitor, quién dirige a la descendencia.

Para la mayoría de los diccionarios de la lengua española, el concepto ó definición de progenitor es idéntico; es decir que se considera al progenitor como el ascendiente del cual deriva un descendiente, por lo que en el caso que nos ocupa, aún la doctrina extranjera considera al progenitor como origen y principio.

Luego entonces, el forefather(Inglés), es equivalente del progenitor latino; sin duda, bajo la norma universal que del principio ó origen, deviene todo lo existente.

Nuestra legislación enumera este concepto en diversos artículos, dando importancia capital a su significado, con respecto a los individuos, como por ejemplo, en el artículo 293 del Código Civil del Distrito Federal vigente, el cual a la letra reza:

" Artículo 293.- El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor."

Puntualizado lo anterior, es de concluirse que el progenitor existe para dar origen a el descendiente, sobre quien ejerce la patria potestad y, por ende, la guarda y custodia, materia de este estudio.

Paso ahora a plasmar y explicar el concepto de "menor de edad," como punto establecido para su estudio dentro de la presente tésis.

2.- Concepto de menor de edad.

En este punto, trataremos sobre los menores de edad y el significado de la minoría de edad, así como las consecuencias y los efectos que ésta acarrea al individuo, cuando este se encuentra dentro de dicho supuesto legal.

Por principio, señalo que el Código Civil para el Distrito Federal vigente en 1928, establece en su artículo 22, la capacidad jurídica de las personas, la cual se adquiere propiamente con el nacimiento, extinguiéndose con la muerte; sin embargo, podemos afirmar que el individuo es considerado como tal y protegido por la Ley, desde el momento mismo de su concepción.

De lo anterior, podemos derivar que la minoría de edad es un estado jurídico y biológico, dentro del cual, el menor es incapaz de regular su vida con independencia de los adultos, así como de la sociedad que le rodea, requiriendo por tanto, la tutela y la guía constantes de alguna persona, conforme al artículo 414 del Código Civil antes citado.

En el numeral seiscientos cuarenta y seis del Código Civil multimencionado, establece literalmente " La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos", siendo por ende, la edad permitida legalmente, para que el individuo pueda disponer de sus bienes, así como para responsabilizarse de sus actos.

Esto mismo, entendido a contrario sensu, significa que la minoría de edad representa una serie de restricciones, por cuanto a la persona, bienes y derechos ciudadanos del sujeto, a quien si bien es cierto, se le reconoce el propio carácter de persona, no menos cierto lo es que, su personalidad es aún inexistente en el

mundo legal de los adultos.

Es hasta los dieciocho años, cuando el individuo comienza a tener la capacidad jurídica y mental suficientes, como para obligarse, entendiendo el alcance de sus actos, así como aceptando las consecuencias de los mismos.

No solamente hemos de atender a las disposiciones del Código Civil vigente para el Distrito Federal, sino que entra en este momento, la necesidad de estudiar un poco de nuestra Constitución política, la cual trata precisamente en su artículo 39, el concepto en estudio, plasmandolo en una realidad actual, esto es, que translada de la doctrina a la realidad la minoría de edad por analogía. Veamos:

" Artículo 39.- Son ciudadanos de la República, los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan además los siguientes requisitos:

I. Haber cumplido dieciocho años y

II Tener un modo honesto de vivir."

De lo anterior, inferimos que no todos los mexicanos, son ciudadanos, sino que es un requisito obligado, el haber cumplido los dieciocho años biológicos, para poder ser considerado ciudadano de la República, con toda la gama de facultades y obligaciones que ello implica.

La minoría de edad corresponde pues, a una limitación por cuanto al actuar del individuo en sociedad y, de la propia sociedad hacia el individuo, lo que por otro lado, es solo temporal, e implica correspondencia de limitaciones y derechos restringidos.

Propiamente, es en este momento, cuando el individuo - carece de la suma total de los derechos y obligaciones de todo ciudadano común, cuando reconocemos el estado de minoría de edad, debiendo por tanto, entrar a ejercitar los derechos y obligaciones que les son vedados a los menores, una persona que pueda ejercer la patria potestad, ó poder sobre los bienes, persona y derechos del individuo menor de edad, siendo por lo general, un pariente en línea ascendente, el encargado de dicho ejercicio, sumando a la patria potestad, el ejercicio de la guarda y custodia sobre los menores.

En fin, la minoría de edad puede ser entendida como -- " el estado legal de incapacidad de una persona", si en tanto no cumpla los dieciocho años de edad.

3. Conceptos de guarda y custodia.

En sí y por la naturaleza de la misma palabra, la guarda, así como la custodia, se relacionan con la idea de resguardo e inobjetable conservación.

Analicemos lo anterior.

El conservar, defender, cuidar, proteger y vigilar una cosa, deviene del acto enmarcado por el verbo **GUARDAR**, que indica una acción y no omisión.

Cabe señalar a este respecto, lo conceptualizado por Don Ignacio de Casso y Francisco Cervera, quienes expresan en su "Diccionario de Derecho Privado", " La custodia proviene del latín *custodie*, que a su vez deriva de el vocablo *custos* - guarda -, ó sea, la acción y efecto de custodiar, guardar con cuidado y vigilancia una cosa, que ha sido confiada a la responsabilidad de un

sujeto, por ley ó personalmente. (33)

En el ámbito de lo jurídico, el término custodia(que a su vez implica la guarda), surge de las más dispares relaciones jurídicas contempladas y no contempladas por nuestro Código Civil, esencialmente.

Si trasladamos el término antes citado al derecho de familia, como consecuencia lógica del Derecho y obligación de la patria potestad, encontramos que adquiere el sentido jurídico del cuidado y conservación, así como protección de los menores, incluyendo su dirección y vigilancia.

Existen diferentes formas de ver jurídicamente a la guarda y custodia, pero nosotros la enfocaremos precisamente al hecho de su interés de orden público, para proteger la semilla de las nuevas generaciones, como base de la sociedad moderna, que recae principalmente sobre los menores, así como en su sano desarrollo bio-psico-social.

Al respecto, autores como Colin y Capitant, señalan:

" Es el derecho de los padres, sobre la persona del hijo, y comprende primero el derecho de guarda y de dirección por una parte, y como consecuencia y sanción de este atributo primordial - el derecho de corrección - . El derecho de guarda supone como consecuencia, la dirección (educación) del hijo; el derecho ó el deber de vigilar sus relaciones, de prohibir todo aque--

(33) Casso y Cervera, Diccionario de Derecho Privado, Lex, Madrid, 1968

llo que los padres consideren desventajoso para el desarrollo físico y moral de los menores, de velar por su instrucción, de observar su correspondencia y, por parte del hijo, es la obligación de no abandonar la casa paterna sin permiso de los padres, para que estos puedan responsabilizarse de la dirección, la que es inherente a la custodia, ya que es necesaria la obediencia del menor hacia ellos." (34)

Así pues, cuando hablamos de conferir el derecho de guarda, se otorga solo la dirección y el cuidado de los hijos, pero no se proporciona la administración de sus bienes, ni la representación del menor. Hagámos un paréntesis en lo referente a nuestra legislación, de la cual básicamente se desarrolla esta tésis y contemplemos brevemente la legislación de Nueva Zelanda, que señala una diferencia clara entre guarda y custodia.

Así pues, en el Guard act de mil novecientos sesenta y ocho, que entró en vigor el primero de enero de mil novecientos sesenta, que cubre sobre todo, los aspectos inherentes a la guarda, la custodia y acceso, como si fuera un solo código, se contempla en su sección tercera (Third section), intitulada "Custodia" que esta última palabra significa simplemente el derecho a la posesión y cuidado del niño, mientras que la guarda, es de mayor impotencia, e incluye no solamente la custodia, sino también el derecho de control sobre su establecimiento.

Después de este breve paréntesis en el desarrollo del tema cen --

(34) Abouhaud Habrica, Chibili "El juicio sobre el derecho de Guarda". Revista del Colegio de Abogados del D.F., Núm., 112(1960), pág.21.

tral de la presente tesis, podríamos considerar a la custodia, como una cuestión de hecho, en cuanto a la separación no judicial de los padres y hablar de la custodia como una separación legal, judicialmente hablando de los mismos y, tomando en cuenta las circunstancias que dieron origen a la misma.

Dentro de las características de la custodia, así como de la guarda, encontramos que básicamente podemos considerar las siguientes:

I. Protección y cuidado.

II. Crianza

III. Educación.

Esto es, que no implica lo anterior que solamente existan dichas características por cuanto a la palabra en estudio, sino que también existan -- otras que no considere importantes y por lo tanto, solo dare una breve explicación de las ya enumeradas.

I. El cuidar y proteger a un menor, no solamente requiere el ejercer estas actividades literalmente, sino que implica el amparar, defender, y -- atender al menor, en razón directa de que por su propia edad, este requiere los máximos cuidados y una buena guía, ya que para el mismo, por su incapacidad se encuentra desprovisto de elementos para valarse por sí mismo; en este caso, son los que lo tienen bajo su custodia, los encargados de conservar su integridad física, intelectual y moral, a través de los instrumentos jurídicos y sociales que se les deben proporcionar para llevar a cabo esta misión. " Ello implicando el derecho de control, entendido como protección del menor ". (35)

Proteger a un menor, es una de las tareas más difíciles con las

(35) M.E. Gasey, " Custody of children " New Zeland Universities low review, - vol. 8, número 4, 1979, p. 347, traducción de Silvano Galindo Morquecho.

que se encuentra cotidianamente, quien lo tiene bajo su custodia.

Se requiere de una gran conciencia y responsabilidad - para entender lo que ello significa; porque está de por medio el futuro del niño, en la atención que reciba en esa etapa de su vida porque es en ésta, en donde radica el porvenir que tendrá y la función que asumirá dentro de la sociedad.

Es pues, un factor determinante, la forma como se lleva a cabo esta función por parte de quienes tienen en sus manos, - la protección de un menor, porque de ello depende su desenvolvimiento como persona.

II. Crianza, deriva del latín Creame, instruir, educar enseñar, dirigir. Acción y efecto de criar. Epoca de lactancia y desarrollo de las aptitudes físicas y biológicas.

Esta característica de la custodia, lo mismo que la anterior, está íntimamente relacionada con la educación.

Debemos entender que criar a un menor significa ayudar lo en su crecimiento, alimentandolo, educandolo y formandole una mentalidad saludable, para que posteriormente él cuente con los elementos que le permitirán desarrollar ampliamente sus facultades.

La crianza, así como la educación y el cuidado, son las bases que en la familia ó en otra organización social se le deben brindar al infante, para que pueda, en un futuro próximo, moderar su conducta y adaptarse a las normas sociales imperantes en su época.

III. Educación . Proviene del latín educatio. Acción y efecto de educar, enseñanza y doctrina que se da a los niños, así como a los jóvenes. La educación es un proceso selectivo que parte de las experiencias adquiridas por el individuo a lo largo de la--

vida y de las acumuladas a través de la historia de la humanidad.

El conjunto de conocimientos y formas de comportarse - que el individuo selecciona y aprende, a través de sus experien--cias. La selección ética, intelectual, estética, técnica, etcétera se efectúa por el propio sujeto, por medio del intelecto, ayudado, orientado ó dirigido por la sociedad a través de su institución básica: La familia, ó por la acción de otros organismos sociales, como las instituciones de enseñanza, las sociedades recreativas y -- culturales, las organizaciones políticas, laborales, informativas, etcétera.

La familia primero y la escuela después, orientan los - primeros pasos del hombre en el proceso educativo.

Así, mientras que la familia dirige la educación del individuo (Especialmente en el plano ético), la escuela se encarga de darle una educación y preparación intelectual, que le capacita para seguir otros estudios superiores, los cuales le permitirán al menor, situarse mejor en su contexto social.

En terminos amplios, la educación consiste en lograr de sarrollar en el educando (habitualmente un niño ó joven) en forma armónica e integral, sus aptitudes físicas, intelectuales y mora--les.

En este aspecto, Mazeaud señala que, " a la obligación- de los padres de proporcionar a los hijos la instrucción debida, - corresponde el derecho y el deber de atenderlos, puesto que la educación y la instrucción se encuentran necesariamente vinculadas, - así la persona encargada de la instrucción del menor, juega un pa- pel importantísimo y de primer orden en su educación de dicho suje

jeto.⁽³⁶⁾

Advertimos que nuestra legislación en vigor, involucra la intervención del Estado, sobre los asuntos relativos a la familia. Esto lo realiza través de el Ministerio Público, en su carácter de representante social, pudiendo señalar concretamente su intervención en cuanto al descuido de los padres para con los menores y, esto nos dá pie a analizar el contenido del artículo 422 del Código Civil vigente, que a la letra señala:

"Artículo 422.- A las personas que tienen el hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente. Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela que las personas de que trata, no cumplen esta obligación lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda."

Esto es, que el Código Civil para el Distrito Federal, indica claramente, cual es el momento en el cual ha de intervenir el Ministerio Público en los asuntos de familia. Como ya lo he --- apuntado, esto es regla jurídica, pero, en la realidad social, la intervención de la Representación social, es muy limitada, en razón de la desorganización administrativa y, la limitación en el -- presupuesto de dicha institución pública, aunado todo ello, a la - exagerada falta de técnica jurídica de los litigantes, para hacer valer esta institución.

 (36) Mazeaud, Henri y Jean, " Derecho Civil", traducción de Luis-Alcalá - Zamora y Castillo, Volúmen IV, página 96, Editorial Porrúa, S.A., 1990.

Es necesario el precisar, que el Derecho que conlleva-- implícito el concepto de guarda y custodia, contempla exclusivamente el poder de dirección sobre un menor, así como la educación de este. para su propio beneficio, claro está, pero sin excederse en los métodos de dirección y educación, como lo conceptualiza el contenido del artículo 423 del Código Civil para el Distrito Federal-- que textualmente señala:

" **Artículo 423.-** Para los efectos del artículo anterior, los que ejerzan la patria potestad ó tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a estos de buen ejemplo. "

De lo anterior, se desprende la existencia de una moderación sobre el ejemplo que han de brindar los padres ó los tutores-- a su custodiado. ya que la educación, en muchos de los casos, se transmite en primer término, por imitación, sobre todo, en la edad infantil, extendiéndose ciertamente através de la adolescencia y en algunos de los casos, hasta la juventud del sujeto.

Ahora bien, señalaré el origen del concepto de guarda y custodia, en base a su etimología.

Custodia proviene del latín **Custos**, que a su vez implica " el guardar con cuidado y vigilancia" (37)

Guarda deviene de la palabra **garde, guardiere**, que implica "conservar y estar atento" (38)

(37) Casso y Cervera, " Diccionario de Derecho Privado" Edit. Lex, Madrid, 1968

(38) Idem,

La naturaleza jurídica de la guarda y custodia, a pesar de hallarse explicada dentro de este trabajo, infiriéndose del análisis que del mismo concepto se ha desarrollado, es importante el resaltarla aún más; no basta para el suscrito el dejar explicado - lo hasta este momento indicado, sino que considero importante explorar a fondo, la naturaleza propia de la guarda y custodia, para poder comprender con exactitud, la magnitud de este concepto.

Originariamente, el derecho del ejercicio de la guarda y custodia, se ha desarrollado a través del tiempo en el hombre, en su carácter de especie animal. En efecto, aún antes de existir leyes y codificaciones, necesariamente surgidas por la convivencia cotidiana entre los hombres, existió el instinto proteccionista de este, por sus vástagos, quienes, a su vez, son simiente de nuevas generaciones, que reflejan el carácter, actitudes y virtudes, en este orden, de los padres.

Esto es precisamente, lo que impulsa al hombre para la defensa de su prole, ante el resto de la sociedad, ó mejor dicho, de los hombres, en cada instante, en una lucha por prevalecer.

Si a esto agregamos que el hombre se ha vuelto un ser eminentemente sedentario, podemos concluir que la lucha por la supervivencia ha sido ardua e inmisericorde para los más débiles, como lo son los hijos, implicando con ello, una gran tarea para los progenitores, pero sin perder de vista el hecho de que, en muchas de las ocasiones, no solo es el hombre quién se hace cargo del cuidado y guarda de los menores, sino que, la mujer juega un papel primordial en esta función, que se vuelve casi exclusivamente de ella, cuando el hombre realiza sus cacerías, sus guerras y, porque

no decirlo, sus aventuras.

