

425
22j.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

EFFECTOS Y CONSECUENCIAS DE LA GUARDA
Y CUSTODIA DE LOS MENORES Y SUS
DIFERENCIAS CON EL EJERCICIO DE
LA PATRIA POTESTAD

T E S I S
Que para obtener el titulo de
LICENCIADA EN DERECHO
p r e s e n t a
MARIA SARA MARTINEZ DIONISIO

ASESOR DE TESIS: LIC. ANGEL GUERRERO LINARES

México, D. F.



1997

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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:

**Juan M. Martínez y Clotilde
Dionisio de Martínez, por
darme su amor apoyo y
confianza.**

A MIS HERMANOS Y HERMANAS:

Por su apoyo y ayuda.

A MIS AMIGOS:

Por su amistad.

A JESUS:

Por significar algo especial en mí.

CON AGRADECIMIENTO:

Al Dr. Iván Lagunes Pérez,
por sus comentarios positivos,
que fueron un estímulo para
realizar éste trabajo.

CON ESPECIAL AGRADECIMIENTO:

Al Lic. Angel Guerrero Linares por
su asesoría, brindándome sus
conocimientos, tiempo y apoyo
para la elaboración de ésta tesis.

A MIS MAESTROS:

Con admiración y reconocimiento
por haber compartido sus
enseñanzas conmigo.

I N D I C E

EFFECTOS Y CONSECUENCIAS DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES Y SUS DIFERENCIAS CON EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

INTRODUCCION.....	1
-------------------	---

CAPITULO I

LA FAMILIA.

1. Concepto de Familia.....	4
2. Orígenes de la Familia.....	6
3. Evolución histórica de la Familia.....	9
4. Función de la Familia.....	15

CAPITULO II

LA PATRIA POTESTAD.

1. Concepto de patria potestad.....	20
2. Evolución histórica.....	22
3. Sujetos de la patria potestad.....	25
4. Efectos de la patria potestad.....	27
5. Extensión, pérdida y suspensión de la patria potestad.....	36

CAPITULO III

LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES.

1. Concepto de guarda.....	44
2. Concepto de custodia.....	46
3. Efectos de la guarda y custodia en el menor.....	48
4. La guarda y custodia del menor y su protección legal en los juicios familiares.....	52

CAPITULO IV

ANALISIS DE LAS DIFERENCIAS ENTRE LA GUARDA, CUSTODIA Y LA PATRIA POTESTAD.

1. Diferencia entre ambas figuras jurídicas.....	79
2. Necesidad de crear un apartado especial en el Código Civil, referente a la guarda y custodia del menor.....	83
CONCLUSIONES.....	95
BIBLIOGRAFIA.....	99

INTRODUCCION.

La familia constituye uno de los pilares sobre los que se erige toda la sociedad, por lo cual su estudio reviste una gran importancia, así como todas las cuestiones con ella vinculadas.

Por tal motivo, la realización del presente trabajo de tesis intitulado "Efectos y consecuencias de la guarda y custodia de los menores y sus diferencias con el ejercicio de la patria potestad", surgió por el interés de analizar la regulación jurídica de la patria potestad así como de la guarda y custodia, en nuestro Derecho Civil, para poder determinar la necesidad de contemplar diversos aspectos que la ley deja fuera, referente a dichos temas y hacer una regulación más amplia y profunda de las mismas, en beneficio de la sociedad. Lógicamente, para lograr tal propósito es menester utilizar el método deductivo; es decir, partir de los conocimientos más generales, hasta llegar a los más particulares.

En tal virtud, el presente trabajo consta de cuatro capítulos, que están organizados de la siguiente manera.

En el capítulo primero se trata lo referente a la familia, dándose varios conceptos de ella, su origen, su evolución histórica y el importante papel que cumple en la sociedad.

El capítulo segundo comprende el estudio de la patria potestad, su concepto, evolución histórica, sujetos, efectos, así como su extinción, pérdida o suspensión de la misma.

En el capítulo tercero se estudia lo concerniente a la guarda y custodia de los menores, su concepto, efectos, así como su protección legal en los juicios familiares.

Y en el capítulo cuarto se hace un análisis comparativo entre las similitudes y diferencias existentes entre las dos figuras jurídicas la patria potestad, la guarda y custodia, estableciendo la necesidad de hacer una regulación legal de las mismas en una forma más profunda y acorde a las necesidades de ésta época.

Asimismo, se agrega un Anexo consistente en tesis jurisprudenciales relativas al tema del presente trabajo, como lo son las referentes a la patria potestad, a la guarda y custodia.

Por último se procede a elaborar las conclusiones y propuestas obtenidas como resultado del presente estudio.

CAPITULO I

LA FAMILIA.

1. CONCEPTO DE FAMILIA.

La familia se ha conceptualizado de muy diversas maneras y esto debido a su constitución y fines, mismos que han variado a través de las diversas épocas, tal y como lo veremos en el presente numeral, analizaremos las diversas conceptualizaciones que han vertido los doctrinarios tratando de contemplar y abarcar todas las características y elementos de la familia en sus definiciones.

Iniciaremos nuestro estudio con el concepto que nos proporciona el Maestro Galindo Garfias, dice que la familia es "el conjunto de personas, en un sentido amplio (parientes) que proceden de un progenitor o tronco común; sus fuentes son el matrimonio, la filiación (legítima o natural) y en casos excepcionales la adopción (filiación civil)". (1)

1. Galindo Garfias, Ignacio. "Derecho Civil", Edit. Porrúa, S.A., 10ª ed., México, 1990, p. 427.

La Enciclopedia jurídica Omeba, la define como "el conjunto de relaciones jurídicas que surgen del ayuntamiento de un hombre y una mujer, y de su prole. Cuando este enlace se practica con promesa solemne de fidelidad hay familia legítima y cuando falta ésta solemnidad la familia es ilegítima". (2)

Ramón García Pelayo, afirma que la familia "es un conjunto compuesto por un matrimonio y sus hijos, y, en un sentido amplio, todas las personas unidas por un parentesco, ya vivan bajo el mismo techo ya en lugares diferentes". (3)

Sara Montero, define a la familia diciendo que "es el grupo humano primario, natural e irreductible, que se forma por la unión de la pareja hombre-mujer.

Todos los seres vivos son impulsados por dos instintos fundamentales: la conservación y la reproducción. Los humanos, como seres vivos y bisexuados, cumplen con el instinto de reproducción y crean con ello a la familia, la célula social. De la unión sexual de hombre-mujer surge la procreación, los hijos". (4)

2. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XIII, EdIt. Driskill, Buenos Aires, 1987, p. 15.

3. García Pelayo, Ramón, "Diccionario Práctico Español Moderno", EdIt. Larousse, México, 1983, p. 234.

4. Montero Duhait, Sara, "Derecho de Familia", EdIt. Porrúa, S.A., México, 4ª. ed., 1990, p. 2.

Guillermo A. Borda, nos señala que la familia "es aquella que está integrada, en un sentido propio y limitado, la familia está constituida por el padre, la madre y los hijos que viven bajo un mismo techo. En un sentido amplio, suele incluirse dentro de ella a los parientes cercanos que proceden de un mismo tronco o que tienen estrechos vínculos de afinidad". (5)

Por su parte Manuel Peña Bernaldo, nos define a la familia como "el núcleo social primario integrado por las personas unidas por los vínculos sociales más fuertes (el conyugal y los de filiación o de parentesco)". (6)

De todos los conceptos citados anteriormente, puedo definir a la familia como una institución social compuesta por un conjunto de personas vinculadas jurídicamente entre sí, por razón de la relación de cohabitación sexual y la filiación.

2. ORIGENES DE LA FAMILIA

El origen de la familia se remonta al comienzo de la humanidad, con la aparición de las primeras tribus o clanes, las cuales se agruparon

5. Borda A., Guillermo, "Tratado de Derecho Civil, Familia I", Edif. Perrot, Buenos Aires, Argentina, 7ª ed., 1977, p. 22.

6. Peña Bernaldo de Quiroz, Manuel, "Derecho de Familia", Universidad de Madrid, 1989, p. 11.

principalmente para satisfacer sus necesidades más primordiales, como la constituirían: el alimento, el vestido, la caza, la protección frente a otras tribus, etc. Por lo que la familia la componían básicamente los padres, los hijos y los parientes más cercanos.

Para explicar el origen de la familia se han elaborado una serie de teorías, entre las que destacan las siguientes:

a) Teoría matriarcal. La cual fue sustentada por Bachofene, Morgan, MacLennan, y Giraud-Teulón, y afirmaba que en la época primitiva imperó la promiscuidad sexual, lo que provocaba que la determinación de la paternidad fuera algo difícil e inseguro; siendo lo único cierto la maternidad. Por ende, la madre era el eje principal y origen de la familia considerándose el parentesco únicamente por la línea materna (parentesco uterino).

b) Teoría Patriarcal.- Esta teoría fue sostenida principalmente por Summer Maine, sus postulados son diametralmente opuestos a la teoría matriarcal, en virtud de que niega la promiscuidad sexual en las épocas primitivas; además considera que el centro de la organización familiar residía en el padre.

Asimismo, afirman que el origen de la sociedad se halla en la unión de varias familias, cuyos integrantes se unen bajo la autoridad y protección del hombre de mayor edad. Tal razonamiento se sustentaba en las similitudes de los sistemas familiares de los indios, romanos y otros pueblos.

A la par de las teorías antes señaladas, existieron otros autores que no se inclinaban por ninguna de ellas; sino más bien coincidían en algunos aspectos de una u otra. Así, Starke opinaba que el matriarcado había sido una etapa posterior de la evolución familiar y no del estado primitivo y que ello no significaba forzosamente que existiera la promiscuidad sexual, sino más bien la preponderancia de la maternidad sobre la paternidad. De igual manera, la primeras colectividades fueron la familia y el grupo de familias; después surgiría el clan y recién en éste momento surgiría el matriarcado, como consecuencia de la injerencia de la familia de la mujer en el matrimonio a fin de asegurarle una situación respetable después de casada. Así es como nos comentaba el jurista Belluscio acerca del origen de la familia.

En la misma directriz se pronunciaba Westermarck, quien reconocía la existencia de la promiscuidad sexual casi absoluta, pero ello no significaba que tal situación haya sido general en el desenvolvimiento de la sociedad humana, sino más bien, el resultado de la influencia de pueblos

más civilizados. Indicaba además, que en algunos pueblos salvajes las relaciones sexuales fuera de matrimonio eran escasas, y que el hecho de la preponderancia de la línea materna en la determinación del parentesco, no equivalía a la incertidumbre de la paternidad ni de la promiscuidad.

3. EVOLUCION HISTORICA DE LA FAMILIA.

Como cualquier institución social, la familia ha ido evolucionando a través de la historia, en concordancia con la transformación que va experimentando una sociedad, en un lugar y tiempo determinado, en cuanto a su cultura, política, economía, costumbres, etc.

a) Epoca primitiva.

En la época primitiva, el núcleo familiar lo constituyen el padre, la madre, los hijos y algunos parientes, que se unen con el objeto de protegerse y ayudarse en la satisfacción de sus necesidades más elementales y en el trabajo (pastoreo y caza).

Más tarde, en los grupos sedentarios constituidos por tribus o clanes, aparte de las actividades anteriores, se agrega el cultivo de la tierra:

además, la relación entre los miembros de la familia se amplía, porque aparte del aspecto biológico o económico que los une, se agrega el religioso, ya que consideran que todos ellos dependen de un antepasado común lejano (totem), al cual adoran y los hace considerarse parientes entre sí. Entre las características propias de éste grupo, destacan las siguientes:

1). Estaba prohibido el incesto, o sea, la relación sexual o matrimonio entre los miembros del clan que son parientes entre sí (endogamia).

2). El matrimonio se celebraba en forma, exogámica, ésto es, los varones miembros de un grupo se casaban con las mujeres de otro clan.

b) Epoca romana.

En la época romana, la familia se organizó bajo un régimen patriarcal monogámico, girando todo alrededor de la figura del pater familias, el cual contaba con amplísimas facultades, tales como: sacerdote del culto doméstico; magistrado para resolver los conflictos suscitados entre los miembros de la familia; dueño único del patrimonio de familia; en pocas palabras, tenía autoridad absoluta sobre la mujer, los hijos, los domésticos,

etc. De ésto se desprende que la familia romana conformaba una unidad religiosa, política y económica, basada en el parentesco civil o agnación.

c) Epoca feudal.

Durante la época feudal, la cual se caracterizó por el poder que tenía la iglesia (inclusive por encima del rey), influyó en el hecho de reconocer la importancia de la mujer dentro de la familia, poniendo a la sociedad doméstica al servicio de los hijos. También, el rey permitió que la familia se convirtiera en el centro de toda organización política feudal, en la cual la figura de la mujer (castellana, esposa y madre a la vez), tuvo un sitio de mucha consideración.

En la estructura de la familia feudal, influyeron 2 elementos en forma decisiva:

1).- Se consideró a cada agrupación doméstica y feudal con independencia de otras organizaciones familiares y de otros feudos.

2).- Se impuso a los padres la responsabilidad del cuidado y formación de los hijos, en base a los lineamientos morales dictados por la iglesia.

d) Revolución Francesa.

Esta etapa de la historia, iniciada en el año de 1789, tuvo una repercusión universal, teniendo como estandarte los principios de "libertad, igualdad y fraternidad". Las consecuencias de éste pensamiento no dejaron de tener consecuencias en los concierne a la familia.

Lamentablemente sus efectos constituyeron un retroceso en materia familiar, habida cuenta de que al quitarle al matrimonio su carácter religioso y conceptuarlo como un contrato civil, se derrumbó la principal fuente de la familia.

A éste respecto, Mazeud afirma, "cuando se ha concluido un contrato se es libre para ponerle término por medio de un nuevo acuerdo, así cabe disolver el matrimonio por voluntad común. el derecho revolucionario admite, pues, el divorcio por mutuo consentimiento." (7)

Igualmente, se hizo la distinción entre la familia natural y la legítima.

7. Mazeud Henri, León y Jean, "Lecciones de Derecho Civil", 1ª parte, Vol. III, Edit. Ejea, Buenos Aires, Argentina, 1959, p. 32.

Se elaboraron diversos proyectos tendientes a crear tribunales protectores de la familia y de los hijos y una intervención mayor del Estado en todo lo relativo a la familia.

e) Epoca contemporánea.

Actualmente, a nivel mundial y por supuesto en nuestro país, existe la opinión de que la familia es la célula principal de la sociedad y el medio a través del cual el individuo adquiere una serie de valores morales, educación, satisfacción económica, apoyo emocional, etc.

Sin embargo, el Estado ha tenido una intervención más directa y amplia en lo que cabe a la regulación de la familia; por ejemplo, en lo referente a la educación de los hijos, creación de instituciones protectoras de la familia; resoluciones judiciales que fijan la situación de los hijos y de los cónyuges, administración de los bienes de los menores, guarda y custodia de los hijos, etc.

Aunado a la intervención estatal, encontramos que la familia atraviesa por una grave crisis, que se caracteriza por el quebrantamiento de

la disciplina familiar, la relajación de las costumbres, el aumento de los divorcios, la despreocupación por el cuidado de los hijos, etc.

Dentro de las causas que han acarreado la crisis familiar puede señalarse como una de las más importantes la económica. Antiguamente, el sostenimiento del hogar estaba a cargo del hombre , mientras que la mujer se ocupaba del cuidado del hogar y de los hijos.

Hoy en día no basta, ya que ambos tienen que trabajar, por lo cual la convivencia familiar tiende a desaparecer, ya que tanto padres como hijos únicamente conviven a la hora de comer, retornando inmediatamente a sus actividades fuera del hogar.

Otra causa la constituye la pérdida de valores morales y espirituales como el amor, el respeto, la ayuda mutua, que se deben padres e hijos entre sí. Hoy en día, las personas se han vuelto más egoístas, preocupadas únicamente por la satisfacción de sus intereses personales, sin prestar atención a los problemas y necesidades de diversa índole que pudieran tener los hijos o también los padres.

La inconsciencia de los padres, derivada de la potestad otorgada por el Estado referente a la libertad de tener el número de hijos que se deseen, ha propiciado un crecimiento en la natalidad que provoca que los padres no puedan atender debidamente las necesidades económicas, afectivas, culturales, educativas, emocionales de sus hijos, abandonándolos o descuidándolos, por la cual estos buscan fuera de la familia todo aquello que no encuentran en ella y que muchas de las veces trae como resultado el adquirir hábitos nocivos como la drogadicción, el alcoholismo, etc., lo que redundará en que los hijos le falten el respeto a sus padres, abriguen sentimientos negativos hacia la familia y la sociedad.

Ante ésta perspectiva, la función del Estado debe tener como objeto dictar las medidas protectoras de orden moral, económico y social, que fortalezcan a la familia que le permitan cumplir con sus finalidades naturales, que son la procreación y la educación moral, intelectual y física de los hijos.

4.- FUNCION DE LA FAMILIA.

Durante todas las épocas, a la función de la familia ha sido de vital importancia en el desarrollo de cada uno de sus miembros y de la

sociedad en sí, variando en cuanto a sus alcances y objetivos, dependiendo del tiempo y lugar en que se le ubique.