Con el correr del tiempo, el vivir del hombre en sociedad se hizo necesario, por un espíritu sedentario que comenzó a nacer dentro de su ser, lo cual implícitamente acarreó la necesaria regulación de sus actos en sociedad, tanto del orden natural (como el cuidado de los hijos), como del orden social (trabajo, obligaciones),

De ahí que se pueda afirmar sin temor a equivocarnos, - que es desde este punto, donde el imperio del derecho comienza a - tomar en cuenta la protección del menor, así como la regulación de dicha protección, de parte de la madre ó del padre ó incluso, de otros parientes consanguíneos ó instituciones públicas.

Aunado todo lo anterior, al hecho de que la propia ley busca la protección efectiva del menor, no solo de palabra y derecho, sino de hecho. Es así, de considerarse que la misma Ley hace restrictivo el Derecho de la guarda y custodia de los menores, buscando siempre el mejor y mayor beneficio de estos, privando por consecuencia, a los padres indignos de tal ejercicio, velando siempre por una niñez sólida y sana, fijando a su vez, las normas para dicho ejercicio, tanto a los padres, como a los parientes consanguíneos y las instituciones públicas.

Asimismo, es importante el resaltar, que la efectividad del ejercicio de la guarda y custodia, depende principalmente de que se conserve el bien jurídicamente tutelado, como es el caso de la infancia y normal desarrollo de los menores, imponiendo al sujeto, obligaciones y sanciones, en caso de indebido ó nulo ejercicio de dicho Derecho.

Hablando un poco de sanciones, resalto el hecho de que en los primeros sistemas jurídicos ya analizados en capítulo aparte, respecto de la figura jurídica en estudio, a la misma se le -- consideraba inflexible, siendo por ende, extremo el grado de la aplicación de sanciones, como en el caso de la pérdida total en el ejercicio de la patria potestad, que necesariamente implica la - pérdida del ejercicio de la guarda y custodia.

En la actualidad, se habla de la pérdida del Derecho de guarda y custodia para los progenitores no viables ó indignos, pero con una adición, esta es, que no se dá solamente en forma total y tajantemente, sino que existe la pérdida parcial de este ejercicio.

Así, la íntima naturaleza jurídica de la guarda y custodia se define principalmente, por el hecho de que su ejercicio adecuado, es el pilar en la formación de los hombres y mujeres que -- han de nutrir a la nación, con sus conocimientos, formas de comportamiento y sobre todo, por su adaptación y deseo de superación --- constante, lo cual indudablemente, no puede ser obtenido de personas que han crecido con traumas y malos tratos, ocasionados por el otorgamiento inadecuado de la guarda y custodia, a personas no aptas para dicho fin.

4.- Reglamentación jurídica actual del ejercicio de la guarda y -- custodia en el Distrito Federal.

En estos días, la vida en las grandes ciudades, como lo es el Distrito Federal,, que cuenta con la convivencia diaria de - varios millones de seres humanos, de toda raza, color y creencias, no es asunto fácil. De la misma forma, la convivencia entre los nú

cleos de esta población, como lo son las familias propiamente dicho, se torna cada vez más difícil, dado que innumerables factores convergen para propiciar la desintegración familiar, siempre a un ritmo más acelerado y, entre estos factores, podemos encontrar algunos ejemplos como : pornografía, violencia callejera, drogadicción más la crisis económicas, transculturización, degradación de valores sociales, abandono de estudios a temprana edad, etcétera.

La acertada visión del legislador ha encontrado estos problemas en el diario devenir de la sociedad y, en obvio de proteger a la misma, se esfuerza por la protección del menor de edad.

Al proteger a la infancia, implícitamente, además de la protección de la sociedad, el legislador pretende proteger a la familia, como centro de procreación, crianza y perpetuación de la especie.

En este sentido, el código Civil para el Distrito Federal, regula la mencionada figura jurídica, así como su ejercicio (tema central de este trabajo), sin que por ello deje el suscrito de señalar las deficiencias que esta codificación contiene, dado que los mecanismos que contempla para tal fin, se hallan alejados de la realidad social actual en que vivimos, amén de la falta de estructuras institucionales factibles de brindar un real apoyo a el Juzgador para dicho fin.

Esto demerita el otorgamiento positivo de la guarda y custodia de los menores, a las personas más idóneas y, pone en entredicho, si el juzgador toma la mejor decisión en favor de los infantes, en variadas ocasiones, como ya acertadamente lo señaló la señora licenciada Clementina Gil de Lester, en fecha siete de mar-

zo de mil novecientos ochenta y cuatro, "no siempre depende de la Ley (y sus lagunas), la correcta adecuación y otorgamiento de la guarda y custodia de un menor, sino que en la mayoría de los casos ello se debe a la torpeza ó habilidad de los abogados patrocinantes." (39)

Para comenzar con este análisis, señalemos en primer término que, nuestro actual Código Civil, al través del tiempo de su vigencia, ha otorgado --- iguales consideraciones al hombre y a la mujer, como se denota de la correlación de los artículos 2, 164 y 165 del mismo, de los cuales se desprende que en materia de custodia y alimentación de los hijos, así como de su -- educación, los cónyuges han de tener igualdad jurídica(Cfr. Código Civil del D.F.).

Asimismo, el artículo 412 del mencionado Código Civil, -- señala que los hijos han de estar bajo la patria potestad(impli-- cando a la guarda y custodia por ende), mientras no se hallen eman-- cipados y su regulación por cuanto a su ejercicio, queda subordina-- da a la determinación de la Ley sobre Previsión Social de la Delin-- cuencia infantil en el Distrito Federal, tal y como lo dispone el-- artículo 413 de dicho Código.

No olvidemos que por cuanto hace a la educación de los-- menores, el Código Civil vigente, desde sus orígenes y hasta la fe-- cha actual, considera la intervención en primer término, de la Ley-- sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil, dando poste-- riormente paso a las determinaciones de los Consejos locales de Tu

(39) Anales de Jurisprudencia, Tribunal Superior de Justicia del D.F., tomo --
202, pág. 215, Octubre, 1985, México.

tela.

Me refiero ahora brevemente a la Ley Sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil.

Esta misma expresa desde sus considerandos, la tendencia a prevenir la delincuencia infantil, con la creación de instituciones idóneas a tal fin. En sí, sus objetivos son múltiples, pero entre los más importantes encontramos el de corregir a tiempo, las perturbaciones físicas y mentales de los menores y evitar así su perversión mental; consideraba en este mismo orden de ideas el legislador de esta época, (De la creación de esta Ley), que los menores podían ser considerados como delincuentes.

Es de suma importancia recalcar el hecho de que, esta Ley pretendió ocuparse primordialmente de la delincuencia infantil dejando de lado la guarda y custodia del propio menor.

Por lo mismo, considero que esta Ley, no deja de ser -- por sí misma, intrascendente.

Brevemente indico que los Consejos Locales de Tutela, - funcionan aún en la actualidad, en número de dieciséis, uno por cada delegación política del Distrito Federal y, que el financiamiento para el sostenimiento de los mismos, lo proporciona el Sistema-Integral para el desarrollo de la Familia (DIF), así como que este organismo, el que designa anualmente, los consejeros integrantes del mismo, mediante un convenio logrado entre esta institución y el Departamento del Distrito Federal.

La Ley que vino a sustituir parcialmente este ordenamiento legal (Ley sobre previsión Social de la Delincuencia Infantil) . lo fué precisamente la Ley Orgánica y Normas de Procedi-

miento de los Tribunales de menores y sus instituciones auxiliares en el Distrito y Territorios Federales, publicada el veintiséis de junio de mil novecientos cuarenta y uno.

Aunque es un poco más avanzada en su redacción y lógica jurídica, no fué más allá de la Ley anterior, derogada, ya que en igual medida se concretó a describir las formas de prevención de la delincuencia infantil, dejando en total abandono, la guarda y custodia de los propios menores, siendo solamente mencionada en este trabajo, por la importancia cronológica que tiene, así como para el mejor entendimiento de la regulación jurídica del tema central de esta tesis.

En este mismo orden de ideas y, toda vez que he señalado, a quién se otorga el derecho de ejercitar la guarda y custodia sobre los menores, en principio, indico en este momento, en forma más específica, que los progenitores son los que ejercen, de hecho y derecho, en los más de los casos, dicha figura jurídica. Esto es en virtud de que nuestro derecho así lo señala, específicamente, en lo contenido por el artículo 414 del Código Civil vigente, aunque se especifica que la referida guarda y custodia, en su carácter de patria potestad, ó mejor dicho, como parte de esta última figura, se ejercita para los hijos de matrimonio, lo cual es criticable, ya que da pie a recaer en los vicios de los Códigos de 1870 y 1884, por cuanto a la discriminación y aberrante distinción entre los hijos que ahí se contenía.

Ahora bien, el ejercicio de la custodia por parte de uno de los progenitores, se da en algunos de los casos, cuando se priva al otro progenitor de dicho derecho (Suspensión temporal ó

definitiva de la patria potestad), cuya consecuencia más importante es, la guarda de hecho, sobre los menores.

Ejemplifiquemos esto, en las situaciones de divorcio, - en donde el cuidado y educación de los hijos, se otorga a uno de los cónyuges, según lo preceptuado por los artículos 273 fracción I y 282 fracción VI del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Asimismo, conforme a lo señalado por el artículo 380 en concatenación del artículo 381 del mismo ordenamiento citado, en donde se reconoce que ambos progenitores tienen la patria potestad para el caso de que no vivan juntos, pero solo uno podrá disfrutar del ejercicio de la guarda y custodia.

Analicemos en primer término, el caso del ejercicio de la guarda y custodia, por uno de los progenitores tratándose de divorcio, comenzando por el supuesto planteado de un divorcio voluntario ó de mutuo consentimiento.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 272, último párrafo, del Código Civil del Distrito Federal se establece, la posibilidad de los cónyuges, para obtener el divorcio por mutuo consentimiento y en forma libre.

Transcribo a continuación, el contenido del artículo -- 273, fracción I del Código Civil, para poder entender, el espíritu de los alcances protectores que el legislador pretendió otorgar a los menores, para el supuesto tratado:

* Artículo 273.- Los cónyuges que se encuentran en el caso del último párrafo del artículo anterior, están obligados a presentar al Juzgado un

convenio en que se fijan los siguientes puntos.

I Designación de persona a quién sean confiados los hijos de matrimonio, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio."

En este caso, el legislador, en vez de propugnar por un castigo, sanción ó medida punitiva en contra del progenitor - cualquiera que este sea-, se interesa más por la seguridad de los menores, sobre los intereses de los padres de estos, ya que, los hijos no deben, en ninguna forma, sufrir las consecuencias de un rompimiento conyugal, máxime si se trata (como en este caso), de un rompimiento de tipo pacífico y ordenado, por lo que repito, se procura en dicha fracción, el asegurar la habitación, alimentación, cuidados y educación de los menores, durante y después de comenzado y agotado el procedimiento judicial respectivo, para evitar al máximo su desamparo. Esta es una condición sine quo non para que el -- Juzgador, pueda aprobar, la disolución voluntaria del vínculo matrimonial habido entre los divorciantes, por lo que en la especie, el legislador sí se preocupa por el bienestar de los menores, pero cabe preguntarse en forma directa; ¿ Qué mecanismos ha de seguir el Juzgador, para comprobar la idoneidad de la persona a quién deban de ser confiados los hijos?

No se especifica con claridad y habríamos de acudir a lo asentado por el artículo 282, inciso VI, en relación del artículo 283 del Código Civil, de donde inferimos que, el Juzgador ha de recurrir a todos los medios necesarios, para poder otorgar el ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia de los hijos menores.

A su vez, en el caso del supuesto inherente al divorcio necesario, los cónyuges coexisten con un conflicto, que puede llegar a hacer imposible, la relación matrimonial y que cambiaría de fondo, las relaciones familiares entre padres e hijos, ya que el divorcio significa, disolución, rompimiento ó separación.

En este caso, los hijos menores de edad no son puestos bajo la guarda y custodia de una persona designada exprofeso, sino que es el cónyuge demandante, quién en principio, procura allegarse a los hijos, mediante la petición de tal suceso, en uso de las medidas provisionales señaladas por el propio Código tratado, específicamente por el artículo 282. Esto claro, será en forma provisional, claro está.

Observemos que lo anterior, implica poner bajo el cuidado de uno solo de los progenitores, ó de un tercero de los contemplados por la Ley para entrar en ejercicio de la guarda y custodia a los menores, principalmente por el rompimiento de valores y vínculos en un divorcio y, ello, respaldándose en el artículo 414 del Código Civil vigente.

Una vez concluidos ambos tipos de procedimientos judiciales, diametralmente opuestos por cuanto a su forma, pero con idéntico fin, la situación en la que quedan los menores habidos en matrimonio es similar; separados de su seno familiar, con un trauma creado a partir de la separación de sus padres, con el total aniquilamiento del hogar con el que han vivido su más temprana edad y, finalmente, bajo el cuidado de uno solo de sus padres ó en el peor de los casos, con un familiar, ó una Institución pública.

Para esto, el Juzgador ha de observar cuidadosamente la

decisión de otorgar en guarda y custodia a un infante, ya que de lo contrario, en lo futuro estos menores pueden ser potenciales de lincuentes ó inadaptados sociales, que crearán conflictos a la sociedad que los cobija.

Pasemos ahora al caso de la guarda y custodia otorgada a uno solo de los progenitores, cuando son personas que no viven juntas, bajo un techo común (Como en el caso de los individuos -- que practican el amasiato ó la "unión libre" -concubinato-, al termino de esta última).

Para estos casos, los progenitores tienen el goce de la guarda y custodia de los menores, por ser precisamente padres de los menores en cuestión y, acorde con los artículos 412, 414 fracción I del Código Civil vigente en el Distrito Federal.

Del análisis de los artículos antes mencionados, en clara confrontación con la realidad social que hoy en día nos rodea,, y en específico, por cuanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio, descubriremos que nuestra actual codificación en principio, - hace un distinguo: Los menores nacidos en matrimonio y los nacidos fuera del mismo.

Continuando con el somero análisis intentado, descubriremos que aún y con dichas diferenciaciones, el Código Civil vigente para el Distrito Federal, no deja sin protección a los menores, nacidos dentro ó fuera de matrimonio, ya que señala la obligación de los progenitores- ambos-, de velar y custodiar a los mismos, -- pugnando por el armónico desarrollo de los menores, sin importar-- bajo que estado civil fueron procreados. A mayor abundamiento, los progenitores conservan todos y cada uno de los derechos que ejer--

cen los cónyuges, respecto de los hijos nacidos de matrimonio sobre sus hijos.

De todo lo antes planteado, llegamos a la conclusión de que si bien es cierto, se otorga la guarda y custodia de los menores a sus progenitores, aún y cuando los mismos no se hallen unidos por un vínculo matrimonial, no menos cierto lo es que nuestro Código Civil adolece de un mecanismo adecuado para proveer lo mejor a los menores de edad, respecto de la idoneidad y la viabilidad de los progenitores que han de cuidar su formación, crecimiento y sano desarrollo.

En este mismo orden de ideas, estudiemos un poco, la patria potestad y la custodia que ejercen los ascendientes de los propios progenitores y, cuya intervención en la figura en estudio se halla regulada por el artículo 414 del Código Civil vigente.

Efectivamente, el artículo antes citado contempla entre fracciones (I, II y III), que los menores de edad, han de estar sujetos al ejercicio de la patria potestad, con la consiguiente guarda y custodia, no solamente de los padres, sino de los abuelos, ya sea por línea materna ó paterna, según sea el caso y es oportuno el comentar, que son precisamente los abuelos en línea paterna, quienes ejercen en dado caso, la custodia y guarda de los menores, en obvia reminiscencia de los Códigos Civiles de 1870 y 1884.

La reforma del Código en cita, del día veintisiete de Diciembre de mil novecientos ochenta y tres, concretamente sobre el artículo 283, faculta al Juez para tomar las medidas pertinentes, al fijar la situación respecto de los hijos, para el caso de

divorcio, relacionando esto con lo manifestado anteriormente, entendiendo que se puede llamar al ejercicio de la patria potestad (incluyendo guarda y custodia), a los ascendientes de los progenitores, claro en el orden que la propia ley establece y, en obvio de la no idoneidad ó incapacidad de los padres para continuar ejerciendo dicha figura jurídica.

Para el caso de lo planteado por los artículos 380 y 381 del Código Civil, en el supuesto planteado, la Ley es omisa-- respecto de los hijos que viven con ambos progenitores, quienes - de hecho y derecho ejercen la guarda y custodia, dejando de lado a los demás ascendientes.