Actualmente, puede decirse que la función de la familia se centra en los siguientes aspectos:

a) Regulación de las relaciones sexuales. A lo largo de la historia, el matrimonio ha sido considerado como el fundamento de la familia. Pese a ello, las relaciones sexuales extramaritales siempre han subsistido, por lo que se ha buscado que la relación sexual entre esposos sea la única permitida y lícita, sancionando las existentes fuera del matrimonio.

Asimismo, se ha prohibido la relación sexual entre padres e hijos o entre éstos últimos (incesto) y con relación a los parientes más cercanos. Esto para evitar caer en la promiscuidad sexual que existió en las épocas primitivas, con las consecuencias negativas que ello generaba.

b) La reproducción. Como consecuencia directa de la relación sexual entre marido y mujer es la procreación de los hijos, que trae consigo, el establecimiento de lazos familiares. Lo que ha tratado de evitarse es la

procreación de los hijos de madre soltera, quién después los abandone o descuide.

c) Económica. Esta función de la familia puede presentar una dualidad de aspectos: como unidad productora de bienes y servicios y como unidad de consumo.

En cuanto al primer aspecto, los miembros de la familia en su totalidad o sólo alguno de ellos, llevan a cabo algún trabajo en el hogar o fuera de él, que proporciona algún ingreso a la familia, necesario para las satisfacciones de la misma, también puede consistir en la realización de algún servicio consistente en cuidar a algún enfermo, atender a los menores, efectúen labores domésticas, etc.

Respecto a la función de consumo para la satisfacción de las necesidades materiales, como son: el alimento, vestido, habitación, asistencia de salud, etc. por lo general se dan dentro del hogar, sin embargo, algunos de ellos pueden ser desplazados (lo cual sucede con mayor frecuencia en algunos sectores de la familia urbana) a otras unidades de servicio colectivo para el consumo básico: restaurantes, casa de huéspedes, sanatorios, centros de salud, guarderías infantiles, etc.

d) Educativa y socializadora. Esta función puede decirse que es la de mayor relevancia que tiene la familia. Partiendo de la base de que el primer contacto que tienen los hijos después de nacer es la familia, se deduce que de ésta obtiene los primeros conocimientos, valores morales, religiosos, principios éticos, etc., que van a servir de pauta en su comportamiento en sociedad. Es decir, los hijos son entes receptivos que toman como modelo de conducta a sus padres y demás familiares; por ende, si los valores y la educación recibida por los hijos es endeble o ineficaz, traerá como consecuencia un desenvolvimiento negativo de los hijos en sus relaciones interpersonales.

En nuestro país, el Estado se ha preocupado por ésta función de la familia, por lo que ha tratado de coadyuvar con ella, al cumplimiento óptimo de la misma, mediante la creación de instituciones sociales como el DIF. (Desarrollo Integral de la familia), las guarderías infantiles y las escuelas, que a pesar de todo asumen un papel secundario frente a la familia.

e) Afectiva. Como bien se dice, no basta con la satisfacción de las necesidades materiales del individuo, sino que necesita también el afecto de las gentes que lo rodean, para tener un equilibrio mental y emocional completo.

La familia constituye el medio propicio para obtener la satisfacción afectiva, en virtud de que desde el momento en que se unen dos personas en matrimonio y forman una familia, no lo hacen únicamente con el objeto de satisfacer una necesidad sexual, sino también, para obtener amor, cariño, comprensión, apoyo, solidaridad, etc., de la pareja y a la vez proporcionárselo a los hijos, logrando una armonía familiar y una estabilidad emocional en cada uno de sus miembros.

De lo anterior, se deduce que dónde existe una familia mal integrada, donde sus miembros son conflictivos, egoísta, faltos de amor y comprensión hacia los demás, cuando desaparece el amor y respeto entre los cónyuges, o entre hermanos o entre éstos y aquellos, desencadena en una ruptura familiar que ocasiona que los cónyuges se divorcien o separen; que los hijos se alejen de los padres o viceversa; que no exista ayuda entre hermanos; etc., lo que al final de cuentas propiciará que se vuelvan inadaptados socialmente y que les impida formar una familia en el estricto sentido de la palabra.

CAPITULO II

LA PATRIA POTESTAD.

1. CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD.

Etimológicamente, el término patria potestad proviene de los vocablos latinos "patritus" y "potestas", que significan: lo relativo al padre y potestad, dominio o autoridad.

Actualmente, la doctrina ha elaborado diversos conceptos de los que es la patria potestad, tomando en consideración los diversos aspectos y características que ella reviste.

Los juristas Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, la definen como " el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos, desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal período". (8)

8. Baqueiro Rojas, Edgard, Buenrostro Báez, Rosalía. "Derecho de familia y Sucesiones", Edit. Harla, 3ª ed. México, 1990, p. 227.

El maestro Rafael de Pina, dice que la patria potestad es "el conjunto de las facultades, que suponen también deberes, conferidas a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria". (9)

Por su parte, la maestra Sara Montero dá un concepto de patria potestad, señalando "que es la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad." (10)

Ignacio Galindo Garfias, define a la patria potestad como "una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente, ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos."(11)

9. Pina Rafael, de, "Elementos de Derecho Civil Mexicano", Vol. I, 8ª ed. Edit. Porrúa, S.A. México, 1977, p. 373.

10. Montero Duhal, Sara, "Derecho de Familia", 2ª. ed. Edit. Porrúa, S.A., México, 1985. p.338.

11. Galindo Garfias, op. cit, p. 669.

Por su parte Marcel Planiol, la conceptúa como "el conjunto de derechos y poderes que la ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y bienes de sus hijos menores para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones de padres."(12)

En opinión del maestro Jacobo Ramírez, la patria potestad "es una institución que tiene por objeto el cuidado de la persona y de los bienes de los descendientes menores de edad no emancipados." (13)

De todos los conceptos vertidos, puede concluirse que la patria potestad es una institución jurídica que comprende un conjunto de derechos y obligaciones asignadas a los ascendientes con el objeto de cuidar a los menores de edad, en cuanto a su persona y bienes.

2. EVOLUCION HISTORICA.

La figura jurídica de la patria potestad ha tenido diversos efectos, dependiendo de la época en que se le ubique. Así, tenemos que en el

12. Marcel, Planiol, "Tratado Elemental de Derecho Civil", Tomo I-2, Edif. Cajica, Puebla, México, 1989, p. 233.

13.- Ramírez Sánchez, Jacobo, "Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil", Edif. libros de México, 1ª ed., México, 1960, p. 323.

Derecho Romano la patria potestad no estaba limitada sólo a las relaciones entre padres e hijos menores, sino que el pater familias tenía un poder absoluto y exclusivo sobre todas las personas que componían el núcleo familiar, sin importar el sexo, la edad, o el estado civil.

Es decir, el pater familias, controlaba las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la familia; a título de ejemplo pueden señalarse las siguientes facultades: tenía el derecho de vida y muerte; podía ignorarlos, venderlos, alquilarlos, juzgarlos y condenarlos hasta la pena de muerte.

Posteriormente, la potestad del pater familia fué disminuyendo con la intervención de magistrados y censores que refrenaron los abusos; más tarde, con leyes castigaron la muerte o exposición de los recién nacidos; se prohibieron la venta de los niños y se eliminó el *ius patrium* por el *ius publicum* para el juzgamiento de los delitos.

En lo concerniente a la cuestión patrimonial, originalmente el pater familias era el único titular del patrimonio; después, aparecieron los peculios de las personas sometidas a su potestad, saber: a) el profecticio (suma de dinero a masa de bienes entregada por el pater a un *alieni iuris*

para su uso y administración); el castrense (bienes adquiridos por el servicio de las armas); b) el adventicio (formado por los bienes que los hijos recibían en propiedad por herencia de la madre y extendido posteriormente a bienes que no fueran adquiridos por conducto del padre o actuando en su representación).

En el derecho germánico, la potestad paterna se encamina a la protección del incapaz y cesa a determinada edad; es decir, se van limitando más los poderes que antiguamente tenía el pater familias sobre los menores.

A partir de entonces las legislaciones del mundo han ido limitando más y más la autoridad de los que ejercen la patria potestad, en la actualidad, la participación del Estado ha sido determinante en el nuevo enfoque que reviste la patria potestad, ya que no sólo contempla derechos y poderes a los que la ejercitan, sino también obligaciones que tienen que cumplir, para de éste modo cumplir con el fin primordial de ésta institución, que la protección en los bienes y la persona del menor; llegándose al caso de imponer sanciones a los que ejercitan la patria potestad, para el caso de que incumplan con todos los deberes que tienen para con los menores y que establece la ley civil.

3.- SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD.

En la patria potestad, existe 2 clases de sujetos:

1). **Activos.** Son aquellas personas que por disposición de la ley tienen la obligación de ejercitarla. (padres, abuelos paternos y abuelos maternos).

2). **Pasivos.** Son aquellos individuos sobre quién se ejercita (hijos menores de edad).

Ahora bien, respecto a las personas que pueden ejercitar la patria potestad, la ley prevé distintos supuestos a saber.

a) **Hijos de matrimonio.** La patria potestad se ejerce sucesivamente por los padres; a falta de éstos, por los abuelos paternos y en su defecto, por los abuelos maternos. (art. 414 Código civil para el Distrito Federal).

Cabe aclarar que para el caso de que sólo una de las personas exista en cada caso, a ella corresponderá únicamente el ejercicio de la patria potestad. (art. 420 Código Civil para el Distrito Federal).

b) Hijos nacidos fuera de matrimonio. La ley establece lo siguiente: si ambos progenitores lo han reconocido y viven juntos, ambos ejercerán la patria potestad. (art. 415 Código Civil para el D.F.). Cuando viviendo separados los hayan reconocido en el mismo acto, convendrán cual de los dos ha de ejercerla en caso de que no lo hicieren, resolverá el juez de lo familiar del lugar.

Cuando viviendo los padres separados el reconocimiento se efectúa sucesivamente, ejercerá la patria potestad el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniese otra cosa con los padres y siempre que el juez de lo familiar del lugar no creyese necesario modificar el convenio por causa grave. En éstos 2 casos, cuando por cualquier circunstancia deje de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrará a ejercerla otro.

Cuando los padres del hijo fuera de matrimonio que vivían juntos se separen, continuará ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ése punto, el progenitor que designe el juez.

c) Hijos adoptivos. Ejercen únicamente la patria potestad la persona o personas que adoptan al menor, como consecuencia jurídica de la adopción.

Por último, cabe mencionar que sólo por falta o impedimento de las personas preferentes para ejercer la patria potestad entrarán, por disposición de la ley, a su desempeño, los abuelos paternos y maternos.

En el caso de que únicamente faltare alguna de las personas a quienes corresponda ejercerla, la que quede continuará en el ejercicio de éste derecho.

4. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD.

Los efectos jurídicos que genera la patria potestad pueden clasificarse de la siguiente manera:

- 1) En relación a la persona del menor.
- 2) En relación a los bienes del menor.

1. En relación a la persona del menor.

- a) Representación legal.- Como se sabe, los menores de edad únicamente poseen capacidad de goce, pero no la de ejercicio, lo cual significa que no están facultados para ejercer sus derechos y cumplir sus

obligaciones por ellos mismos, sino que es menester que quienes ejerzan la patria potestad los representen dentro y fuera de juicio, hasta en tanto cumplan su mayoría de edad o se emancipen en virtud del matrimonio.

A éste respecto, nos ilustra el artículo 424 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual señala que "el que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso resolverá el juez".

b) Designación de domicilio. Como consecuencia de la obligación que tienen los que ejercen la patria potestad de cuidar del menor y convivir con él, se desprende que éste último tendrá como domicilio legal aquel en el cual habita junto con aquellos, con la obligación de no dejar la casa de los que la ejercen, sin el permiso de ellos o decreto de la autoridad competente (art. 421 del Código civil para el D.F.).

c) Educación. En relación a la educación, ésta tiene como premisa lo preceptuado por el art. 3º de nuestra Carta Magna, en donde se habla de que la educación primaria y secundaria es obligatoria. Asimismo, el Código Civil, en su art. 308 señala "... respecto de los menores, los alimentos

comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista..."

De igual manera el art. 422 del Código Civil que " A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo conveniente.

"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".

Del análisis de éste artículo, se deduce que la ley no solo hace alusión a la obligación de mandar a los menores a la escuela (primaria y secundaria) a efecto de recibir una serie de conocimientos teóricos que contribuyan al desarrollo de sus aptitudes física y mental; sino que además la educación debe abarcar el que los encargados de ella inculquen en el menor, valores, y principios morales que sirvan de ejemplo a seguir; en consecuencia, deben evitar cometer cualquier acto negativo o costumbres depravadas que influyan perjudicialmente en el menor, dañando su mente o su educación.

Inclusive, en el supuesto de que se eduque inadecuadamente al menor o no se le eduque, el Ministerio Público tiene la facultad de intervenir en protección del menor, tomando las medidas que considere pertinentes.

d) Corrección y castigo. El art. 423 del Código Civil para el D.F. textualmente dice: "Para los efectos del artículo anterior los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

"Las autoridades, en caso necesario, auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente."

Como puede apreciarse, éste precepto jurídico faculta a las personas que ejercen la patria potestad de corregir a los menores, cuando el deber de educarlos lo hace necesario.

Sin embargo, al hablar de corregir, no quiere decir que sea sinónimo de castigar, como anteriormente lo autorizaba la ley.

Significa que es permisible regañar, llamar la atención o inferir pequeños golpes a los menores, con el fin de educarlos correctamente, cuando éstos observan un comportamiento inconveniente, irrespetuoso, inmoral, etc. Pero se prohíbe terminantemente que los que ejerzan la patria potestad recurran a los golpes o mal trato cruel excesivo, pudiéndose en algunos caso configurar el delito de lesiones previsto en el art. 295 del Código Penal para el D.F., que a la letra dice: "Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos."

Por ende, la corrección debe ser medida y necesaria.

Ahora bien, si la facultad de corregir se estudia conjuntamente con la frase de la ley que dice "observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo...", resulta lo más adecuado, ya que ejerce mayor influencia en los menores el buen ejemplo que ellos observan.

Para el cumplimiento del deber de educación, la ley prevé los medios de obligar a quién no cumpla con esa obligación, permitiendo que se denuncien éstas omisiones a los Consejos de Tutela, para que éstas a su

vez lo comuniquen al Ministerio Público, para que promuevan lo que corresponda, que puede consistir en amonestación o apercibimiento a quien no cumpla dicha obligación, o suspenderlo e inclusive perder el derecho de ejercitar la patria potestad.

Asimismo, para el caso de que quienes ejerzan la patria potestad necesiten auxilio en la educación y corrección de los menores, las autoridades lo prestarán en base a amonestaciones y correctivos que sean menester.

Frente a la obligación y facultad de educar y corregir al menor de edad, se encuentra el deber legal y moral por parte de éstos últimos de honrar y respetar a aquellos, independientemente de su edad, estado civil o condición. Este deber es de naturaleza esencialmente moral, ya que inclusive el Derecho Canónico en uno de sus mandamientos ordena "honraras a tu padre y madre".

e) Alimentos. En un sentido jurídico, los alimentos comprenden el vestido, la comida, la habitación y la asistencia médica en caso de enfermedad. Respecto a los menores, además de lo anterior, comprenden la

educación primaria y proporcionarle algún arte, oficio o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

La obligación de dar alimentos a los menores de edad, por parte de quienes ejercen la patria potestad, tiene su fundamento legal en lo señalado en el artículo 303 del Código Civil para el D.F., el cual establece que "los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos, a falta o imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado".

Sin embargo, es oportuno mencionar que la obligación alimentaria, más que derivar de la patria potestad, lo es de la relación de parentesco, en virtud de que no se termina con la mayoría de edad, sino que subsiste en tanto lo necesite el hijo y tenga medio económicos el obligado.

Pero, así como tienen obligación los que ejercen la patria potestad frente a los menores de proporcionar alimentos, estos la tienen con relación a los primeros, ya que por naturaleza jurídica de los alimentos éstos son recíprocos y quien los da tiene el derecho de recibirlos (art. 304 del Código Civil para el D.F.). Además del deber legal, es un deber moral que se

origina por la relación padre-hijo, en el cual se tiene que ayudar y socorrer mutuamente.

2. En relación a los bienes del menor.

Sara Montero Duhalt, nos señala que los efectos de la patria potestad respecto a los bienes del menor "... son dobles: a) Administración de los bienes del menor, b) Usufructo legal.

"a) Administración de los bienes del menor.

"Respecto a la administración como el usufructo legal se tiene que distinguir entre los bienes del menor que pueden ser de dos clases: 1.- Bienes que adquiere por su trabajo: 2.- Bienes obtenidos por cualquier otro concepto. Los bienes de la primera clase, o sea los que obtiene el menor por medio de su trabajo, le pertenecen en propiedad, administración y usufructo. En consecuencia, con respecto a éstos bienes, los que ejercen la patria potestad no tendrán ninguna injerencia.

"b) Usufructo legal.

"El usufructo de los bienes del menor obtenidos por cualquier otra causa, excepto el propio trabajo, pertenece por mitades al menor y a los que ejercen la patria potestad. Sin embargo, si los hijos obtienen bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto". (14)

Siguiendo los criterios de dichos autores así como del Código Civil para el Distrito Federal, todos ellos tienen igual similitud acerca de los efectos de la patria potestad por lo que se ha referido al derecho de los bienes del hijo a percibir. Al encontrarse sometidos a la patria potestad de aquellos, es una compensación que se concede a los ascendientes, por la administración del patrimonio del hijo.