En el caso de que ambos progenitores no fueran aptos-- para el ejercicio de la guarda y custodia de los menores, el Juzgador ha de designar un tutor, en terminos del artículo 414 ya ci tado.

Otra forma de la guarda y custodia, regulada por el-- Código Civil tratado, lo es precisamente la ejercida por los pa-- rientes colaterales.

Si bien es cierto, hemos realizado mención de la guar da y custodia ejercida por los ascendientes, que viene regulada-- por el multicitado artículo 414, no debemos dejar de lado lo pre-- ceptuado en los artículos 482 y 483, que se refieren a la tutela-- legítima ejercida por lo colaterales, en el orden que ambos artí-- culos señalan.

Por principio, el artículo 483 indica, que la tutela-- legítima corresponde a los hermanos, dando una notable preferen-- cia, a los que que sean por ambas líneas, marcando enseguida la -

entrada en ejercicio de la misma, para los demás parientes colaterales, ya sea por falta ó incapacidad de los hermanos.

De lo antes explicado, es de hacerse notar, que en -- ningún momento se deja sin tutor y sin quien ejerza la patria potestad, con la consiguiente guarda y custodia a los menores, antes bien, se regula el ejercicio de dicha figura jurídica, en pretendida protección del normal desarrollo de los menores, pero no se establecen mecanismos adecuados para que el Juzgador pueda determinar con precisión, quién es la persona más idónea, para ser llamada al ejercicio de la guarda y custodia reñidas, lo que puede confrontarse al realizar la lectura del artículo 484 del mismo Código Civil tratado.

Es cierto que los parientes gozan de una notable preferencia para el ejercicio de la guarda y custodia; sin embargo, analicemos el supuesto en que no existan parientes viables para desarrollar dicho ejercicio.

En este caso, es claro que la guarda y custodia debe de ejercerse por un extraño a la familia del menor, quien ejerce el control, cuidado y guía del menor, aunque en menor grado que los progenitores(por el vínculo afectivo existente) y, buscando siempre, lo que doctrinariamente se denomina " los mejores intereses del niño" (40), lo cual simplemente se refiere a la preferencia de los terceros, respecto de los padres naturales, para el -----

(40) Warburg, Ronald, " Child custody, a comparative analysis", Israel Law Review, volúmen 19, número 4, 1979, pp. 480-485
Drabjna edit., Israel. Traducción de Silviano Galindo Morgecho.

ejercicio de la guarda y custodia, importando sobre todo, el conjunto de intereses del niño, aún por sobre los derechos de los pa dres. Claro está que esta doctrina que he enunciado, es extranjera , pero la misma dá origen a los enunciados de los artículos 483 y 495 del Código Civil en estudio, mismos que hacen referencia a la tutela dativa, para el caso de la no existencia de tutor testamenta rio, ó que este se halle impedido temporalmente para ejercer - su cargo, no existiendo a su vez, pariente alguno que pudiera --- ejercitar dicha figura jurídica.

Asímismo, el artículo 500 del Código Civil establece:

" **Artículo 500.**- Los menores de edad que no están sujetos a la patria potestad, ni a tutela testa-- mentaria ó legítima, aunque no tengan bienes, se les nombrará tutor dativo, la tutela en este caso tendrá por objeto, el cuidado de la persona del - menor, a efecto de que se reciba la educación que corresponda a sus posibilidades económicas y a -- sus aptitudes. El tutor será nombrado a petición-- del Consejo local de Tutelas, el Ministerio Público, del mismo menor, y aún de oficio por el Juez-- de lo familiar. "

De lo anterior se desprende el hecho, de que el legislador en ningún momento dejó en desamparo a los menores, para que sean educados y guiados, en ejercicio de la patria potestad y bajo la guarda y custodia, incluso de un tercero extraño a su familia, ya que según vemos, es de primordial importancia, la guía y cuidado idóneos sobre los menores, para su mejor desenvolvimiento

psico-social.

En variados casos, esta guarda y custodia, como tui--
ción enfocada al mejor desarrollo de los menores, ha dejado de --
ser un aspecto primordial del legislador, quién en cambio, si se--
avoca a tutelar los intereses económicos de los propios menores, --
sin importarle en gran medida, su correcta educación y guía en su
crecimiento emocional y físico, en virtud de que no existe una re
glamentación adecuada y moderna que señale los mecanismos adecua
dos, como podría ser un exámen psicp-socio-económico, de las per--
sonas a quienes ha de ser encomendada la guarda y custodia de los
menores, siendo esa proposición, tema fundamental de esta tesis.

Siguiendo el desarrollo del presente trabajo, no he--
mos de dejar de lado, la guarda y custodia que se ejercita por --
una persona NO FISICA, SINO POR UNA INSTITUCIÓN DE CARACTER PU--
BLICO, que se hace cargo de los menores, por quienes se ha consi--
derado más sano(Según la decisión de un Juez), el separarlos de--
sus progenitores, ó cualquier otra persona que hubiese ejercido --
una incorrecta guarda y custodia de los mismos.

Dichas instituciones son por ejemplo, el Sistema para
el Desarrollo Integral de la Familia(DIF), la Secretaría de Salu--
bridad y asistencia(SSA), entre otras; las cuales reciben a los--
menores, para ser dados en adopción ó tutela, para el caso de que
los progenitores hayan sido privados de su patria potestad, ya --
sea en forma parcial ó total, ejemplificando lo anterior, como en
el caso de que un menor sea abandonado por su progenitores ó en --
el caso de que su custodia se pierda por circunstancias resueltas
ante una autoridad judicial e inclusive. para el caso de que los-

menores reciban malos tratos y descuido total por parte de los--progenitores.

Según Mazeaud, estos niños se clasifican como niños -maltratados y señala " Son entregados a una entidad estatal, para que se haga cargo de ellos ó los confié a un particular" (41), en obvio de intentar proporcionarles condiciones de vida más favorables, así como para procurar su sano desarrollo físico y mental, -al lado de personas que efectivamente han de ejercer la patria po testad sobre ellos, cuidándolos y educándolos convenientemente, - para formar futuros ciudadanos sanos y, con una conciencia moral más acorde, para realizar el bien propio y social, que tendiente- a la maldad.

Hablamos así de la tutela sobre los menores y en con- traposición, he de señalar que estas instituciones, principalmen- te de beneficencia, a más de ser medios para conseguir la adop--- ción de un menor de edad, son también medios para otorgar tutelas a los menores expósitos, los abandonados ó recogidos por una per- sona, encontrándose ello reglamentado, en los artículos 492, 493- y494 del Código Civil para el Distrito Federal.

Esto es en sí, la reglamentación jurídica actual de-- la guarda y custodia sobre los menores, que se halla en nuestro- Código Civil vigente.

Sin embargo, este trabajo se encontraría incompleto, - si no atendieramos a la reglamentación que existe del tema en es- tudio en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal -----

(41) Mazeaud, Henri León, " Derecho Civil", Porrúa, 1989. pág. 96.

a lo cual señalo, que solamente en dos artículos se hace referencia a la figura jurídica en estudio y, estos son, a saber, el artículo 213, el cual habla de las medidas que el Juez ha de tomar para el caso de la separación de personas, como acto prejudicial y que a la letra señala:

" **Artículo 213.-** El Juez determinará la situación de los hijos menores, atendiendo a las circunstancias del caso, tomando en cuenta las obligaciones señaladas en el artículo 165 del Código Civil, -- las propuestas de los cónyuges si las hubiera y-- lo dispuesto por la fracción VI del Artículo 282, del mismo Código Civil."

Para este caso, el Juzgador se ve compelido a determinar lo más favorable para el propio menor y aunque no se menciona en forma específica, ha de tratar de otorgar el ejercicio de la guarda y custodia provisional, de uno de los cónyuges sobre el menor ó los menores que se tengan bajo guarda y custodia.

Otro de los casos, se halla contemplado por el artículo 941, que en su parte conducente señala: "...asuntos que afecten a la familia, especialmente tratandose de menores..decretando las medidas que tiendan a preservar y a proteger a sus miembros..". de lo cual desprendemos la importancia que aún en materia procesal. se dá a la correcta entrega de la guarda y custodia de un menor, aunque sin tomar en cuenta las mejores condiciones del progenitor, que pudiera brindar mayor desarrollo y seguridades físicas y mentales a los hijos, tenemos que analizar específicamente y en primer término, lo preceptuado por el artículo 443 del Código

Civil respecto a la forma de acabarse la patria potestad sobre un menor ó un hijo, con la consiguiente forma de acabar con la figura jurídica íntimamente unida a la patria potestad, como lo es la guarda y la custodia, más aún, tenemos señalado en el artículo -- 444, el supuesto por el que no se acaba la guarda y custodia, (entendiendo con ello la patria potestad como continente de aquella) --sino se pierde y, en el artículo 447 encontramos la extinción - de la guarda y custodia en forma suspensiva, así como en el caso poe el cual su ejercicio puede ser renunciable. Analicemos cada-- uno de estos casos:

I.- En principio, hemos de señalar que la patria potestad puede acabarse en tres supuestos: I) Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga, II) Con la--- emancipación derivada del matrimonio y, III) por la mayor edad del hijo.

De lo antes transcrito denotamos que el supuesto seña lado por el inciso I, se refiere a la falta de la persona idónea, cuya muerte sin dejar alguna otra persona para el ejercicio de la guarda y custodia, haga materialmente imposible, la continuación- en el ejercicio de esta figura jurídica, entendiéndola como íntimamente ligada a la patria potestad.

Del simple estudio del supuesto ya mencionado, inferi mos una notable discrepancia entre lo contenido en el Código Ci-- vil y lo requisitado por un menor. sujeto a la patria potestad.

Claro está, que no pueden ejercer la patria potestad sino las personas expresamente enunciadas por el artículo 414 del propio Código Civil y que, dada la naturaleza de dicho ejercicio,

se contiene en sí, la guarda y custodia, misma que puede ser realizada por personas vivas.

En los tres supuestos del artículo 414 del Código Civil en cita, encontramos la forma en la que debe ejercerse la patria potestad sobre un menor, dando comienzo por el padre y la madre, así como continuando con los abuelos paternos, finalizando con los abuelos maternos, lo cual hace excluyente en principio,-- el ejercicio de los demás parientes, para el caso de la guarda y custodia, que señalo nuevamente, se ve íntimamente ligado a la patria potestad; sin embargo, si analizamos con más detenimiento el mismo código, encontramos que los demás parientes pueden, en un momento dado, ejercer la patria potestad sobre un menor, a menos que ello se les impida ó se les restrinja por una autoridad judicial, así como que no se excusen para el desempeño de dicho cargo.

Analizando el supuesto de que no existieran padres ó demás ascendientes, nos encontramos con los parientes colaterales denominados hermanos, quienes tienen obligación de hacerse cargo de los menores, conforme al artículo 483 del referido Código Civil del Distrito Federal.

En cuanto hace a la fracción II y III del referido artículo 414, vemos que se da preferencia a las ascendientes, sobre el resto de los parientes, que en determinado momento pueden ejercitar la figura en estudio.

Enseguida encontramos la fracción II del referido artículo 443 ya citado, mismo que indica otra forma de acabarse la patria potestad. siendo esta, la emancipación derivada del matrimonio.

Recordemos que, en el Distrito Federal, el matrimonio - existe incluso, en personas menores de edad, sin que se excluya - el hecho contemplado por el artículo 148 del Código Civil, refe-- rente a las edades mínimas para poder contraer matrimonio (14 y- 16 años, respectivamente), aunque este requisito es dispensable, - si se subsana con el consentimiento expreso de quien ejerza la -- patria potestad (Artículos 148, 150, 151, 153, 154 y 155 del Có- digo Civil cftado).

Enseguida viene a nuestra mente, la edad requerida para realizar la emancipación de la patria potestad y de la consecuen- te guarda y custodia, la cual es precisamente, la de dieciocho -- años, en concordancia a lo estipulado por los artículos 642 y 643 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

5.- Modo de extinción.

Visto lo anterior y fundado el análisis de la fracción- II del artículo 443 del Código Sustantivo en estudio, procedo aho- ra a explicar, la forma de acabar con la patria potestad por eman- cipación, al celebrarse el contrato de matrimonio.

Primeramente señalo, que el matrimonio se celebra preci- samente entre un hombre y una mujer, quienes se unen en un víncu- lo disoluble, con el objeto de perpetuar la especie y ayudarse a- sobrellevar las cargas de la vida(Arts. 146 y 147 del Código Ci- vil) y, por ende, ello implica, la necesidad de ambos cónyuges, - para que tengan total independencia del resto de la familia de ca- da uno, siendo importante que no se hallen bajo la guarda y custodia-

de nadie, amén de que se considera a ambos cónyuges en igualdad de circunstancias para dirigir una familia.

Ahora bien, al contraer matrimonio el menor de edad, es evidente la necesidad social de otorgarle igualdad de derechos - como a los mayores, implicando así, la salida de dichos menores de la esfera de los progenitores ó las personas que ejerzan la patria potestad(guarda y custodia) sobre los mismos, conllevando - la lógica terminación de los efectos de la guarda y custodia sobre el menor que ha contraído nupcias, siendo por ende, lógica la terminación de cualquier injerencia externa sobre su persona, así como sus obligaciones y derechos, los cuales a partir de su emancipación, son enteramente atribuibles al emancipado, quien por otra parte ha dejado la guarda y custodia a la que se hallaba sujeto, para en lo futuro, poder ejercitar él mismo, los derechos y obligaciones que de ello se derivan, sobre sus propios descendientes.

En el último caso de la forma de acabarse la patria potestad(y la custodia por añadidura), observamos que la fracción tercera del artículo 443 del Código Civil multicitado, marca que es precisamente la mayoría de edad, la que marca el fin de la custodia sobre los hijos, por parte de los progenitores, ya -- que la ley considera - acertadamente -, que es el momento preciso en el cual los jóvenes han de hacerse responsables de sus actos y responder a sus obligaciones, así como exigir sus derechos, encontrándose dentro de la cesación de las restricciones que usualmente tiene un menor, al hallarse bajo la guarda y custodia, verbigracia el deber de vivir bajo el techo del progenitor(Art.421-

del Código Civil del Distrito Federal).

Visto lo anterior, comenzaremos ahora, con el análisis de los presupuestos del artículo 444 del Código Civil en el Distrito Federal.

Hemos analizados los casos en los cuales se extingue por acabarse, la patria potestad y la consecuente guarda y custodia que de ella deriva; ahora nos encontramos con el caso de la pérdida de dicha figura y que se contienen precisamente en cuatro incisos en este artículo: Fracciones I, II, III Y IV, las cuales estudiamos a continuación.

Fracción I. Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho ó cuando es condenado dos ó más veces por delitos graves.

En este caso, el supuesto de la pérdida de la patria potestad (guarda y custodia), obedece al hecho, de que por cualquier otra conducta inadecuada, que pudiera atentar contra la formación y normal desarrollo de los hijos, se condena al progenitor a la pérdida del ejercicio de este derecho, lo cual no es del todo injusto, ya que la educación, cuidados y guía que reciba un menor por parte del ascendiente que le tenga bajo su custodia, depende la normal adaptación y cabal formación de un individuo, -- que posteriormente ha de interactuar en sociedad y, quién probablemente tendrá problemas de adaptación y comportamiento, si no es conducido y guiado en su crecimiento adecuadamente.

Un caso expreso de esto mismo, lo encontramos al leer lo contenido en el artículo 283 del Código en estudio que en lo conducente señala: "Artículo 283.- La sentencia de divorcio fija

rá 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 ó limitación, según el caso y en especial a la custodia y cuidado de los hijos...", de lo cual se desprende la importancia de la decisión del A Quo, en lo **conducente** a declarar la pérdida del derecho de la guarda y custodia, así como del ejercicio de la patria potestad, si la situación así lo amerita, como en el caso del ascendiente que halla puesto en peligro la integridad física de los menores, al dejar de proporcionar los alimentos necesarios para su manutención y crecimiento, lo cual es una causa de divorcio, contenida en la fracción XII del artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal y que evidentemente se acopla al supuesto manejado por el suscrito.

FRACCION II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283.