En el Código Civil Español, el Código Civil Italiano, y el Código Civil Portugués, por ejemplo, éste derecho de los ascendientes no es renunciable, contrariamente a lo que ocurre en nuestro sistema, lo cual pone en relieve que el derecho al 50% del usufructo de los bienes del hijo se ha establecido en el derecho moderno, con vista a mantener la solidaridad

14. Montero Duhall, Sara, op. cit., pp. 349-351.

entre los miembros del grupo familiar.

5.- EXTINCION, PERDIDA Y SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad no es eterna, por ende, existen causas que pueden ocasionar que se termine, extinga o suspenda, en los supuestos que establece la ley.

Antes de empezar el desarrollo del siguiente punto es interesante hacer mención de lo que opina el destacado jurista Rafael de Pina, quien señala que "La patria potestad se acaba cuando, sin acto culpable por parte de quien la ejerce, las leyes ponen fin a ella, señalando ciertos acontecimientos por los cuales deba concluir; se pierde, cuando por motivos en que aparece culpabilidad del titular, en el cumplimiento de sus deberes, dispone la ley su privación; se suspende, cuando por razón de alguna incapacidad no la pueda seguir desempeñando quien la ejerce, o por haber sido éste sentenciado a pena que lleve consigo la suspensión". (15)

A continuación se procederá al estudio de la extinción, pérdida y suspensión de la patria potestad.

15. Pina Rafael, de, op. cit., p. 381.

1) Extinción.

La patria potestad se acaba totalmente , tanto para el que la ejercita, como para quien está sujeto a ella, en los casos previstos por el artículo 443 del Código Civil para el Distrito Federal, a saber:

I. Con la muerte del que la ejerce si no hay otra persona en quien recaiga. Como se dijo en su oportunidad, el ejercicio de la patria potestad corresponde a los padres; a falta de éstos, a los abuelos paternos y en su defecto, a los abuelos maternos. Sin embargo, cuando ya no exista ninguna de las personas antes señaladas, ya no existe persona que pueda ejercerla.

En tal supuesto, aunque el menor de edad lo siga siendo, tendrá que ser cuidado en cuanto a su persona y sus bienes por un tutor, surgiendo la figura jurídica de la tutela.

II. Con la emancipación derivada del matrimonio.

La emancipación, consiste en que el menor de edad, por razón, del matrimonio, adquiere la facultad de ejercitar sus derechos y cumplir con sus obligaciones, por sí mismo; en tal situación, el menor de edad deja de

estar sujeto a la patria potestad, pero, en caso de que se divorcie, no regresa a la patria potestad, sino que se le considera emancipado.

III. Por la mayoría de edad del hijo.

Como oportunamente se aclaró, la patria potestad es una institución jurídica que fue creada con el objeto de proteger los bienes y la persona del menor de edad, por la incapacidad que éste tiene para hacerlo por sí mismo; por tanto, una vez que éste llega a la mayoría de edad adquiere la facultad de gobernarse por sí, en cuanto a sus bienes y persona y no tiene objeto que subsista dicha figura jurídica.

2) Pérdida.

Según el artículo 44 del Código Civil para el Distrito Federal, existen cuatro causas por las cuales se da la pérdida de la patria potestad y son las siguientes:

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

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

El artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, textualmente dice: "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesario para ello. El juez observará las normas del presente Código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor".

Del análisis del precepto citado, se establece que en los juicios de divorcio, sea voluntario o necesario, el juzgador dentro de los puntos resolutivos de la sentencia que pronuncie, debe de determinar cual de los cónyuges o si ambos, van a ser encargados del ejercicio de la patria potestad del menor. Para ello, el juez debe de valorar las actuaciones judiciales practicadas y así señalar correctamente cual es la persona idónea para ejercitar dicho derecho; e inclusive puede considerar que ninguno de los cónyuges sea apto para tal efecto y en ése supuesto, tiene la potestad

legal de llamar a las otras personas que pueden hacerlo (abuelos paternos o maternos) o hasta designar un tutor.

III. Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratos y abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad y la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal.

IV. Por la exposición que el padre o la madre hicieron de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses.

En el caso de las fracciones III y IV resulta obvia la pérdida de la patria potestad, porque si se ha dicho infinidad de ocasiones que es una institución creada con el objeto de proteger a la persona y bienes del menor, se deduce que si los padres hacen todo lo contrario o los abandonen, no son dignos ni confiables para seguirla ejerciendo.

Cabe hacer también dos acotaciones más: 1) La madre o la abuela que pase a segundas nupcias no pierde la patria potestad y 2) El nuevo marido no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior.

3) Suspensión.

La suspensión de la patria potestad significa que el vínculo jurídico que surge entre quien tiene la obligación de ejercerla y el derecho de quien está sujeto a ella, se ve interrumpido temporalmente, por alguna de las causas que menciona la ley, pero una vez que desaparecen, se vuelve a ejercitar normalmente la patria potestad.

Según lo ordenado en el artículo 447 del Código Civil para el Distrito Federal, la patria potestad se suspende:

I. Por Incapacidad declarada judicialmente.

Se refiere a que la persona que ejerce la patria potestad puede tener una incapacidad legal, que obstaculiza el buen desempeño de la misma, en perjuicio del menor. Como lo señala el artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, en su función.

II. "Tienen incapacidad legal y natural: los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que posean una afección originada por enfermedad o

deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que éstos les provoquen no puedan gobernarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio".

III. Por la ausencia declarada en forma:

Cuando las personas que ejercen la patria potestad o el que está sujeto a ella, se encuentran ausentes y no se sabe su paradero, es menester seguir un juicio de Declaración de ausencia, ante los tribunales, con el objeto de que hagan la declaración formal de éste hecho; por tanto, una vez que se realizó y hasta en tanto no se dé la declaración de muerte del ausente, seguirá suspendida la patria potestad.

IV. Por sentencia condenatoria que imponga como pena está suspensión.

Como se dijo anteriormente, el juez al emitir una sentencia y avocarse a resolver sobre el ejercicio de la patria potestad. Si él considera que existen elementos para considerar que la persona que la ejercita ha

incumplido en alguna falta en su desempeño, puede imponerle como sanción la suspensión en su ejercicio; ya que si fuera más grave procedería la pérdida de la misma.

CAPITULO III

LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES.

Como quedó establecido en el capítulo precedente la guarda y custodia viene a ser una consecuencia jurídica del ejercicio de la patria potestad.

Sin embargo, es preciso hacer un análisis de la guarda y custodia, destacando sus características propias y la forma en que está regulada por la ley, para que llegado el momento, puedan establecerse en forma clara y precisa las diferencias existentes entre ambas figuras jurídicas.

1. CONCEPTO DE GUARDA.

La enciclopedia jurídica OMEBA, establece que la guarda jurídica es "la obligación, impuesta por la ley, de cuidar una cosa, o sea, de impedir que ella pueda ocasionar una lesión, interesando poco que aquel sobre quien gravita esa obligación tenga o no la cosa bajo su acción, que ejerza o no sobre la misma un poder de hecho: desde el momento que la ley

pone a su cargo la obligación de cuidar, ello es suficiente y por eso queda constreñido al resarcimiento. Por lo tanto, la guarda jurídica implica una verdadera facultad de vigilancia o custodia sobre la cosa". (16)

El diccionario jurídico nos da el concepto de lo que es guarda jurídica, es "la obligación impuesta por la ley, de cuidar una cosa, o sea, de impedir que ella pueda ocasionar una lesión, interesando poco que aquel sobre quien gravita esa obligación tenga o no la cosa bajo su acción, que ejerza o no sobre la misma un poder de hecho". (17)

El autor Ricardo Ruiz Serramalera, dice que la guarda es " una persona que asume voluntariamente la protección de quién está necesitando de ella, sin que exista una verdadera relación jurídica entre el protector y el menor o incapacitado". (18)

El doctor Alí Lasser, define a la guarda como " el derecho que asiste al padre para conservar al hijo a su lado, en su propio hogar y dirigir su educación". (19)

16. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo III. Edic. Argentina, 1979. p. 407.

17. Garrone, A. José. "Diccionario Jurídico". Edit. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. p. 217.

18. Ruiz Serramalera, Ricardo. "Derecho de Familia, El matrimonio, la Filiación y la Tutela". Madrid, España, 1988, p. 447.

19. Lasser, Alí, op. cit. p. 23.

En opinión del tratadista Conrado Manfredy, la guarda es "el deber y el derecho de guardar a los hijos que justamente con el vigilante forman lo que se ha llamado derecho de guarda o custodia". (20)

De los conceptos vertidos anteriormente, me permito definir a la guarda como la obligación derivada de la patria potestad, que tienen aquellas personas que la ejercen sobre el menor, proveyendo a sus necesidades y evitando que se le cause lesión alguna.