En este caso, atendemos a la decisión del Juzgador sobre la conducta que el cónyuge declarado culpable, halla observado para que finalmente, se le declare perdido el derecho al ejercicio de la guarda y custodia, así como de la patria potestad sobre los menores, ello fundado en la demostración de las circunstancias mismas que basamenten la demanda de divorcio intentada, que acertadamente lo ha señalado la licenciada magistrada Clementina Gil de Lester :

" Hace ya muchos años ha existido por mi parte una gran preocupación, respecto del discutible concepto de culpabilidad contemplado en la le-

gislación mexicana, tratándose del caso de divorcio, pasando por alto que una declaración en tal sentido, dependerá, en la mayoría de los casos, más de la habilidad ó torpeza de los abogados que patrocinan a las partes en un litigio". (42)

Y esto es cierto, no existe definitivamente un sólo presupuesto procesal que deje de contemplar la necesidad del Juzgador de encontrar al culpable y al inocente en un juicio; sin embargo, ello no deja de preocuparnos, ya que al decretarse la pérdida de la guarda y custodia; así como del ejercicio de la patria potestad, no siempre atendemos a la real culpabilidad del ascendiente, sino en la mayoría de los casos, a la forma de asesoramiento legal de tales personas, por parte de sus abogados patronos.

Fracción III. Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratos ó abandono de sus deberes pudieran comprometer la salud, la seguridad ó la moral de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la Ley Penal.

En este caso específicamente, atendemos de nueva cuenta al riesgo, al cual se halla expuesto a un menor de edad, en tratándose de la seguridad de su persona y su armónico desarrollo físico y psicológico, todo ello orientado a la formación de individuos socialmente aptos para interactuar en sociedad, y que en -----

(42) Anales de jurisprudencia de derecho civil, tomo 191, abril-mayo y junio, páginas 230 y 231, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1984.

caso contrario el descuido de los progenitores en este sentido, - no es más que irresponsabilidad y ello conlleva a la no aptitud en el ejercicio de la patria potestad y consecuente guarda sobre sus menores hijos, razón de más para poder declarar procedente la pérdida de tal derecho, en castigo de la conducta desplegada por el progenitor que se ubicare en estas circunstancias.

Asimismo, es válido el señalar que no se refiere esta fracción, a la exposición únicamente, sino a hechos concretos y reales y tangibles de peligro inmediato y actual para los menores la mera exposición, es materia de la siguiente fracción;

Fracción IX.- Por la exposición que el padre ó la madre hicieren de sus hijos ó porque los dejen abandonados por más de seis meses.

Referente a esta situación, debemos analizar que, evidentemente la mera exposición y abandono de los hijos implica la poca importancia que uno de los progenitores otorga al cuidado de los hijos y ello denota su despreocupación por conservar ó perder el derecho de criarlos y educarlos, por lo que se hace evidente, la necesidad pública de quitar de manos de los progenitores desinteresados, a los menores, para que ello no repercuta en la sociedad a corto plazo.

Ahora bien, la patria potestad no solamente puede acabar ó perderse, sino inclusive suspenderse, como lo contempla el artículo 447 del Código Civil para el Distrito Federal, que específicamente indica: " La patria potestad se suspende: I.- Por incapacidad declarada judicialmente. II.- Por la ausencia declarada en forma y, III.- Por sentencia condenatoria que imponga como pe-

na esta suspensión.

Si atendemos a la primera fracción, encontraremos que se puede suspender el ejercicio de la patria potestad y su consecuente guarda y custodia, para el caso de incapacidad legalmente declarada, por un órgano judicial; ello no es temerario, ya que de la propia naturaleza implícita de este derecho, deriva el hecho de que precisamente se trata de tutelar, guiar y proteger en su desarrollo armónico y definido, a menores que de por sí, son incapaces por cuanto a situaciones de hecho, así como de derecho y en tal sentido, no es posible que un incapaz, para guiarse a sí mismo, pueda guiar a otra persona, máxime que en ello radica la esencia de la guarda.

Por cuanto al segundo presupuesto legal, contenido en la fracción II ya citada, encontramos la suspensión del ejercicio del derecho ya citado, precisamente en virtud de la ausencia legalmente declarada, que en sí, nos oriente hacia el sentido de que no es posible el ejercicio de este derecho, sin la presencia de la persona que deba ejercerla, habida cuenta de que es precisamente la propia acción y custodia físicas, las que se contienen en dicho ejercicio y, por ende, no se puede ejercitar el mismo estando ausente materialmente, separado de los menores, a quienes debe otorgarse el referido ejercicio y he de señalar, que solamente se suspende este ejercicio, hasta que regrese físicamente la persona que debe de ejercitar este derecho.

En la fracción III, encontramos el supuesto de que por medio de sentencia condenatoria, se decreta la suspensión del mul-ticitado ejercicio del derecho en comento y ello puede obedecer-

a innumerables situaciones de Derecho y hecho que se deben de contemplar durante la tramitación del procedimiento judicial, para la adecuada valoración de la suspensión que pudiera originarse.

Finalmente y en forma somera, he de señalar que el -- artículo 448 contempla la excusa que pueden hacer los ascendien-- tes para el no ejercicio de la patria potestad y la guarda de -- los menores, para cuando la edad o las condiciones habituales de salud, hagan imposible el normal y lógico desempeño de este derecho, las personas que son contempladas en la propia ley, basando nos en el artículo 414 del propio Código Civil para el Distrito - Federal.

6.- Jurisprudencia.

Existe variada jurisprudencia para regular el ejercicio de la guarda y custodia de un menor, en el Distrito Federal, derivada de la diaria tarea de la Suprema Corte de Justicia, así como del Tribunal Superior de Justicia del Distrito federal.

Entre otras, encontramos la siguiente:

" Alimentos, no es ilimitado el derecho de opción del deudor alimentista, para cumplir con el pago de(Legislación del Estado de Chihuahua).-

El artículo 227 del Código Civil del Estado de--- Chihuahua, permite que el obligado a prestar alimentos, pueda a su elección, satisfacerlos pagando la pensión que se fije ó recibiendo y mante--- niendo en su propia casa a la persona ó personas que tengan derecho a alimentos. Sin embargo, esta facultad del deudor no es tan limitada, pues tan to el artículo 227, como el 228 del mismo Código-

le fijan condiciones, como son que, en caso de---
oposición, el Juez decida la manera de ministrar-
los alimentos ó que dicha incorporación no proce-
de si para ello, existe inconveniente legal...las
potestades son poderes jurídicos que se atribuyen
a una persona, no para que esta realice através -
de ello sus propios intereses, sino el interres--
de una ú otras personas. Concluye por ello en la-
idea de potestad, junto al elemento de poder jurí-
dico, un elemento de deber ó de obligatoriedad en
el ejercicio. La regla del artículo 60 del citado
Código Civil(Renunciabilidad de los derechos pri-
vados) es plenamente aplicable a los derechos sub-
jetivos, pero en cambio, no lo es aquellas situa-
ciones de poder jurídico que deben ser incluídas-
dentro del marco técnico de las potestades. El se-
gundo fundamento de la irrenunciabilidad de la pa-
-tria potestda se encuentra en el hecho de que de
renunciarse a esa potestad, ello se haría induda-
blemente, contra el orden público y en perjuicio-
de tercero, entendiendo el orden público, como el
conjunto de principios con arreglo a los cuales -
se organizan las instituciones sociales básicas.--
Desde este punto de vista, no cabe duda de que --
constituye un principio general de nuestro dere--
cho, el de carácter tutelar de la patria potestad

Por otra parte, la renuncia siempre se produciría en perjuicio de un tercero, cuyo tercero es el hijo, a quién perjudica indudablemente el que el padre ó la madre se liberen de aquellos deberes que la potestad paterna les impone.

AMPARO DIRECTO, 5645/71 Emma Maguregui Ramírez,--
13 de julio de 1972. 5 votos- Ponente Ernesto Solis López.

Semanario judicial de la Federación, 7a., época, -
cuarta parte, Tercera Sala, volúmen 43, pág.13."

De la misma observamos que, ante los ojos del Juzgador se debe de proteger a los menores en forma tal, que no se use a la propia ley para burlarse de la misma, ya que el tener a un menor bajo la guarda y custodia de un progenitor, implica realmente el proporcionarle todos los elementos necesarios para su alimentación, formación y sano desarrollo, psico-social.

En este mismo orden de ideas y en contrario a lo plasmado en la tésis jurisprudencial anteriormente transcrita, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, considera que el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor, revela un interés general y por ende, debe de protegerse dicha institución, sin restricción alguna, tal y como se desprende de la tésis jurisprudencial que a continuación transcribo:

" Instancia: Tercera Sala.

Fuente : Informe 1987, semanario judicial de la Federación.

Parte : LXXVI

Página : 4149.

Rubro : MENORES. GUARDA DE LOS.-

Texto : " La Suprema Corte ha orientado su jurisprudencia en el sentido de que procede la suspensión contra las determinaciones que pretenden privar al quejoso en el amparo, de la custodia de un menor, sobre quién ejerce la patria potestad, puesto que hay un interés general de por medio y debe refutarse que, por lo mismo, no se satisface los requisitos de la fracción II, del artículo 124 de la Ley de Amparo, debiéndose conceder la suspensión sin requisito alguno.

Precedentes:

Tomo LXXVI, página. 4149.-Vasconcelos Prieto Mario
7 de junio de 1943.- 4 Votos.

Asimismo, encontramos que la máxima autoridad judicial de la Federación, considera en primer término, la figura de la guarda y custodia, como esencial para el normal desarrollo de los menores sujetos a patria potestad y en tal sentido, existe una tercera tesis jurisprudencial al respecto, la cual a la letra reza:

Instancia: Tercera Sala.

Fuente : Informe 1987

Parte : Segunda

Página : 234

RUBRO : " GUARDA Y CUSTODIA. NO SE PUEDE ENTENDER-
DESVINCULADA DE LA POSESIÓN."

Texto : " Una de las prerrogativas de la patria potestad es la custodia, cuidado y -vigilancia de los menores y dicha guarda no se puede entender desvinculada de la posesión material de los hijos, porque tal posesión es un medio insustituible, para protegerlos, cultivarlos física y espiritualmente y procurarles la satisfacción de sus necesidades."

Precedentes:

Amparo directo 73/87, Cordero Torner y otra 6 de abril de 1987. 5 votos. Ponente Jorge-Olivera Toro. Secretaria Hilda Martínez González. Informe de 1988, Tercera Sala, pág.-138,

Amparo Directo 8236/86. Manuel Armas Vazquez y otra, 12 de enero de 1988. 5 Votos. Ponente José Manuel Villagordos Lozano.

Esto mismo debe de manifestarse por el legislador en posteriores reformas que pudieran sugerirse, al Código Civil y--- la reglamentación que este hace de la guarda y custodia de los menores, como acertadamente lo considera la Tercera Sala de los Tribunales Colegiados de Circuito, en la tesis que antes he transcrito.

Para efectos del tema en desarrollo, se encuentra definida una tesis jurisprudencial, respecto de quién debe conservar-la guarda y custodia de un menor, contemplando no el interés físico

co ó psicológico de los propios menores, ya que el ascendiente ó el tutor que deba de conservar la guarda y custodia, debe de ser idóneo, física, psicológica y moralmente, para poder guiar y educar al menor.

Esta tésis jurisprudencial, se transcribe para efectos de su mejor comprensión.

Poder Judicial de la Federación

Tercer CD-ROM, junio de 1993

Instancias ; Tercera Sala

Fuente ; Semanario Judicial de la Federación.

Epoca : 7a.

Volúmen : 163-168

Página : 97

Rubro : " MENORES, INTERDICTO DE RETENER LA GUAR-

DA DE. NO ES EXCEPCIONAL EL INTERES PERSONAL DE LOS MISMOS.

No es con base en el interés personal de un menor ya sea físico ó psicológico, que se debe resolver acerca de la guarda interina del mismo, pues solo interesa quién tiene ó tenía la custodia al presentarse la demanda interdictal de retener, ya que, para el caso de resolver sobre la guarda definitiva, ello sería através de un juicio que no sería el interductal.

Precedentes :

Amparo Directo 266-78, Horacio Moreno Caballero.8 de octubre de 1982. Unánimidad de 4 votos. Ponente: Raúl Lozano Ramirez"

En este caso, podemos observar claramente lo antes anotado, es decir, que para el Juzgador, lo interesante no es lo que el menor piense ó sea capaz de necesitar, sino por el contrario, - es más importante el hecho de que auién ejerza la guarda y custodia, se halle realmente capacitado en los planos físico y psicológico, para guiar convenientemente al menor. siendo aquí, donde se subsana un poco la deficiencia de la Ley, que deja al libre arbitrio del Juzgador A quo, la decisión de otorgar ó no la guarda de un menor, sin obligarle a analizar exhaustivamente, las razones y perspectivas futuras de desarrollo de los menores.

Por otro lado, encontramos que también para extinguir - la guarda y custodia, por cualquiera de las formas que ya hemos -- analizado con antelación, la Suprema Corte de Justicia de la Na--- ción, ha emitido jurisprudencias, de entre las cuales, encontramos una curiosa tésis jurisprudencial, respecto de la pérdida de la -- guarda y custodia, siendo esta:

Instancia : Tercera Sala

Semanario : Semanario Judicial de la Federación.

Epoca : 7a.

Volúmen : 19

Página : 48

rubro : " MENORES, PERDIDA DE LA GUARDA Y CUSTO--

DIA DE LOS, AL PADRE QUE LE PROFIERA AMENAZAS DE MUERTE.

Texto : " La amenaza de muerte de un padre

que haga a su hijo, máxime cuando este es de --

corta edad, constituye un acto sumamente grave--

por la fuerte impresión que puede causar en la--

mente del menor, al pensar que el sentimiento--- de seguridad y cariño, que le hace depender del progenitor, ha desaparecido.. ó se ha debilitado creando una situación que no solo no debe reiterarse. sino impedirse a toda costa, para evitarle mayores males y, por lo tanto, es infundado-- sostener que se obra con precipitación al privar al padre que haya proferido dichas amenazas, de la guarda y custodia de sus hijos, con base en-- un hecho aislado, sin reiteración, que no tiene la gravedad que se le atribuye, y que solamente-- constituye un altercado entre cónyuges.

Precedentes ;

a.d. 4948/69 Mario Ochoa Altamirano, lo., de julio de 1970. 5 votos. Ponente Rafael Rojina Villagas.

A este respecto, debemos de tomar en cuenta que la privación de la patria potestad de los progenitores, es en la mayoría de los casos, regulada por el Código civil para el Distrito Federal, pero en base a muchas lagunas, dentro de las cuales no se puede definir con precisión la totalidad de las formas por las que un progenitor debe hacerse acreedor a la pérdida de la patria potestad y consecuente guarda y custodia que ejerce sobre un menor, dejando al arbitrio nuevamente del Juzgador, la aplicación de dicha sanción y pienso, que dentro de estas apreciaciones, subjetivas en la actualidad, deben de ser tomados en cuenta. los diversos factores que influyen en la formación de un menor, principiando con el-

análisis consciente, de las capacidades del progenitor. cosa que - analizaré en el siguiente capítulo.

Para terminar con este punto, señalaré que, dentro de - la jurisprudencia definida a la que he hecho mención, aparece una - tésis jurisprudencial que llama mi atención, por medio de la cual - observamos la posibilidad de pactar y convenir sobre el ejercicio - de la guarda y custodia, lo cual no deja de ser interesante, ya -- que a ciencia cierta, nuestra legislación civil del Distrito Fedo- ral, no acepta abiertamente esta posibilidad, aunque la tolera, ya que no existe disposición en contrario y esta tésis a la letra re- za:

Instancia ; Tercera sala.

Fuente : Informe 1986

Parte : II

Página : 89

Rubro : PATRIA POTESTAD, LA CUSTODIA O GUARDA DE--
MENORES SUJETOS A LA, ES SUCEPTIBLE DE CONVENIO POR EL PADRE DE --
AQUELLOS.

Texto : " Aunque de autos aparezca que la de mandada no tiene el carácter de abuela, sino de bisabuela de la menor, esa circunstancia, por sí misma, carece de efectos determinantes para retirar el cuidado y la guarda reconocida al respecto sobre esta en un convenio aprobado judicialmente- celebrado entre los interesados, o sea, el padre- de esa menor y la bisabuela, máxime si tal situa- ción no ha sido ocasionada contra la voluntad del

padre, ni de ella se advierte una privación ilegal de dicha guarda y custodia."

Precedente : Amparo Directo 6304/84. Isidro Gaspar Cruz, 30 de enero de 1983, unanimidad de 4 votos. ponente: FELIPE LOPEZ CONTRERAS, secretario -- VIRGILIO SOLORIO CAMPOS.