2. CONCEPTO DE CUSTODIA.

"La palabra custodia, proviene del vocablo latino "Custos", que significa Guardar o guardián y éste a su vez, se deriva del verbo "Curtus", que es una forma derivativa del verbo "Curare", que quiere decir cuidar; por lo tanto, atendiendo a su origen y raíces, la palabra custodia se refiere a la acción y efecto de cuidar, de custodiar, de guardar con cuidado alguna cosa". (21)

20. *Idem*, p. 107.

21. Carrera Maldonado, María. Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1983, p. 383.

Por otra parte, el maestro Manuel Chávez Asencio, expresa que la custodia es " la acción de custodiar que significa guardar y vigilar. Al usarse conjuntamente los términos, se pretende señalar lo profundo de ésta relación jurídica, que no se limita sólo a la guarda y vigilancia del menor, sino que se acentúa con el cuidado, es decir, la solicitud y atención para que la custodia sea bien hecha". (22)

El maestro Abouhamad Hobaica, define a la custodia de la siguiente manera, Lato sensu " se entiende por guarda, etimológicamente, el cuidado, la conservación de la cosa. Trasladada ésta aceptación al derecho de familia adquiere un sentido jurídico que es el cuidado, dirección y vigilancia de los menores en el lugar escogido por los padres, en interés del hijo y en interés público". (23)

De las definiciones antes transcritas, considero que la custodia puede conceptualizarse diciendo que es la obligación que tienen quienes ejercen la patria potestad, de tener la posesión física del menor, para convivir con él y vigilarlo, atendiendo a la satisfacción de sus necesidades.

22.- Chávez Asencio, Manuel, "La Familia en el Derecho", 1ª ed. Edif. Porrúa, S.A., México, 1984, p. 257.

23.-Abouhamad Hobaica, Chibty, "El Juicio sobre el Derecho de Guarda", Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal, Año XXIII, Abril-Junio, 1960, No. 112, p. 20.

3. EFECTOS DE LA GUARDA Y CUSTODIA EN EL MENOR.

Daniel Hugo D. Antonio nos señala, " a los efectos personales:

a) **Derechos y deberes de los padres respecto de la persona de sus hijos.** Son los que a continuación se detallan.

1) **Guarda.-** se refiere a la tenencia del hijo.

La guarda presupone una actividad que se traduce en comportamientos de custodia, defensa o conservación.

El artículo 155 inciso I. del Código Civil español la define como el deber de los padres de tener a sus hijos " en su compañía", y doctrinariamente se le denomina deber de convivencia o unidad de domicilio.

2) **Educación.-** Que viene a constituirse en el desarrollo de la inteligencia o adquisición de conocimientos básicos para la vida de relación, de la educación, que tiene un sentido más amplio y general.

3) Corrección.- Directamente vinculado con el deber de educación, al punto de que Marcadé lo considera una consecuencia de él, **está el derecho-deber que tienen los padres de corregir o hacer corregir moderadamente a sus hijos (artículo 278 del Código Civil).**

Los límites de éste accionar se encuentran en la finalidad misma que lo justifica, pudiendo determinar sus extralimitaciones una conducta deficiente.

El mismo artículo 278 contempla que los jueces deberán resguardar a los menores de las correcciones excesivas de los padres, disponiendo su cesación y las sanciones pertinentes si correspondieren.

4) Asistencia.- Comprende los aspectos morales y materiales.

En cuanto a la asistencia material, el artículo 265 del Código Civil, hace referencia a la obligación de alimentar a los hijos según la condición y fortuna de los padres, mientras que los artículos 267 y 270 precisan los alcances de éste deber.

Efectos patrimoniales. Derechos y deberes de los padres respecto de los bienes de sus hijos.

La patria potestad precipita sus efectos también en relación con el aspecto patrimonial vinculado con los hijos. La delimitación de tales efectos no siempre resulta clara, pues aparecen confusos los márgenes existentes en algunos aspectos, como ocurre con la representación y con la responsabilidad de los padres por los daños ocasionados por los hijos, donde no puede negarse la presencia de elementos netamente patrimoniales". (24)

La Suprema Corte de la Nación ha referido con respecto a los efectos jurídicos de la guarda lo siguiente:

"La guarda del menor hijo, implica esencialmente la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor, y constituye una de las prerrogativas de la patria potestad; dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, porque tal posesión es un medio insustituible para protegerlo, cultivarlo física y espiritualmente y procurarlo en la satisfacción de todas sus necesidades". (amparo directo 4029/1967, Juan Cantú Villanueva. Febrero 3 de 1969, mayoría 4 votos).

24. Hugo D' Antonio, Daniel, "Derecho de Menores". 3ª ed., Edit. Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 89.

Por otra parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala con relación a los efectos jurídicos de la custodia, lo que a continuación se señala:

“Comprende la obligación de educarla convenientemente, de corregirla y castigarla mesuradamente con una libertad que no tiene más límite que el notorio perjuicio físico o moral de dicha menor”. (amparo directo 3818/1969. Martha Contreras. Febrero 14 de 1969).

Expresa Zannoni, que entre los efectos de la guarda y la custodia “está el derecho y deber de los padres de convivir con los hijos y la correlativa obligación de éstos de habitar con sus padres.

Desde la perspectiva de los padres, el incumplimiento del deber de guardar implica una forma de abandono, tipificada por el artículo 307 inciso II del Código Civil de la República de Argentina, como causal de privación de la patria potestad”. (25)

Del anterior concepto puede comentarse que uno de los efectos derivados de la guarda y custodia del menor, es el relativo a la cohabitación

25. Zannoni, Eduardo A., “Derecho de Familia”, 2ª ed., Edil. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1989, p. 711.

y convivencia de padres e hijos, mutuamente, lo que se debe de ver desde una doble perspectiva, es decir, como un derecho y una obligación ; de cuyo incumplimiento por parte de los padres deriva una sanción prevista en la ley civil sustantiva, consistente en la pérdida de la patria potestad por parte de éstos, en relación a los menores hijos.

4. LA GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR Y SU PROTECCION LEGAL EN LOS JUICIOS FAMILIARES.

El presente tema es de gran importancia en virtud de que se va a abordar la protección jurídica que el Derecho hace en torno a los menores, en cuanto a su guarda y custodia, en dos aspectos como son: el divorcio y la nulidad del matrimonio, en donde se hace hincapié en que independientemente de la situación de los cónyuges, al Estado le interesa aun más la de los hijos menores, preocupándose porque éstos no queden en el abandono físico y moral.

1. En los juicios de divorcio.

Como se sabe, el divorcio es la disolución del vínculo matrimonial, que deja a los cónyuges en la posibilidad de contraer uno nuevo.

Asimismo, existen tres clases de divorcio:

- 1) El voluntario administrativo.
- 2) El voluntario judicial.
- 3) El necesario o contencioso.

Cada una de las formas de divorcio tiene sus características propias; sin embargo, en lo que ambos concuerdan es que sus efectos jurídicos contemplan los siguientes aspectos:

- a) En relación con los cónyuges.
- b) En relación con los bienes.
- c) En relación con los hijos.

Como en el presente punto se está hablando de la guarda y custodia de los menores hijos, por ello se centrará la atención en lo que toca al último inciso anterior.

A) Divorcio voluntario administrativo.

Esta clase de divorcio se tramita ante el oficial del Registro Civil del lugar de su domicilio conyugal y tienen que reunirse los siguientes requisitos:

1) Que ambos cónyuges convengan en divorciarse, o sea, que exista el mutuo consentimiento.

2) Que sean mayores de edad.

3) Que no tengan hijos (de éste requisito se desprende que aquí no puede hablarse de la guarda y custodia de los menores, simplemente porque no los hay).

4) Que hubieren liquidado de común acuerdo la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron.

Ahora bien, el procedimiento a seguir es el siguiente:

a) Ambos cónyuges se presentarán ante el oficial del Registro Civil de su domicilio y comprobarán con las copias certificadas del registro

civil, que son casados y mayores de edad, manifestando de una forma terminante y explícita su voluntad de divorcio.

b) El oficial de lo civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días.

c) Si en la segunda reunión los cónyuges ratifican su intención de divorciarse, el oficial del registro civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en el acta de matrimonio anterior.

Sin embargo, si posteriormente se comprobará que los cónyuges no cumplieron alguno de los requisitos legales para tramitar el divorcio, como por ejemplo, tener hijos, ser menores de edad o no liquidar su sociedad conyugal, el divorcio será nulo y no surtirá sus efectos legales.

B) El divorcio voluntario judicial.

Esta clase de divorcio, al igual que el administrativo, tiene el rasgo de ser por mutuo acuerdo de los cónyuges; sin embargo, se funda

en el hecho de que por no reunir los requisitos señalados para el divorcio administrativo, se tiene que tramitar ante el Juez de lo familiar del domicilio conyugal, siguiendo los pasos exigidos por el Código adjetivo.

El artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal señala que los cónyuges tendrán la obligación de presentar un convenio ante el Juez de lo familiar, en el que se contengan los siguientes puntos:

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

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

III. La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento.

IV. En los términos del artículo 288, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y

después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo.

V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A éste efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad.

Del artículo antes descrito, merecen comentario especial las fracciones I y II, porque estimo son las que hacen alusión a los hijos, en lo concerniente a su guarda y custodia, como a la satisfacción de sus necesidades. De igual manera, la ley civil fue previsora y acertada al contemplar lo anterior, no sólo en su sentencia definitiva, sino desde el mismo instante en que se inicia el procedimiento, se busca proteger los intereses de los hijos, en cuanto a su cuidado y guarda de su persona; aún más, sirve de refuerzo a lo antes dicho lo que estipula el artículo 275 del Código Civil, el cual establece: "mientras que se decreta el divorcio, el juez... dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos, a quienes hay obligación de dar alimentos.".

En cuanto al procedimiento que se ha de seguir en la tramitación del divorcio por mutuo consentimiento, cabe decir lo siguiente:

a) El primer supuesto es cumplir con ciertos requisitos de fondo previstos en el último párrafo del artículo 272 de la ley civil, a saber: mutuo acuerdo de los cónyuges para divorciarse.

- Ser mayores de edad.
- Tener hijos.
- Liquidar la sociedad conyugal.

b) Satisfechos los anteriores requisitos, los cónyuges acudirán ante el Juez de lo familiar, exhibiendo el convenio exigido por el numeral 273 del Código Civil, así como copia certificada del acta de matrimonio y nacimiento de los hijos.

c) Después de efectuada la solicitud, el Juez de lo familiar señalará fecha para que se lleve a cabo la primera junta de aveniencia, en la cual buscará que los cónyuges se reconcilien y desistan de su idea de divorciarse. De no lograrlo, analizará el convenio exhibido por las partes a su

consideración, con la asistencia del representante social (Ministerio Público), y en caso de cumplir con los requisitos legales, lo aprobará provisionalmente.

d) Después se efectuará una segunda junta de aveniencia, en la que el juez nuevamente tratará de lograr la reconciliación de los cónyuges. En caso de no ser así y si en el convenio quedaren garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el Juez, escuchando la opinión del Ministerio Público dictará sentencia decretando el divorcio, y estudiará el convenio respectivo.

e) Si el Ministerio Público considera que el convenio atenta contra los derechos de los menores hijos o que no están debidamente garantizados aquellos, sugerirá las variaciones que considere oportunas hacerle y las dará a conocer a los cónyuges.

En caso de que se opongan, el juez no decretará la disolución del vínculo matrimonial.

f) Por último, una vez que haya adquirido, la sentencia de cosa juzgada, se remitirá copia certificada de la misma tanto al oficial del registro civil del lugar de celebración del matrimonio, así como la del domicilio del

nacimiento de los cónyuges para que se hagan las anotaciones correspondientes.

De lo antes apuntado y atendiendo al punto referente a la guarda y custodia de los menores hijos y a la protección legal a los mismos, me permito exponer los siguientes comentarios:

1) El Juez de lo familiar, en las dos juntas de aveniencia a que se refiere la ley, busca como premisa inicial que los cónyuges no se divorcien, por el hecho de la conservación de la familia y por el bienestar que ello le pudiera redituar a los hijos en cuanto a tener un mejor desarrollo físico, mental y emocional.

2) En caso de no lograrse el supuesto anterior, el Juez, al igual que el Ministerio Público, deben examinar que el convenio exhibido por los cónyuges, queden debidamente cumplidos los requisitos exigidos por la ley de la materia y en especial, en lo que toca a la situación de los hijos menores o incapacitados y a sus alimentos, dictando las medidas necesarias, para su aseguramiento, durante y después del procedimiento.

3) El Ministerio Público, como representante de la sociedad, tiene la potestad legal de oponerse a la aprobación del convenio, cuando estime que perjudica los derechos de los hijos o que no han sido debidamente garantizados, pudiendo proponer las modificaciones que considere oportunas para tal propósito.

4) El Juez en caso de que a su leal saber y entender considere que se han cumplido con todos los requisitos legales y en especial, con lo relativo a los menores hijos, resolverá la disolución del vínculo matrimonial, con todas sus consecuencias jurídicas, en caso contrario, no lo hará.

C) El divorcio necesario.

Este divorcio se funda en la existencia de alguna o algunas de las dieciocho causales previstas por el artículo 267 de la ley civil sustantiva: en éste caso ya no se dá el mutuo acuerdo de las partes, sino que se hace necesario cuando uno o ambos cónyuges han dejado de cumplir con los deberes del matrimonio haciendo imposible o en extremo difícil la vida común. Por tal razón, la acción se le otorga únicamente al cónyuge inocente.

El juicio de divorcio, el cual se tramita ante el Juez de lo familiar del domicilio conyugal, se ventila en la vía ordinaria civil, y precisamente por tratarse de cuestiones inherentes a la familia, se dan efectos jurídicos provisionales y definitivos, en cuanto a los cónyuges, a los hijos y a los bienes.

Para explicar más ampliamente lo anterior, cabe decir que el cónyuge inocente, en el proemio de su escrito inicial de demanda puede reclamar del cónyuge demandado las siguientes prestaciones:

- a) La disolución del vínculo matrimonial.
- b) La guarda y custodia provisional y definitiva sobre los menores hijos.
- c) La pérdida de la patria potestad del cónyuge demandado respecto al menor hijo.
- d) La disolución y liquidación de la sociedad conyugal.
- e) La separación provisional de los cónyuges mientras dura el juicio.
- f) Una pensión provisional y definitiva en favor del cónyuge inocente y de sus menores hijos.
- g) El pago de gastos y costas que origine el presente juicio.

Por otra parte, el artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, señala lo siguiente:

Artículo 282. Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiera urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el Juicio, las disposiciones siguientes:

I. (Derogada)

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 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 quedé en cinta;

VI. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubiesen 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 para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.

De lo antes asentado se desprende que el Juez está, facultado para proteger la integridad física de los cónyuges, los bienes de la sociedad y sobre todo, la guarda, custodia y alimentos de los menores hijos, en tanto dura la tramitación del juicio y se dicte sentencia definitiva.

En cuanto a la guarda y custodia de los menores, cabe agregar que se da la oportunidad de que los cónyuges elijan a cargo de quien quedará provisionalmente; pero si no llegan a ningún acuerdo, el Juez resolverá lo conducente, sin pasar por alto lo que la ley dispone en cuanto a

que los menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo peligro grave para el normal desarrollo de aquellos.

Una vez que se cumplan con todas las formalidades y etapas procesales, el juez de lo familiar resolverá sobre la procedencia o improcedencia de la acción de divorcio intentada. En caso de que la declare fundada y probada, señalará en los puntos resolutive de la sentencia, entre otras cosas, la situación de los hijos, para lo cual el juzgador tendrá las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. (artículo 283 del Código Civil para el distrito Federal).

Una vez que la sentencia de divorcio adquiera la calidad de cosa juzgada o cause ejecutoria, se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayoría de edad.

Como colofón, puede decirse que los menores hijos tienen una protección y cuidado especiales por la ley, ya que independientemente de que los cónyuges ya no viven juntos, no por ello se desligan de sus obligaciones de guarda, custodia, alimentación, educación, etc., para con aquellos, sino por el contrario, tienen que estar al pendiente de los mismos, hasta en tanto éstos sean mayores de edad y tengan plena capacidad de valerse por sí mismos.

II. En los juicios de nulidad de matrimonio.

El matrimonio es una de las instituciones de mayor importancia, ya que constituye uno de los pilares de la organización de la sociedad; por ende, el Derecho exige una serie de formalidades y requisitos para la celebración y validez del mismo.

Por ello, la ley señala los casos en que se está en presencia de un matrimonio nulo, al igual que las acciones y plazos en los cuales se tiene que hacer valer la nulidad del mismo.

Por principio de cuentas, cabe indicar que las causas de nulidad de un matrimonio son:

a) El error en la persona.

b) La existencia de algún impedimento dirimente no dispensado.

c) La falta de cumplimiento de las formalidades (no esenciales o solemnes) para la celebración del matrimonio.

Por lo que se refiere al error en la persona, hay que señalar que el matrimonio es un acto *intuiti personae* (se refiere a características particulares de cada persona) ; en consecuencia, es fundamental el tener plena certidumbre de la persona con quién se casa. Por ende, el código civil buscando la protección de los contrayentes, considera aquel supuesto cuando un cónyuge contrae nupcias con una persona, creyendo que es otra.