Con ello comprendemos que, si bien es cierto, existe una gama limitada de jurisprudencia realmente aplicable a la guarda y custodia de un menor, por parte de sus progenitores, no menos cierto lo es que el legislador y las autoridades judiciales muestran cada vez, un mayor interés por atender la problemática de la protección y cuidado de los menores aunque los pasos establecidos a tal fin, han sido hasta el momento insuficientes.

CAPITULO 111

LA NECESIDAD DE LA APLICACION DE UN EXAMEN SOCIO-PSICO-ECONOMICO A
LOS PROGENITORES, PREVIAMENTE AL OTORGAMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTO
DIA DE UN MENOR, EN FORMA OFICIOSA, POR PARTE DEL JUZGADOR EN EL -
DISTRITO FEDERAL.

CAPITULO III

La necesidad de la aplicación de un exámen socio-psico económico a los progenitores, previamente al otorgamiento de la -- guarda y custodia de un menor, en forma oficiosa, por parte del -- Juzgador en el Distrito Federal.

A. La problemática del otorgamiento de la guarda y custodia de un menor de edad en el Distrito Federal.

1.- La oficiocidad en el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor de edad en el Distrito Federal.

Entramos ahora al desarrollo del capítulo tercero(y - último) de este trabajo, una vez que he estudiado a fondo, la evolución histórica de la figura jurídica identificada como guarda.

Al mismo tiempo, he analizado en detalle, la regula -- ción de dicha figura, en el Código Civil del Distrito Federal vi -- gente.

Asímismo, he realizado algunas observaciones(señala -- das) en el capítulo anterior respecto de las deficiencias y lagunas que la legislación analizada presenta, respecto de la regu -- lación eficaz sobre la guarda y custodia.

Es pues este el momento, de proponer las modificacio -- nes y adiciones que a mi entender, considero pueden mejorar nota -- blemente, el otorgamiento del cuidado de los menores de edad, al -- cual estos tienen un derecho supremo.

Encontramos que el Juzgador se encuentra conferido de -- facultades ó imperium, para decidir sobre el otorgamiento de la -- guarda y custodia de un menor, aún para el caso de que no exis -- tieran las personas que legalmente, deben de ejercitar el multi

mencionado derecho dimanado de la guarda y custodia.

Existe sin embargo, un punto angular sobre el cual debe centrar la atención de este trabajo. Este se radica en el hecho de que regularmente aparece en la práctica jurídica de los Tribunales de Justicia del fuero común del Distrito Federal, específicamente en los juzgados de lo familiar, un gran dilema del Juzgador al momento de entregar a un menor de edad, a la persona que ha de guardarle y cuidarle.

No es solamente fortuito, el hecho de que el Juzgador se encuentra frente a dicha encrucijada, por ejemplo, en el caso del divorcio necesario, pues al momento de aplicarse la ley, respecto a la entrega referida, ha de considerar la disolución de una estructura familiar; que indudablemente afectará el desarrollo psico-emotivo del menor.

Ello obedece fundamentalmente a que, aún existiendo un cónyuge culpable, cuya falta amerite el no otorgamiento de la guarda y custodia del ó de los menores habidos en matrimonio, no por ello se priva de un pilar de desarrollo al menor, quién por naturaleza propia, debe ser educado en ambivalencia por sus progenitores, lleno de armonía y cariño, los cuales no se los podría proporcionar quien lo expone y desprotege.

Esto último es cierto, siendo ejemplo de lo anterior, el hecho de la falta de ministración de alimentos hacia los menores, que es causal de divorcio (Artículo 267 fracción XII del Código Civil del Distrito Federal), así como causa de pérdida de la patria potestad (Artículo 444 fracción IV del mismo Código ci

vil citado), necesariamente implica la pérdida del derecho de --- guarda y custodia, pues no puede entenderse ello de otra forma, - habida cuenta del deterioro en los valores básicos del progenitor hacia sus vástagos y por consiguiente, de la pérdida del afecto - necesario para ejercer este mismo derecho.

Además de lo ya referido, hemos de considerar que el Juzgador se enfrenta al uso indiscriminado y la manipulación real que de los menores realizan los progenitores en todo divorcio.

Lo anterior obedece a que, independientemente de que exista un cónyuge culpable ó no, tratándose de divorcio necesario en algunos casos del divorcio por mutuo consentimiento-, son - los menores en ocasiones, punta de lanza ó en otros casos, escudo para los conflictos entre sus padres, es decir, son el pretexto - para dañar a uno u otro cónyuge, para tener siempre la razón, sin importar la integridad física y principalmente psicológica del -- mismo. Esto es lo que el Juez ha de observar y valorar correctamente, allegandose de todos los medios disponibles para poder entregar al menor, al progenitor más idóneo.

Asímismo debemos recordar que el artículo 282 del Código Civil vigente, en su fracción VI, párrafo segundo, estatuye que "salvo peligro de normal desarrollo, los menores de siete años deben permanecer al lado de su madre.", por lo que, el juzgador-- ha de valorar este precepto, ya que la idea de " Salvo peligro de normal desarrollo", es muy importante y trae aparejadas múltiples coyunturas e interpretaciones.

En efecto, el peligro de normal desarrollo del menor- debe entenderse en tres ángulos: El psicológico, el emotivo y el-

físico.

En el aspecto psicológico, el menor debe verse reflejado en el adulto el sentimiento de seguridad, así como la protección efectiva del progenitor bajo cuya responsabilidad se halla, para que desarrolle sus valores sociales y personales en forma normal y equilibrada, es decir, que enfoque su psique, hacia una perfecta socialización.

En sí, la socialización del menor debe entenderse como: " El proceso del desarrollo en virtud del cual el individuo es preparado para integrarse en una forma organizada de vida." (43)

Así pues, debe existir una afirmativa etapa de apego efectivo entre el progenitor(en este caso, la madre)), y el menor puesto bajo su custodia, que no ponga en peligro el crecimiento psicológico y de adaptación de este en sociedad, ya que de otra forma, sería peligroso poner bajo un erróneo cuidado, al menor que sufre el trauma de la separación en principio, de su núcleo familiar.

Señala a este respecto Lieberman, citado por Barbara R. Sarason : "...la transición de una relación entre madre e hijo a una relación satisfactoria con los coetáneos se facilita si la de apego es segura..." (44)

Por cuanto hace al aspecto emotivo, el menor debe detener a su disposición, afecto y cariño que le proporcionen, no -----

(43) SARASON, BARBARA R, "PSICOLOGIA, Fronteras de la conducta", Harla, Segunda edición, México, 1994, página 479

(44) Idem, pág. 474.

nolo la posibilidad de socializarse y tener seguridad en sus valores - como en el aspecto psicológico-, sino que además; requiere de afecto y cuidados maternales que le permitan, desarrollar su sentido volitivo y su capacidad de autoestima.

El juzgador ha de comprender al otorgar la guarda y custodia de un menor, que la emotividad del mismo interesa en gran medida, para que este logre un desarrollo completo y sano, al lado de quién ha de conducirlo en su crecimiento, además de entender que, dentro de este aspecto, además de la afectividad subjetiva, se incluye el proceso de cognocitividad del menor, ya que el niño aprende de las emociones y entiende, en el más amplio sentido, el mundo que le rodea, siempre através del cariño hacia él mismo desplegado, por lo que el otorgamiento de su persona, en custodia, representa un serio problema de valoración, para el juzgador, en la medida de que el peligro para el sano desarrollo del menor, debe de ser apreciado en el aspecto tratado.

Por último, tenemos el aspecto físico.

A este rubro podemos anotar, que el menor necesita de una persona que le alimente, vista, eduque y atienda en caso de enfermedad, habida cuenta de que su organismo crece a cada instante y requiere de los nutrientes necesarios, para un desarrollo muscular y orgánico adecuados.

Desde el punto de vista del aspecto físico, el menor necesita de una persona que realmente cuide su desarrollo biológico, en forma responsable e informada, por lo que el Juez, ha desometer a los padres, a un riguroso exámen socioeconómico, que realmente le informe, acerca del cónyuge más apto para desempeñar,

una guarda y custodia efectivas.

Claro que, independientemente de los tres aspectos -- que a mi juicio son los más relevantes, al momento de que el Juzgador se enfrenta a la decisión de entregar la guarda y custodia de un menor, tenemos un supuesto de peligro, que hace más fácil - su proceder, como en el caso a una de las jurisprudencias utilizadas en el capítulo anterior, en la cual se describe la conducta-- de un padre, quién amenaza de muerte a su vástago, sumado a variedad enorme de ejemplos por este estilo, como en el caso de la madre que vive su vida, alejada de la menor moral pública y se dedica al libertinaje.

Ambos ejemplos son tomados de primera mano, toda vez que su realización, desgraciadamente, se encuentra a diario en la vida de nuestra moderna sociedad.

No debemos por ello, dejar de considerar que al Juzgador se le presenta desde este punto de vista, una encrucijada tremendamente difícil y, humanamente áspera, en virtud de que, es un deber del juzgador, el allegarse de todos los elementos materiales y humanos, como para resolver en beneficio del menor, lo -- más adecuado, por cuanto a su guarda y custodia; desde el valorar personalmente a los padres, con la experiencia psicoanalítica que a diario va adquiriendo el Juez, hasta de auxiliarse con gente experta y versada en valorar a los individuos, en lo psicológico, lo social y ¿porqué no? en lo económico, para poder tener un cuadro más amplio, acerca de la vida que cada progenitor puede -- ofrecer al menor que pudiera ponerse bajo su guarda y custodia.

Asímismo, muchas de las veces, la calidad de vida, es

medida por muchas personas (incluyendo a los jueces), por cuanto - medio económico puede una persona poseer, sin darse cuenta, de -- que el individuo, además de los satisfactores esenciales para su desarrollo, materialmente hablando, requiere de otros satisfactores no corpóreos, como afecto, educación y comprensión, así como uno muy relevante, pero pocas veces considerado: el tiempo de convivencia para con el menor.

Sumado a lo anteriormente dicho, debemos considerar-- la importancia del hecho, de que, pudiera pensarse en resolver - el problema planteado en esta tesis, con el segundo párrafo de la fracción VI del mencionado artículo 282, pero, queda una gran dyuntiva, ¿ Cómo resolver la situación de los menores de SIETE -- AÑOS?.

No es sencillo este tema, pero podemos pensar que, si se recurre a la pericia y sobre todo, a la aplicación exacta del derecho por parte del Juzgador, a más de apelar al sentido moral del propio juez, para que decida en conciencia, lo mejor para el menor que se encuentre en la situación planteadada y toda vez que, el Código Civil vigente, no contempla una solución completa a la problemática referida, siendo indispensable recurrir a la discrecionalidad emanada de dicho ordenamiento Civil, al Juez, para solucionar más ó menos la litis planteada.

En este caso, hemos de observar que el artículo 283 - del Código Civil vigente, plantea la facultad de discrecionalidad jurisdiccional, previamente el allegamiento de los elementos de - convicción necesarios, para resolver sobre la guarda y custodia, - los cuales indudablemente, a mi criterio, deberían de hacer menos

escabrosa la misión del juez en este sentido.

Agrego a lo anterior, el comentario de que sería un error el centrarnos en esta tesis, respecto del otorgamiento de la guarda y custodia de un menor en el Distrito Federal, sin antes considerar, que no solamente hemos de analizar a los matrimonios en disolución, sino que, en muchos de los casos, existen menores engendrados fuera del matrimonio, quienes sufren por igual las consecuencias de ser dados bajo guarda y custodia, por cualquier causa y sin su consentimiento. Estos menores proceden de concubinatos ó "libres uniones", además de madres solteras, quienes tienen, eventualmente, diferencias con sus parejas, haciendo que surja la problemática materia de este trabajo. Además si bien es cierto, no todos los progenitores tienen la condición estatutaria de padre ó madre de familia, si por el contrario tienen la de progenitores propiamente hablando, siendo por ende, un derecho natural más relevante que un derecho civil, dado el origen del bi nomio derecho-obligación citado.

Atendiendo a esto, encontramos que existe un procedimiento marcado en el Código de Procedimientos Civiles, inherente a la solución de estos problemas enumerados y que sin embargo, de ja inaplicable al Código Civil del Distrito Federal, como base de este estudio. Este procedimiento es denominado **Controversia del Orden familiar**, contemplado del artículo 940 al 956 del Ordenamiento adjetivo señalado, siendo esencialmente en el artículo 941, donde se contempla la posibilidad del Juzgador, para adentrarse en la resolución de los problemas originados en el seno familiar como el que planteamos líneas arriba.

No es aventurado el señalar que, el Juzgador en muchas de las ocasiones, se enfrenta a problemas que han surgido con posterioridad al diseño del Código Civil vigente en el Distrito Federal.

Esto se da en virtud de que nuestra sociedad ha cambiado su constitución como sociedad civil, ya sea por las ideas de existencialismo y materialismo imperantes, ó por la mayor igualdad entre los hombres y mujeres de ésta época, muy diferentes por cierto, a los estatutos sociales de la población en 1928.

La metamorfosis operada entre la población de aquella época y la actual, es enorme. La moral ha caído en un término más ó menos irrelevante, originado principalmente por la transculturización habida en base a la mayor comunicación con los Estados Unidos de Norteamérica, quienes influyen através de series de televisión, películas cinematográficas, revistas, etcétera, en un país netamente de jóvenes, como el nuestro y, con un contenido nefasto de libertinaje y violencia marcados.

Aquí es donde los menores de edad sufren una afectación enorme. El divorcio y la vida en común, sin vínculos sólidos que obliguen a los progenitores, hacen que la disciplina de un hogar se relaje, así como que los valores esenciales de la misma, se vean disminuidos, aunándose lo anterior, al hecho de que como lo he mencionado anteriormente, la violencia se abre paso a marchas forzadas, pero irremediamente marcando a nuestra población, como en el caso de los niños maltratados, los menores infractores y otros muchos ejemplos en tal sentido.

Por lo antes expuesto es primordialmente, el proge-

nitor más adecuadamente escogido para guiar y cuidar al menor, el único que pudiera en un momento dado, comenzar a cambiar esta situación tan aberrante, derivando de esto mismo, el papel y difícil tarea del Juzgador, en el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor en el Distrito Federal.

La decisión del Juzgador entonces, nos lleva a pensar que una mala valoración de lo más benéfico para el menor de edad, implica, apostar su futuro a hechos inciertos y a predisponer sus oportunidades de desarrollo social e individual.

Así, la guía viene dada en función de la moralidad y capacidad del progenitor, de cuidar y orientar a los menores de edad, tal y como lo afirma Salvador Castro Zavaleta, quien señala " Este guía ha de ser justo y con una gran voluntad de ofrecer -- certera conducción al menor, para poder señalar que su rol social se cumple con entereza y apego a la justicia" (45)

Después de analizar todos los supuestos anteriores, es de claro entendimiento, el precisar que la problemática que se le presenta al juzgador, consiste en que en muchos de los casos que le son expuestos, aún y cuando no haya causa grave para otorgar la guarda y custodia de un menor al progenitor, con la consiguiente pérdida de la misma, en perjuicio del otro progenitor, si existe una moderna concepción de la vida social de este Distrito Federal, dentro de la cual, la mujer ha llegado a las áreas laborales a las cuales antaño no tenía acceso y a otras áreas de trabajo de nueva formación, en las cuales ha superado ampliamente al varón,-----

(45) Castro zavaleta Salvador "Derecho civil", Porrúa, 3a., Edic., Méx., 1979, p.204

poniéndose al nivel del hombre, económicamente hablando, no siendo ya la tradicional esposa, que cuida a los hijos y realiza el trabajo hogareño; antes bien, dichas condiciones de igualdad, propician que sean equivalentes las condiciones de carácter social y económico entre varones y mujeres, siendo el caso que en litigio sobre guarda y custodia de menores, en algunos de los casos, el Juez se ve impelido a tomar determinaciones, las más de las veces, precipitadas.

Con referencia a la problemática ya citada, el juez ha de tomar en cuenta, las capacidades y habilidades de los candidatos a recibir la guarda y custodia de un menor, haciéndose rodear de todos y cada uno de los elementos de convicción que la propia ley le autoriza utilizar, con completa libertad de elección, para proporcionar a los menores, los progenitores más aptos para tan ardua tarea.

Es reflejado esto, entre la diversidad de criterios de los integrantes del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, quienes a este respecto, tienen una gama muy amplia de percepciones y soluciones al problema central de esta tesis, así como de los medios que la ley les permite allegarse, para encontrar el mejor beneficio al menor de edad.

Asimismo, no es posible que que la ley sea tan extensa, como para contemplar una figura jurídica que en su conceptualización, no ha sido suficientemente regulada por el legislador, sea por la poca importancia que se le otorga, ó sea por la profundidad del tema y que el propio legislador teme regular.

En la práctica jurídica cotidiana, el Juez encuentra-

obstáculos tales como las condiciones de pobreza que presenta la sociedad del Distrito Federal, así como la desintegración familiar que se viene gestando a partir de la década de los ochenta y que repercute básicamente, en la falta de personas, de las contempladas por el artículo 414 del Código Civil vigente para el Distrito Federal y por ende, le es difícil al A quo, el poder tener al alcance de su mano, los medios materiales y la estructura logística que hacen posible la realización material de los diversos estudios necesarios, para poder conocer el sentir y el ser de los progenitores, así como sus capacidades físicas y económicas y sus alcances y limitaciones morales.

Esto con el fin de interrelacionar, todos los factores que puedan influir en el ánimo del Juez, para fundar su determinación, siempre en busca de un bienestar jurídico y real para el menor. Si a ello sumamos que el respaldo jurídico, que debiera sustentar el proceder del juzgador, se encuentra en completo estado de abandono por parte del legislador, mismo que ha sido omiso para emitir leyes a este respecto, dejando en verdaderos aprietos al impartidor de justicia, por la limitación ya referida en cuanto al otorgamiento de la guarda y custodia.

Es por ello, que muy usualmente la grey de impartidores de justicia del Tribunal superior de Justicia del Distrito Federal, se ven obligados a buscar soluciones intermedias, mediante las cuales también una "Vida intermedia para los menores" (46), en obvio del detrimento no solo de la educación y formación de los -

(46) Mira y López, Emilio, "Manual de psicología jurídica" Ateneo, 2a ed., 1961 Argentina, pág. 68.

hijos, sino a futuro, de la propia sociedad, que no reconoce en -- los menores a los próximos habitantes del país, y a este respecto, cabe preguntarse, ¿ Cómo podemos concebir una vida mejor a futuro -- si la base de la misma no se moldea, adecuadamente, hoy en día.?

Para finalizar con este punto, señalo que si se tomara en cuenta la modernización y cambio en el régimen de vida de la so- ciedad capitalina, por parte del legislador, ello beneficiaría a -- la impartición de justicia, respecto al otorgamiento de la guarda- y custodia de los menores, simplificando el trabajo del juez, para que en lugar de inventar formas de idoneización para elegir a la -- persona más apta para el desempeño de la guarda y custodia, provea con bases firmes, la mejor situación legal de los menores, sin di- vagaciones y experimentos constantes, que solamente perjudican a -- los

Vayamos ahora al tema central de este trabajo y del in- ciso que nos ocupa. Enfoquemonos ahora a la oficiosidad en el otor- gamiento de la guarda y custodia de un menor, mediante un exámen-- psico-socio-económico, ordenado por el Juez del conocimiento.

En sí, la oficiosidad debe existir como requisito-- inseparable del desempeño del imperio del que se halla investido -- el juzgador, en busca del bienestar del menor y, a este respecto, -- considero que debe de ser obligatorio y oficioso, que el juzgador-- se vea compelido a ordenar el exámen psico-socio-económico a los-- progenitores, en busca de la verdadera personalidad y capacidades-- de cada progenitor, que en un momento determinado, pueden ofrecer-- al menor puesto bajo su custodia, así como su calidad educativa que puede transmitir al menor de edad.

Lo anteriormente señalado no tiene un origen espontáneo, sino que su génesis se halla localizado en el hecho que, si bien es cierto por un lado, que el Código Civil para el Distrito Federal en vigor, carece de una legislación adecuada, en cuanto a la custodia de menores y que para poder aplicar, medianamente el Derecho existente a esta figura jurídica, el litigante ha de yuxtaponer reglas aplicables a la patria potestad, que si se encuentra debidamente regulada, a fin de que el juzgador pueda encontrarse en condiciones de aplicar la Justicia y la equidad, por otro lado, encontramos que las partes en un juicio, generalmente presentan una faceta distinta a su modus vivendi cotidiano, que lleva como única finalidad, el encauzar el criterio del Juzgador, en forma benéfica para cada litigante, quién emitirá seguramente la resolución más adecuada- aparentemente-, que sin embargo, no siempre toma en cuenta las necesidades del menor, así como las posibilidades reales de los progenitores, para brindar lo que hacen creer pueden dar, siendo por ello imperativo, el articular la realización del examen que propongo, en forma oficiosa, sea en el caso del divorcio en cualquiera de sus modalidades, ó sea en el caso de las controversias del orden familiar, analizando jurídica y objetivamente, el aspecto económico, social y psicológico de ambos progenitores(si es que los hay), ó a las personas que legalmente suplen la falta de los mismos y así obtener un mejor punto de vista y apreciación para emitir una decisión más justa y benéfica para los menores.

Menciono y propongo el examen psico-socio-económico - ya citado, porque considero que existe la necesidad del Juzgador,

de conocer, en primer término, como piensa y actúa en el mundo cotidiano, una persona que aspire a que le sea otorgada la guarda y custodia de un menor, para poder decidir si su comportamiento es adecuado para el menor y sobre todo, que este proceder, sea adecuado al medio ambiente del menor, así como a las condiciones en las cuales se desarrollaría si conviviera con ambos progenitores, aunque ello no sea posible en la realidad.

También se propone la oficiocidad del exámen sociológico, en virtud de que el menor debe de desarrollarse en el seno de un hogar, establecido a su vez, dentro de un entorno social y si la persona progenitora a la cual se le pudiera otorgar la guarda y custodia referida, no es adecuada por sus antecedentes sociales y desarrollo propios, entonces, no es posible que se pudiera plantear siquiera hacia él, la entrega en custodia de un menor.

Por ejemplo, tomemos el caso de un menor, quién vivía en forma armónica con sus padres y, que súbitamente es enfrentado a la situación de rompimiento en el vínculo matrimonial habido -- entre sus padres, en donde interviene un juez, el cual, en base a las probanzas aportadas por cada progenitor, resuelve que es el progenitor varón, el que ha de conservar la custodia de su persona, pero a su vez, encontramos que el juez, por la carga excesiva de trabajo, así como la pobreza de los medios utilizados para cerciorarse del dicho de los litigantes, pasa por alto que el individuo a quién otorgó la guarda y custodia del menor, decididamente maquilló su vida personal y, ocultó que es una persona emocionalmente inestable e inmadura, además de no contar con solvencia económica fija - aunada a la pobreza en que vive-, aunado lo ante-

terior a la enfermedad de alcoholismo que padece dicho sujeto,--- y que indudablemente transmitirá sus vivencias al menor de quien se le ha entregado la guarda y custodia.

Ello se explica, no por el adecuado juicio del juzgador, sino por la parícia ó por la falta de técnica jurídica de -- los abogados de los litigantes, dentro de la secuela procedimen-- tal.

Por tanto, tomando en cuenta de que al juzgador se le dan facultades discrecionales, por parte de la ley, en el sentido de practicar ó no, el tipo de exámen que propongo, considero im-- perativo, el legislar para ordenar al Juzgador, aplique dicho exámen en forma oficiosa y ya no discrecional ó esperando la peti--- ción de parte, en beneficio, repito, de los menores propiamente - dicho.

Por último, el exámen propuesto, incluye la modalidad de reconocer a los progenitores, el aspecto económico, por cuanto a la capacidad de cada uno de ellos, ya que no basta la moral y - la correcta guía de los menores, sino que estos necesitan además, del cuidado físico de sus personas, así como de una alimentación- y atención médicas adecuadas, que necesariamente implican dinero.

No es absurdo lo antes expuesto, porque la seguridad- jurídica que se ha de proporcionar al menor de edad (Para el ca- so de tener que otorgar su custodia judicialmente), radica esen- cialmente, en el asegurar su manutención y satisfacción de sus ne- cesidades de primer orden, como lo son: comer, vestir, educarse, - divertirse y ser atendido médicamente en los casos que así lo re- quiera, siempre con los medios necesarios que proporciona el di--

nero.

Analógicamente podemos citar, lo preceptuado por el artículo 308 del Código Civil para el Distrito Federal, para poder describir lo más esencial que debe otorgarse a un menor.

Resumiendo: en este inciso del capítulo III de esta tesis, se propone que, oficiosamente se obligue al juzgador, a cerciorarse de la idoneidad, por cuanto a los aspectos psicológico, social y económico, de cada progenitor que solicite la guarda y custodia de un menor, dejando dicha facultad discrecional de lado, para convertirla en obligación fundamental, de orden público y debidamente especificada, en cuanto a su finalidad y contenido, para proporcionar los mejores elementos de vida a los menores de edad, al ser entregados en guarda y custodia.

2. La problemática de hecho al otorgar la guarda y custodia de un menor en el Distrito Federal.

En este punto se tratará de la problemática de hecho, para el juzgador, cuando debe de otorgar la guarda y custodia de un menor de edad, por cuanto a las condiciones que este necesita así como las posibilidades del progenitor para satisfacer las mismas.

A decir verdad, el problema real que se representa en el otorgamiento de la guarda y custodia, viene materializándose al confrontarse disposiciones sustantivas y de procedimiento, ya que manipulando el segundo de los mencionados, las partes pretende obtener un resultado favorable a su persona, sin tomar en cuenta que este no siempre beneficiará a quien menos culpa tiene en esto, como lo es el menor de edad, aprovechándose de la buena-

fé del juzgador, al momento que este imparte justicia.

En la mayoría de los casos, esto es cierto, ya que -- los progenitores no siempre pelean entre sí, con armas idénticas, sino que utilizan a los menores, tratando de obtener su custodia, cueste lo que cueste, pero no para cuidar a los hijos, sino para afectar emocionalmente al progenitor contrario, sin fijarse en el perjuicio que ello implica para el menor de edad.

Humana y legalmente, existen innumerables obstáculos - que el juzgador ha de sortear, estudiando caso por caso, lo solicitado por cualquiera de los progenitores, para poder adminicular lo a las probanzas ofrecidas, así como a decidir las mejores condiciones de vida para el menor. Esto ocasiona en la mayoría de -- los casos, el que se deba de promover un juicio de controversia - del orden familiar, si la entrega ó inicio de la posesión de la - persona de los menores no se actualiza. Críticamente, es injusto, el obligar a pelear a las partes, si se puede decidir desde el -- juicio natural dicha situación.

Otro de los obstáculos que se le presentan al juzga-- dor, lo es precisamente que carece de los medios necesarios, mate^u rialmente hablando, como para poder realizar una evaluación más - adecuada, de los casos de otorgamiento de guarda y custodia que a diario se le presentan en su ámbito jurisdiccional.

En efecto, para poder realizar una correcta valora--- ción de cada caso en específico, el Juzgador debería de contar al menos, con un conjunto interdisciplinario, que pudiera ayudarle a realizar más eficazmente, la función a él encomendada en este sen^u tido, entre el cual se contaría con un trabajador social, un psi-

cólogo, un investigador; quizás, un auditor, para poder analizar e investigar más eficientemente a los progenitores, pero aquí aparece un insuperable escollo, como lo es, la falta de presupuesto-institucional, así como de la infraestructura adecuada a este tipo de trabajo interdisciplinario, así como la carga de trabajo - que día a día se acumula en los juzgados familiares del Distrito Federal.

De hecho, es materialmente imposible el que con la infraestructura del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, se pueda analizar, independientemente del exámen por mi propuesto, a los progenitores, usando la legislación vigente, ya que si bien es cierto, la Ley deja al libre arbitrio del Juzgador el valerse de los medios que éste crea necesarios, para el mejor desempeño de su función jurisdiccional, no menos cierto es que en - muchas de las ocasiones, el propio juzgador no se molesta en tratar de usar esta facultad discrecional, por el desánimo reinante - ante la falta de apoyo humano y material a la que he hecho ya referencia.

Asimismo, surge la pregunta obligada ¿ No es posible - que el Juzgador se apoye en otras instituciones públicas, para poder analizar en conciencia a los progenitores?, siendo la respuesta: Si, existen diversas dependencias e instituciones en las cuales el propio juzgador puede apoyarse, pero en los más de los casos, la falta de comunicación entre ambas entidades públicas, hace nugatorio un intento de este orden.

Entre las instituciones más adecuadas al fin propuesto, se encuentran el Sistema para el Desarrollo integral de la Fa

milia y la Facultad de Psicología de la Universidad Nacional Autónoma de México, en primer término y dada su importancia institucionalmente reconocida.

Asimismo, tenemos a otras instituciones tales como, - el consejo de Tutelas del Distrito Federal, las instituciones de carácter privado, etéctera.

En fin, es probable que el sistema judicial requiera un análisis más a fondo, respecto de los alcances de la ley, por cuanto a la capacidad estructural instalada, de los órganos encargados de impartir justicia, siendo ejemplo claro de esto, las limitaciones a que nos enfrentamos, cuando se propone la modificación y adición a la ley, que es materia de la presente tesis.

Si sumamos a lo anterior, que de hecho el Juzgador - viene arrastrando viejos vicios inherentes a todo burócrata al - servicio del gobierno capitalino, como lo son entre otros:

a) El automatismo en el desempeño de las funciones a él mismo encomendadas.

b) La falta de espíritu innovador y previsor, para - poder prever a futuro, el beneficio más adecuado para los menores dados en custodia y,

c) La concepción materialista consistente en el pensamiento de que quien más otorga, más merece(económicamente hablando).

Encontraremos que, en el mundo fáctico, se presentan más problemas para el otorgamiento de la guarda y custodia - de los menores de edad, que en el mundo legal, que con todo y -- las deficiencias y lagunas que contiene, ofrece salidas a las li

tis planteadas entre los progenitores(Específicamente en este tema), aunque es procedente, repito, el adicionar la misma ley, con la propuesta hecha valer, para no dejar a discreción del juzgador, la decisión más importante en la vida de un menor, como lo es, ser guiado por la persona más idónea, hasta convertirse-- en individuo libre y responsable de sus actos.

En sí, los problemas de hecho, por cuanto al otorgamiento de la guarda y custodia de los menores, en el Distrito Federal, se ven agravados por virtud de la desmedida pérdida de valores entre los habitantes de esta gran urbe, los cuales sumados a las deficiencias y lagunas de la ley, así como a los vicios de los servidores públicos, hacen realmente difícil, el dar al menor, un guía exáctamente capaz de conducirlo por la vida, siempre através del mejor camino - que frecuentemente no es el más -- fácil-, habida cuenta de las multiples características que debe reunir dicha persona.

Dentro de las mismas, debe de señalarse la honestidad, la perseverancia, la limpieza, el orden etcétera. Siendo primordial el que el menor reciba integramente, las enseñanzas-- de una persona con principios morales y éticos sólidos y en todos sentidos, de donde encontramos el problema de hecho, ya que sin el examen propuesto, el juzgador difícilmente ha de encontrar a la persona antes descrita.

Es más, si seguimos considerando los problemas que se presentan en el mundo fáctico, para otorgar la guarda y custodia de los menores de edad, habremos de llegar siempre a un punto crucial, como lo es, el que sin la debida información, el Juz

gador necesariamente debe atenerse a errar su decisión, en cuanto al tema desarrollado, porque indudablemente sin una correcta aplicación de los medios probatorios aportados por las partes, -- así como de los que el propio juzgador se pueda allegar(incluyendo el examen propuesto), se juega con el futuro no solo de -- los menores, sino de nuestra Nación.

3. Criterios actuales de los jueces de lo familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal para el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor de edad.

Dentro del Tribunal superior de Justicia del Distrito Federal, encontramos que la impartición de justicia, en cuanto a la materia familiar, se encuentra encomendada a los Jueces de lo familiar, basandome en dicha afirmación, por lo dispuesto en los artículos 55 a 60 de la Ley Orgánica de los Tribunales -- del Fuero Común ya citados.

Estos profesionistas, realizan la difícil tarea de -- hacer más organizada y civilizada, la convivencia familiar, mediante los instrumentos que la propia ley pone en sus manos, dentro de los que encontramos, el imperio del cual se hallan revestidos y, que les proporciona la posibilidad de tomar decisiones, para intentar mejorar la calidad de vida de los miembros de la -- familia.

Luego entonces, si estas funciones han de realizar -- los jueces de lo familiar, tenemos que el otorgamiento de la --- guarda y custodia de los menores, forma parte fundamental del -- quehacer cotidiano de dichos servidores públicos.

Si debemos referirnos a los criterios que adoptan -- los jueces, empezaremos por señalar que existe una ley, plasmada en el Código Civil para el Distrito Federal, la cual da lineamientos que obligatoriamente han de seguir los juzgadores, por lo que hace a la decisión final del otorgamiento de la guarda y custodia de un menor, pero, también tenemos que, la propia ley induce a la discrecionalidad de los juzgadores, al dejar como optativo, el uso de los medios que el propio Juez crea conveniente usar, para poder emitir su fallo, sin obligarle a ir más allá de los cánones existentes y así poder desempeñar más eficientemente su función social.

El suscrito trató de allegarse elementos más veraces en el desarrollo de este tema, por lo que procedí a interrogar a los diversos juzgadores integrantes de la rama familiar, del Tri bunal Superior de Justicia del Distrito Federal y, al respecto, obtuve los siguientes datos:

a) Reconocimiento del problema de otorgar la guarda y custodia de menores en el Distrito Federal: 100% de los entre vistados señaló conocer la problemática a ellos cuestionada, indicando, por ejemplo, el ciudadano Juez Primero familiar, que es un problema común hoy en día, amén de la constante y más acelera da desintegración del núcleo social básico: **LA FAMILIA.**

b) Apego estricto a la ley, sin intentar hacer uso de las facultades discrecionales que la misma proporciona a los Jueces: 90% de los cuestionados se pronunció por dejar este aspecto, en manos de los litigantes, ya que forma parte de la li tís y, no corresponde al Juzgador, el sobrepasar lo controverti-

do, ni formar parte de la litis, sino solo juzgar los hechos, en base a las pruebas aportadas por las partes. De lo cual me permito comentar, que el Juez Octavo familiar del Distrito Federal, - licenciado Tomás Pérez Hernández fué la única persona que apoyó en forma entusiasta, el proyecto de adición que sustentó en este trabajo, indicandome a su vez, que él es pionero en este procedimiento y, que a todo asunto que llega a sus manos, tratándose de guarda y custodia, canaliza a los progenitores a la Facultad de psicología de la Unam, así como pide a el departamento de Trabajo social del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, la realización de exámenes psico-socio económicos, para poder formarse un criterio más acorde con la realidad de los menores, ya que no existe un patrón definido del comportamiento de los progenitores, hacia ellos, ni siquiera en la clasificación social, como ricos y pobres.

Esto es cierto, no se puede señalar que el nivel social, determine el comportamiento del individuo hacia sus hijos, ya que en variadas ocasiones, es precisamente la pérdida del sentido de la realidad, por la excelente posición económica, lo que hace más agresivo al individuo y, en otras muchas veces, la falta de la educación y oportunidades de desarrollo, hacen del sujeto, un ser irracional que resulta perjudicial para conducir y cuidar a sus hijos menores de edad.

Asímismo, señala este juzgador, que es muy importante, el analizar detenidamente, el perfil psicológico de los padres, habida cuenta de que, el resultado arrojado por el examen psicológico, le ayuda a valorar, además de que tipo de enseñanza

que el progenitor elegido ha de proporcionar a su custodiado, el tipo de calidad moral de valores que a su vez reflejará el menor al quedar bajo la guía del progenitor, que mejor calidad de vida pueda proporcionarle.

Esto tiene, empero, sus bemoles, según palabras del propio juzgador, por la sencilla razón, de que se debe elegir al progenitor más idóneo, en base a los resultados de las pruebas - aportadas y, los exámenes realizados, con minuciosidad, por las instituciones antes referidas, para poder quitar todo el "maquillaje" jurídico, del cual se revisten las partes (asesoradas por sus abogados), en aras de obtener un mejor resultado, durante el procedimiento judicial, no buscando precisamente el beneficio de los menores, sino el atacar y destruir a la contraparte, lo cual es a todas luces desleznable.

Para terminar con la explicación del criterio sustentado por este juzgador, refiero que a su muy particular punto de vista, dejando a un lado, la técnica jurídica, el Juez debe ponerse en los zapatos del litigante, entender lo que le motiva a proceder en la forma que lo hace y, descubrir si su esencia es positiva y noble, ó por el contrario, si sus intereses son tan mezquinos, que arriesga la formación y normal desarrollo de sus propios vástagos, para obtener un pingüe logro en su ego personal.

Otros juzgadores sostienen criterios no tan vehementemente, como en el caso del Juez octavo familiar, pero que se enfocan en un sentido más ó menos parecido al de este último.

Entre ellos, podemos destacar al ciudadano Juez déci

'su - muy importante criterio-, sí es operante el exámen psico-socio-económico propuesto de mi parte, porque, ello no se contempla en el seno del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, como obligatorio, para los jueces que integran a dicha dependencia gubernamental. Por ello, -señala- debería de ser estudiada más a fondo, la propuesta planteada.

Además de lo citado, el Juzgador consultado mostró - su preocupación por los posibles corolarios que pudieran desprenderse de la aplicación obligatoria del exámen propuesto, por la cultura Nacional de corrupción.

En este punto, delicado en su tratamiento, el Juzgador expresó su preocupación por lo que él llamó la " Realización del camino fácil", por parte de los progenitores en conflicto, -- sumado esto último a las necesidades cada vez más crecientes, -- en lo económico, de los encargados de la realización del exámen--tratado, lo que hace más fácil, burlar a la Ley, ya que con un poco de dinero, pudieran dichos exámenes, arrojar resultados alejados de la verdadera realidad de cada individuo.

Finalmente, indicó que la estructura con la que cuenta actualmente el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, es inadecuada, para poder intrumentar este tipo de exámenes, por lo que su realización a corto plazo, es impensable, aunque debiera de ser obligatoria su aplicación

Por su parte, el Ciudadano Juez Primero de lo familiar, se encuentra de acuerdo, con la necesidad de realizar y -- aplicar el exámen propuesto en esta tésis, pero hace a su vez -- una importante observación, señalando que existe la controversia

mo quinto de lo familiar, licenciado Manuel Luna Ruíz, quien se ñala la importancia de impartir justicia realmente equitativa -- en caso del exámen propuesto en esta tésis, menciona que no es ocioso, pero que debe encontrarse ajustado a cada caso en concreto, haciendo la diferencia clara entre los parámetros a considerar, entre los diversos estratos sociales, ya que no se puede ni se debe, pormenorizar y estandarizar el mismo exámen, para cada tipo de individuo, habida cuenta de la infinidad de comportamientos y medios ambientes existentes en esta ciudad.

Esto viene apoyado, según el funcionario público, en base a la garantía de audiencia de cada una de las partes litigantes, quienes por supuesto, han de realizar el máximo esfuerzo, por conservar a sus hijos a su lado, aunque en muchas ocasiones esta conducta viene marcada por el deseo irrefrenable de dañar-- moralmente a su contraria y, es en este punto, donde el Juzgador aplica su criterio jurídico, aunado a su intuición personal, para poder decidir lo mejor en beneficio del menor.

Por último, este Juzgador puntualizó en forma muy -- enfática, la situación de los niños menores de siete años, quienes aparentemente tienen definida su situación jurídica respecto de la guarda y custodia, en virtud de la última disposición del artículo 282. fracción VI del Código Civil, pero, no por ello, se debe dejar de lado, la propuesta de este trabajo, pues aunque la madre cuida a sus hijos, mejor que nadie, existen variados casos que rompen con esta regla.

Entrevistado que fué el Juez Vigésimo tercero familiar, indicó la necesidad de reformar el juicio de controversia-

del orden familiar, por medio de la cual, considera, se pudiera implementar en forma más enérgica, la aplicación de este tipo de exámenes.

Puntualiza a su vez, que es común entre los juzgadores, la aplicación de exámenes de este tipo, pero no en forma -- de conjunto, como psico-socio-económico, sino solamente socio--- económico. pero que sería bueno, el apoyar la aplicación oficiosa de tal exámen, principalmente porque en algunas ocasiones, - el Juez se satura del trabajo con que cuenta su Juzgado y, olvida los detalles para poder resolver más correctamente, los asuntos sobre controversia de guarda y custodia.

Asimismo, los jueces citados con antelación, indica ron como común denominador, que en el Estado libre y Soberano de Hidalgo, existe un Código Civil avanzado, ya que ahí se contem-- pla como obligatorio, el exámen de mérito, influido todo ello - por el licenciado Julián Huitrón Fuentevilla.

Vemos así, los diferentes criterios que sustentan los integrantes del Tribunal superior de Justicia del Distrito Federal, en diversas opiniones vertidas por los mismos, haciendo la aclaración, que los criterios analizados, son los más relevantes de entre el universo de jueces de lo familiar existentes en el - Distrito Federal, además de que, los criterios son más ó menos-- uniformes, en una minoría solamente, de los jueces ya citados.

Esto en virtud de que el noventa por ciento de los-- referidos jueces, aplican el criterio simplista, de dar libertad a los litigantes, para que sean ellos, quienes soliciten la realización del exámen propuesto, para en ese momento, dar cabida a

la facultad discrecional del juzgador y, permitirle al mismo, el analizar en conciencia los resultados del procedimiento aplicado a cada caso en concreto.

Esto es a mi parecer, erróneo y comparto la postura de la minoría de juzgadores entrevistados, en el sentido de que es importante, el tener en cuenta la aplicación del exámen propuesto, como oficioso y obligatorio, en cualquier procedimiento que verse ó trate cuestiones sobre guarda y custodia.

Así también, deja mucho que desear, la actitud de los entrevistados, en virtud de que el dejar al libre arbitrio de los litigantes, la solicitud de aplicación más real de la justicia, es dejar sin protección a los menores, quienes no pueden opinar al respecto y, quienes son los más afectados por una buena ó mala desición respecto a su guarda y custodia, que en estos casos, dependerá más del tino justiciero del Juez, que de un análisis en conciencia, que pudiera procurar al menor, un futuro cierto y con mejores expectativas de sano desarrollo psico-físico.

Es trascendente apuntar aquí, que en sí, los jueces de lo familiar del Distrito Federal, piensan actualmente, como común denominador, que es más importante para el otorgamiento de la guarda y custodia, la imagen que pueda dar el progenitor, que su efectivo ser y pensar, por lo que a mi parecer, es imperativo y, de torma ineludible, el hacer obligatoria, la aplicación del exámen propuesto en este tema, para ayudar un poco a nuestra sociedad, en la búsqueda de mejores horizontes de vida.

**4. Propuesta de adición del artículo 282 del Código Civil del --
Distrito Federal vigente.**

Así como se ha desarrollado esta tesis, desde el aná lisis de los antecedentes históricos de la guarda y custodia, -- sus conceptos fundamentales y la legislación vigente al respecto en el Distrito Federal, llegó al punto en el cual propongo de ma nera abierta, la adición del artículo 282 del Código Civil vigen te en el Distrito Federal, para hacer oficiosa la aplicación del exá men psico-socio-económico a los progenitores, por parte del - Juzgador, en cualquier controversia que implique la guarda y cus todia de un menor, previamente a otorgar esta.

Mi propuesta se basa en el hecho sin discusión, de-- que la infancia ha de ser protegida en la mejor forma posible, = para garantizarle a los menores de edad, un sano y armónico desa rrollo , que a su vez permita su correcta formación e integra--- ción a la sociedad que conformamos.

Asimismo, la oficiosidad que manifiesto, se debe de-- considerar para la aplicación de este tipo de exámenes, se consi dera, no solamente por hacer trabajar más correctamente a los -- Juzgadores, sino por el hecho sine quo non, de que el cuidado de los menores, no puede dejarse al libre arbitrio del individuo in vestido de imperio legal, sino que debe considerarse (como lo-- es), una necesidad de orden público, inalienable y fundamental - para la sobrevivencia de la sociedad, tal y como la concebimos - en la actualidad.

Esto no se aleja de la realidad, porque si considera mos que la sociedad se forma de individuos y, que estos indivi--

lucos son formados en el seno de aquella, por la familia, -- las instituciones, las amistades y, en general, por el medio ambiente que les rodea, sin olvidar la guía de sus progenitores, -- como núcleo familiar, comprenderemos la necesidad de que esta -- guía y custodia primarias, sean benéficas para el menor, siempre en busca de un mejor desarrollo emotivo, social físico y psicológico del sujeto, desde su más tierna infancia.

Es por ello que considero, debe de hacerse oficiosa, la adición propuesta, en aras de llenar una laguna de la ley, como lo es, la correcta justificación para la entrega de un menor en guarda y custodia, mediante la examinación exhaustiva de los progenitores ó cualquier otra persona legalmente señalada para el ejercicio de esta figura jurídica.

El examen propuesto, se debe aplicar en su aspecto psicológico, en su aspecto sociológico y en su aspecto económico como trilogía necesaria en el conocimiento del perfil psicológico y social real del individuo sometido a tal exámen.

Debe de ser psicológico, porque el comportamiento interno del sujeto, sus valores y su moral, así como la madurez alcanzada, permitirán al juzgador, apreciar valorativamente, entre los progenitores, para poder elegir al más idóeo, en el desempeño de la guarda y custodia.

La aportación sociológica de este exámen, se basa en el sentido de que, el comportamiento del sujeto en sociedad, su grado de interrelación y su desenvolvimiento en su ambiente social, determinan el probable camino que ha de seguir el menor al ser puesto bajo su custodia.

Por último, el aspecto económico ha de ser valorado, conjuntamente con los dos aspectos precedentes, en virtud de que a pesar de las buenas intenciones del progenitor, así como su idoneidad, debe de tener capacidad suficiente para proporcionar al menor un nivel de vida digno, sin implicar con ello, que se deba caer en la abundancia. Esto porque la situación económica de la mayoría de los habitantes de esta gran urbe, esta alejada de otorgar a los menores de edad, condiciones desahogadas de vida, pero sí condiciones bastantes y suficientes, como para que su desarrollo físico, sea normal y digno.

El conjunto de los aspectos ya enunciados, debe de ser estudiado a fondo, por el juzgador, para poder emitir y fijar un juicio realmente justo, en relación a la guarda y custodia solicitadas, por los progenitores, porque de ello depende la seguridad futura del menor.

Remarco el hecho de que este estudio debe hacerse previamente a otorgar en forma definitiva la guarda y custodia, no implicando con ello, que se entregue en custodia a los menores, en forma provisional.

Analizando esta propuesta, debemos de considerar en primer término, cual ha de ser la adición que se propone a el artículo 282 del Código Civil vigente en el distrito Federal.

El citado artículo señala:

" Artículo 282.- Al admitirse la demanda de divorcio, ó antes si hubiera urgencia, se dictarán provisionalmente y solo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes;

- I (Derogado)
- II Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles.
- III Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos.
- IV 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.
- V Dictar, en su caso, , las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede encinta
- VI Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez previo el procedimiento que fije el Código respectivo resolverá lo conducente.
- Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.

Comencemos a señalar que, en la fracción VI del artículo transcrito, se contempla el caso de otorgamiento de la guarda y custodia, que a pesar de tratarse del supuesto del divorcio necesario, será base de la propuesta de este trabajo.

Pues bien, si detenidamente observamos el párrafo segundo de dicha fracción, tendremos que, se trata de proteger a los menores de siete años, poniéndolos bajo la custodia de la madre, -

y es aquí donde partire en la propuesta de adición al citado artículo.

Si se trata de hacer oficiosa la obligación del Juzgador, para ordenar y aplicar el exámen psico-socio-económico propuesto, es en el párrafo segundo ya citado, en donde a mi parecer debería de adicionarse en la forma siguiente:

" Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, estos deberán de ser entregados bajo guarda y custodia por el Juzgador, practicandose previamente, un exámen psico-socio-económico a los progenitores, con auxilio de los servicios periciales del Tribunal y, en su caso, a falta ó insuficiencia de los mismos, podrá recurrirse a instituciones externas al Tribunal, con capacidad e infraestructura adecuada a realizar dichos exámenes, para poder escoger al más apto en el desempeño de tal obligación."

Ahora bien, cabe la duda sobre la razón para modificar la redacción anterior.

La respuesta es sencilla, a mi parecer no se debe de entregar exclusivamente a los hijos a un progenitor, sin cerciorarse de su idoneidad; sustentandome en el hecho de que, nuestra Constitución política, concede igualdad de derechos y obligaciones al hombre y a la mujer, en todos los ámbitos de la vida cotidiana, sumado a que ambos sexos obtienen en la actualidad, salarios casi idénticos y que los papeles domésticos son realizados por ambos, -hombres y mujeres-, existiendo además, la dificultad del cuidado de los hijos, pone en juego, la relación del progenitor con la familia y los hijos principalmente, quienes son su principio y su --

origen, viviendo entonces, la obligación primaria del hombre y la mujer, por cuanto a la crianza y educación de los hijos se refiere y, distorsionando el sentido de la vida en pareja.

Asímismo, se propone que este exámen sea oficioso, -- por la sencilla razón de que si se trata de proteger eficientemente a los menores de edad, debe dejarse de lado, la libertad discrecional de la cual vienen gozando los juzgadores actualmente, -- para poder ordenar la realización del exámen propuesto ó no.

En efecto, si se continúa con la práctica cotidiana -- de otorgar facultades discrecionales, a diestra y siniestra, a -- los jueces de lo familiar, como en el caso en concreto, lo único que se conseguirá a futuro, será dejar en completo estado de indefensión jurídica a los menores de edad, cayendo en la situación -- que precisamente se trata de evitar, al otorgar la guarda y custodia con los requisitos de previo exámen psico-socio-económico de los progenitores, es decir, la falta de cercioramiento del Juzgador, acerca de la persona más idónea a tal fin.

Por último, cabe agregar la necesidad de que este tipo de exámenes, se aplique por especialistas, en auxilio de las labores del juzgador, tales como:

- a) Trabajadores sociales,
- b) Psicólogos
- c) Sociólogos y,
- d) Auditores (opcionalmente)

Se propone la intervención, en auxilio del juzgador, -- por parte del psicólogo, para poder conocer a fondo, la personalidad real del progenitor presuntamente idóneo, así como sus bases-

morales y éticas, para poder valorar su verdadera personalidad y si esta es compatible con las necesidades del menor.

Por cuanto hace a los trabajadores sociales, estos se han de encargar de investigar el modus vivendi de los progenitores, así como el círculo social en el cual se desenvuelven y, de manera importante, las raíces familiares que pudieran influenciar la guía del menor puesto bajo su custodia.

Por otro lado, este mismo trabajador, debe de corroborar, la veracidad de la forma física de vida del progenitor, en cuanto a las comodidades que pueda brindar al menor, así como los dineros que obtiene y que le permitirán solventar los gastos de manutención del referido menor.

El sociólogo debe de ahondar la investigación practicada por el trabajador social, para conocer el desenvolvimiento social del progenitor, así como proyectar un cuadro general de las condiciones que pudieran presentarse al menor, permaneciendo al lado de dicho custodio, si es el caso del otorgamiento de su guarda y consecuente custodia, realizando todo tipo de exámenes enfocados a dar elementos suficientes al juez, para poder discernir, cual es la mejor opción para el beneficio del menor puesto bajo guarda y custodia.

Cabe mencionar al encuestador, que menciono exclusivamente, para la realización de estudios de campo, que puedan demostrar a el juzgador, cual es el fenómeno social imperante en el momento mismo de dictar la sentencia definitiva, en relación a la guarda y custodia.

Sugiero que estos especialistas, pertenezcan a Insti-

tuciones especializadas en tratamiento de la familia, como lo podría ser, el Sistema Integral para el Desarrollo de la Familia, - el Centro de ayuda y atención a la violencia intrafamiliar, dependiente de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y, no necesariamente, el personal del Tribunal Superior de -- Justicia del Distrito Federal, ya que esto sería imposible, dado el escaso número de su personal y presupuesto reducido.

Con esto último, allanaríamos el camino, en relación a los probables problemas que pudiesen presentarse al adicionar - el artículo 282 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, - con la propuesta mencionada párrafos atrás de este trabajo.

Si bien es cierto, en la aplicación de este exámen, la autoridad judicial debe de relacionar los tres niveles ó resultados que arrojará, no menos cierto lo es que, no podríamos buscar en todos los casos, la perfección de los progenitores, sino que -- en sí, el examen propuesto debe de dar una mejor orientación al -- juzgador, para determinar cuál es el progenitor más apto, para -- que se le entregue la guarda y custodia del menor, protegiendo in dudablemente el bien jurídico tutelado(la infancia) y no determi nar solamente, el grado de perfección del individuo, por lo que - su función debe de ser orientadora, para cada caso en específico, relacionándose con el resto de las probanzas aportadas por los -- progenitores en la litis.

Finalmente, recalco el carácter de oficiosidad de este examen, en virtud de que su aplicación ha de ser obligatoria y no discrecional, para mejorar el servicio prestado por los Jueces de lo familiar, así como para proteger más eficientemente a la mi

noría de edad para beneficio social, finalmente.

**5. Fundamento Constitucional del examen psico-socio-económico ---
propuesto.**

El examen propuesto, debe orientarse en base a las di
rectrices mencionadas en los incisos precedentes, fundamentado en
la importancia social que representa, el dar la mejor guía y cus-
todia a los menores, para formar hombres y mujeres más aptos y --
útiles para la vida en sociedad.

Ahora bien, esta propuesta viene apoyada, por cuanto-
a su base jurídica, desde nuestra Constitución Política de los --
Estados Unidos Mexicanos, que en su artículo cuarto, párrafo sex-
to señala:

" Es deber de los padres, preservar el derecho
de los menores a la satisfacción de sus necesi-
dades y a la salud física y mental. La Ley de-
terminará los apoyos a la protección de los me-
nores, a cargo de las Instituciones Públicas."

De lo citado, podemos comprender que, la propia Ley -
debe de procurar, determinar los apoyos para la protección de los
menores y, a cargo de las Instituciones Públicas, como en este ca-
so lo es el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y,
por ello, es correcta la adición propuesta por el suscrito, en ra
zón directa de que está encaminada a la protección más efectiva -
de los menores y, no contraviene en forma alguna, a lo preceptuado
por el artículo Constitucional mencionado.

Desde luego, que la adición propuesta, pudiera pare--
cer una reforma total del párrafo segundo, en la fracción VI del-

artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal y tan es así - que yo busco el adicionar una mejor redacción de tal precepto para beneficio de los menores. apoyandome para tal situación, en el artículo Constitucional mencionado.

Queda plasmada así, la esencia de este trabajo, el -- cual busca realizar de mi parte, una aportación, por simbólica, -- en beneficio colectivo de nuestra sociedad Capitalina.

- - - - -

CONCLUSIONES .

PRIMERA.- La guarda y custodia es una institución de carácter público, para la protección de un bien jurídicamente tutelado, como lo es, la minoría de edad, más que un derecho, ú --- obligación de los progenitores y por ende, debe regularse su funcionamiento, como ha sucedido desde las instituciones prehispánicas y pasando a través del desenvolvimiento de la hitória patria, pero principalmente en el Distrito Federal, dada su importancia como **capital nacional**, de todas las épocas pasadas.

SEGUNDA.- La regulación de la guarda y custodia ha pasado, históricamente hablando, de una imposición social, del hombre para con la mujer, hasta un estatuto de obligación compartida y probablemente, dentro de algunos años, a una competencia entre hombres y mujeres, para el mejor desempeño de esta institución familiar, aunque cabe mencionar, que de continuar el ritmo acelerado de desintegración familiar, es posible que esta lucha quede en esperanzas solamente.

TERCERA.- Se desprende de este trabajo, que la regulación jurídica vigente en el Distrito Federal, no obliga a los señores jueces a dar una mayor atención al otorgamiento de la guarda y custodia de un menor, por lo que ello se considera una laguna legal, que necesariamente debe llenarse para beneficio de los menores de edad directamente y, para beneficio de la propia sociedad, indirectamente, porque, como lo señalé en el contenido de la presente tesis, el futuro del país, depende de la juventud que para él mismo se forme, por parte de nosotros, aquí y ahora. No hay

más tiempo para adicionar la ley en la forma propuesta. Las futuras generaciones comenzaron ya a vivir y a aprender de nosotros,-- los adultos, por lo que se hace urgente, cuidar más, el otorgamiento de las custodias de dichos menores, para que se realice a personas idóneas y maduras.

Esto no podrá ser determinado, insisto, sin la aplicación del exámen propuesto, porque ello implica, el centrar la atención del Juzgador, sobre un aspecto muy relevante del Derecho de Familia y, que sin embargo, se ha dejado de lado por parte del legislador, indebidamente.

CUARTA.- Es difícil la aplicación de esta adición propuesta, ya que la estructura jurídica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal, así como los recursos humanos con los que cuenta éste, no son suficientes para poder satisfacer, las necesidades que han de presentarse, con la aplicación del exámen propuesto; sin embargo, si el Juzgador se auxilia de -- otras instituciones, directamente relacionadas con el bienestar de la familia, como por ejemplo, el Sistema Integral para el Desarrollo de la Familia (DIF), puede salvarse este inconveniente y funcionar en su totalidad, la adición propuesta.

QUINTA.- El exámen psico-socio-económico propuesto, - permite al Juzgador conocer la personalidad real, la forma de interrelación y medio ambiente social, que puede proporcionar el progenitor al menor de edad, así como la calidad de vida y acopio de satisfactores que sus posibilidades pueden aportar a dicho menor, -- puesto bajo su guarda y custodia, por lo que su aplicación es a todas luces, benéfica para la minoría de edad en el Distrito Federal.

SEXTA.- La aplicación de este exámen propuesto, debe ser obligatoria, en los Juzgados de lo Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, para permitir a nuestra sociedad, evolucionar hacia un estado -- de vida más avanzado, que haga posible a mediano plazo, una convivencia más adecuada de todos nosotros en nuestra sociedad, como una protección real al desarrollo y vida de los menores puestos bajo la guarda y custodia correspondiente.

SEPTIMA.- Solamente la aplicación del examen propuesto traera a -- la sociedad capitalina, una vida mas ordenada por cuanto a el desarrollo y evolución de los menores de edad, quienes gracias a la imprevisión y negativa --- exhaustividad por parte de los juzgadores, así como la imprecisión de la propia Ley, originan niños abandonados ó descuidados, trayendo por ende, males -- graves como el vandalismo, la inadaptación social y los "niños de la Calle",

B I B L I O G R A F I A

LIBROS.

A, Zavala, Silvio.

" Las instituciones jurídicas en la conquista de México"

Segunda Edición, Editorial Porrúa, Méx., 1971.

Chavero, Alfredo,

" México, Através de los siglos"

Tomo 3, Edit. Cultural Televisa, México, 1986.

Chavez Ascencio , Manuel.

"La familia en el Derecho".

Editorial Porrúa Hermanos, S.A., 3ª edición, México, 1990.

Castón Tobeñas, José.

" Derecho de familia"

Tomo V, Vols. 2 y 3, Edit. "Argos", Madrid, 1978.

Castro y Bravo, Federico.

"Compendio de Derecho Civil".

Editorial Instituto de Estudios políticos y Sociales.

Madrid, 1988, S/ Edición.

Castro Zavaleta, Salvador.

Derecho Civil."

3ª Edición, Cárdenas Editores, México, 1974.

De Pina Rafael.

"Derecho Procesal Civil"

Décimo Octava Edición. Edit. Porrúa, S.A., Méx., 1988.

Esquivel Obregón, T.

" Apuntes para la Historia del Derecho en México"

Tomos I y II, Edit. Polis, Méx., 1937, 1ª Edición.

Floris Margadant, guillermo.

"Introducción a la Historia del Derecho Mexicano"

UNAM, Editorial "Textos Universitarios", México, 1971.

GOMIS Y MUÑOZ.

"Elementos de Derecho Civil Mexicano"

1ª edición, Porrúa, S.A., México, 1976.

GOMIZ Y MUÑOZ.

"Manual de Derecho civil y Comercial"

1ª edición, Porrúa, S.A., México, 1976.

Kóning, René.

"La familia en nuestro tiempo jurídico"

Editorial Burgos, 3a., edición, España, 1947.

Mazeaud, Henri y Jean.

"Derecho Civil"

Introducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Vol. IV

pág. 96, editorial Porrúa, S.A.

Méndez Costa, María Josefa.

"Derecho de familia"

3a., edición, Editorial "Santa-Fé Rubin al Kulsoni Editores

Argentina, 1984.

Mendizabal Ores, Luis,

"Derecho de menores"

Madrid, Editorial Pirámide. Argentina, 1977.

Messner, Johannes.

"Sociología moderna y derecho Natural"

la., edic., editorial Gröm, Baviera, Alemania. 1988.

Mira y López, Emilio,

Manual de Psicología jurídica"

5a., edición. Editorial, " El Ateneo Editorial", Argentina, 1981.

Montero Duhal, Sara.

" Derecho de Familia"

Editorial Porrúa, S.A., la., edición, México, 1987.

Morelos y Pavón , José María.

" Los Sentimientos de la Nación"

Editorial Porrúa, S.A., la edición, México, 1986.

Rocco H.,

"Derecho Procesal Civil"

la., edición, editorial JussS.A., México, 1934

Sarason, Barbara R.,

"psicología, Fronteras de la conducta"

Editorial Harla, 2a., edición, México, 1994, pág. 479.

H E M E R O G R A F I A .

Abouhrad Habrica, Chibili.

" El juicio sobre el Derecho de Guarda"

Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal, número 112,-
1960, pág 21.

M.E. Gasey,

" Custody of Children"

New Zeland University Law Review, vól., 8, núm. 4, 1974, pág.347.

Warburg, Ronald,

" Child custody, a comparative anaysis"

Israel Law Review, vól. 19, núm., 4, 1974, págs 480-485.

Drabjna editores, Israel.

D I C C I O N A R I O S ,

Garciapelayo y Gross, Ramón,

" Pequeño diccionario Larousse, S.A. , México, 1990.

Smith Cruz Jean Louise,

" English-Spanish Dicctionary"

North American Educational Center Edit, Maryland, 1988.

L E G I S L A C I O N .

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil para el Distrito Federal y Territorios federales de
1870.

Código Civil para el Distrito Federal y territorios Federales de
1884 (Comentado)

Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales de-
1928

Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda
la República en materia Federal.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en mate
ria Común y para toda la República en materia Federal.

Ley de Relaciones Familiares de 1917

O T R O S .

Fórmula eclesiastica Católica del Sacramento del Matrimonio.

CONTENIDO .

1.- Introducción.	
2.- Contenido.	
3.- Capitulo Primero	1
4.- La Guarda y custodia como figura jurídica en la Historia de México.	1
5.- La guarda y custodia en la época prehispánica.	1
6.- La guarda y custodia en la época Colonial	7
7.- Época Independiente: 1810 a 1870.	14
8.- Período de 1870 a 1884.	15
9.- Período de 1884 a 1928.	32
10.- Modificaciones al Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1928 a 1932(Vacatio legis) .	38
11.- Período de 1932 a 1996	43
12.- Capitulo Segundo	49
13.- Conceptos Fundamentales, doctrinarios y legislativos ..	50
14.- A. La guarda y custodia en la doctrina mexicana e inter- nacional	50
15.- Conceptos de progenitor	50
16.- Concepto de menor de edad	52
17.- Conceptos de Guarda y custodia	54
18.- Reglamentación jurídica actual del Ejercicio de la guarda y custodia en el Distrito Federal.	64
19.- Modo de extinción	82
20.- Jurisprudencia	89

20.-	Capitulo Tercero.	99
21.-	La necesidad de la aplicación de un exámen socio-psi- co-económico a los progenitores, previamente a el -- otorgamiento de la guarda y custodia de un menor, en forma oficiosa, por parte del Juzgador en el Distri- to Federal.	100
22.-	A. La problemática del otorgamiento de la guarda y - custodia de un menor de edad en el Distrito Federal.	100
23.-	La oficiosidad en el otorgamiento de la guarda y cus- todia de un menor, mediante un exámen psico-socio- - económico en el Distrito Federal.	100
24.-	La problemática de hecho al otorgar la guarda y cus- todia de un menor en el Distrito Federal	116
25.-	Critérios actuales de los jueces de lo Familiar del- Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal - para el otorgamiento de la guarda y custodia de un - menor de edad.	121
26.-	Propuesta de adición al artículo 282 del Código Ci-- vil del Distrito Federal vigente.	129
27.-	Fundamento Constitucional del exámen psico-socio-económico pro- puesto.	137.
28.-	Conclusiones.	
29.-	BIBLIOGRAFIA.	
30.-	CONTENIDO.	