En lo tocante a la presencia de impedimentos dirimientes, cabe señalar los siguientes:

a) La falta de edad requerida por la ley, no dispensada.- La edad exigida por la norma civil para contraer matrimonio es de 16 años para el varón y de 15 para la mujer; en caso de no ser así, puede ser dispensable mediante autorización de los padres, tutores o Juez de lo familiar.

b) El parentesco, cuando se trata de: Matrimonio entre ascendentes y descendentes en la línea recta, sin limitación de grado y en la colateral hasta el segundo grado; y por afinidad en línea recta, sin limitación de grado.

c) El adulterio de los contrayentes debidamente probado.

d) La tentativa de homicidio contra alguno de los cónyuges para contraer matrimonio con el que quede libre.

e) La fuerza o miedo graves. En éste caso se refiere a que la voluntad de alguno de los cónyuges se encuentra viciada por violencia, física o moral, o temor, lo cual les impide manifestar libremente su consentimiento. Incluso la misma ley prevé el supuesto de que en caso de rapto, subsiste el impedimento para contraer matrimonio entre raptor y raptada, en tanto ésta última no se encuentre en lugar seguro, en donde pueda manifestar libremente su voluntad.

f) La impotencia incurable para la cópula, antes del matrimonio, así como las enfermedades crónicas e incurables, que sean además contagiosas y hereditarias (sífilis, SIDA, etc.).

g) Padecer alguna incapacidad física o mental, como sucede con los locos, idiotas, drogadictos, alcohólicos y demás.

h) El contraer matrimonio subsistiendo otro no disuelto.

l) El contraer matrimonio el adoptante con el adoptado, mientras subsista tal vínculo.

En lo concerniente a la falta de cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley para la celebración del matrimonio que provocan que éste sea nulo, podrían señalarse a manera de ejemplo: no presentar toda la documentación que requiere la ley (actas de nacimiento, exámenes prenupciales, etc.), no llevarlo a cabo ante las autoridades correspondientes (Juez del Registro Civil), etc.

Es oportuno señalar que la teoría de las nulidades es retomada por nuestra legislación en cuanto a la nulidad del matrimonio; por lo tanto, es preciso hacer mención de ella antes de proseguir con el presente estudio.

La nulidad del acto se reconoce porque la voluntad, el objeto o la forma se han realizado de manera imperfecta, o bien que el objeto,

motivo o fin perseguido por sus autores contraviene las normas de orden público o las buenas costumbres.

De lo antes apuntado se desprende que existen dos clases de nulidades que reconoce y regula nuestro Código Civil para el Distrito Federal y que son:

- 1) La nulidad absoluta y
- 2) La nulidad relativa.

La nulidad absoluta se basa en la existencia de la violación de una norma de orden público, la cual tiene que ser declarada por la autoridad judicial, de lo cual se deriva como consecuencia la destrucción del acto desde su origen, sin poder ser convalidado posteriormente. Un rasgo característico de ésta nulidad consiste en que puede ser invocada por cualquier persona interesada.

Por su parte, la nulidad relativa es aquella que no reúne las características propias de la nulidad absoluta y por lo tanto, el acto que adolece de ella puede ser confirmado o convalidado posteriormente, mediante declaración judicial. Esta clase de nulidad solo puede ser reclamada por la persona a la cual directamente le afecta.

Dicho lo anterior, en el caso del matrimonio, existen causas que producen la nulidad relativa y otras la absoluta del mismo.

De aquí que la terminación del estado matrimonial por nulidad se encuentre estrechamente vinculada con la presencia u omisión de ciertos requisitos de validez que debe reunir el acto matrimonial como acto jurídico.

La aplicación de la teoría general de las nulidades a los actos jurídicos se ve atenuada por una serie de reglas establecidas en el Código Civil, en el capítulo relativo a los matrimonio nulos e ilícitos. Este conjunto de disposiciones está inspirado en la conservación del vínculo matrimonial y se conoce como principio favor matrimonio, del cual se derivan las siguientes reglas:

1. Las causas de nulidad son expresas y limitadas. En consecuencia, sin texto no hay nulidad.

2. La nulidad puede cesar por las siguientes razones:

a) Cuando los menores de dieciséis y catorce años que se casaron sin dispensa, lleguen a la mayoría de edad o tengan hijos.

b) Cuando los que deban dar su autorización para el matrimonio de los menores han dado su consentimiento, tácita o expresamente, con posterioridad a la celebración de éste.

c) Si se obtiene la dispensa del parentesco después del matrimonio, o en el caso de matrimonio del tutor o curador y de sus descendientes con la pupila.

3. Los plazos para deducir la acción de nulidad son cortos (30, 60 y 180 días, según el caso de que se trate).

4. El derecho de demandar la nulidad se reserva a determinadas personas expresamente señaladas y no es transmisible por herencia o de cualquiera otra manera, aunque los herederos pueden continuar la acción ya intentada.

En los casos de bigamia e incesto, cualquiera puede intentar la acción a través del Ministerio Público, por tratarse de una nulidad absoluta que implica, además, un delito.

5. Todo matrimonio tiene en su favor la presunción de ser válido y su nulidad sólo resulta de la sentencia que así la declare.

6. El matrimonio produce sus efectos hasta que haya sentencia que lo declare nulo, y los efectos no son retroactivos cuando haya habido buena fe.

Respecto a los hijos, el matrimonio declarado nulo produce sus efectos en todo tiempo, puesto que la ley siempre trata de proteger a los menores que son víctimas de los errores de sus progenitores.

7. La buena fe de los esposos se presume y para destruirla se requiere prueba plena, y no simples presunciones.

Así las cosas, son causas de nulidad relativa del matrimonio, las que a continuación se enumeran:

- a) El error en la persona.
- b) La violencia.
- c) La falta de capacidad por minoría de edad.

d) La falta de aptitud física que constituya impedimento para la celebración del matrimonio.

e) La falta de autorización para la celebración del matrimonio de los que ejercen la patria potestad, en el caso de los menores de edad.

f) La impotencia incurable para la cópula anterior al matrimonio, así como la embriaguez, el uso de drogas, la sífilis y demás enfermedades contagiosas o incurables.

g) La relación de parentesco entre adoptante y adoptada.

En todos los casos antes mencionados, el acto es ratificable, prescriptible y sólo puede intentar la acción de nulidad la persona expresamente facultada por la ley.

En lo concerniente a las causas de nulidad absoluta del matrimonio, pueden señalarse las siguientes:

a) El incesto. Cuando exista parentesco consanguíneo en línea recta sin limitación de grado, así como en línea colateral hasta el segundo grado, y el parentesco por afinidad en línea recta. Un matrimonio con éste impedimento no es susceptible de ratificación, no se confirma por

prescripción y el Ministerio Público debe intentar la acción de nulidad si los interesados no la promueven. Además constituye delito el incesto.

b) La bigamia. El matrimonio celebrado con éste impedimento vale decir lo mismo que para el caso del incesto.

c) La tentativa de homicidio u homicidio consumado del cónyuge de alguno de los que pretenden contraer nuevo matrimonio.

d) El adulterio entre los cónyuges.

e) El parentesco por consanguinidad en línea recta y por afinidad.

Como puede apreciarse, los menores de edad son protegidos en todo momento, aunque el matrimonio esté afectado de nulidad relativa o absoluta, tanto durante, el juicio de nulidad de matrimonio, como con posterioridad a la tramitación de éste, porque la ley siempre trata de velar por el sano y normal desarrollo de ellos, obligando a los cónyuges a cuidarlos y guardarlos conveniente y responsablemente, con la imposición de sanciones legales para el caso de que así no lo hicieren.

Después de haber hecho una breve explicación de la nulidad del matrimonio, es necesario enfocarse al procedimiento de nulidad del mismo, el cual por su naturaleza, tiene que tramitarse y resolverse ante el Juzgado de lo Familiar del domicilio conyugal.

Los efectos jurídicos que se producen en cuanto al juicio de nulidad son provisionales y definitivos y se refieren a los cónyuges, a los hijos y a los bienes. Esto significa que al igual que ocurre en los juicios de divorcio, desde que se presenta la demanda de nulidad por alguno de los cónyuges el juzgador dicta una serie de medidas provisionales mientras dure el juicio, a saber:

- a) Ordenar la separación de los cónyuges, para evitar se causen daños en sus personas y en sus bienes;

- b) Señalar y asegurar los alimentos para el cónyuge acreedor e hijos, a cargo del deudor alimentario;

- c) Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establezca respecto a la mujer que quede en cinta;

d) Poner a los hijos en manos de una persona que se encargue de su cuidado, nombrada de conformidad por los cónyuges. Si no hay convenio, el actor sugerirá a la persona que quede provisionalmente al cuidado de los hijos, en tanto dura el juicio.

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

Posteriormente, cuando la sentencia definitiva adquiera la calidad de cosa juzgada o verdad legal, el padre y la madre propondrán la forma y términos del cuidado y la custodia de los hijos y el juez resolverá a su prudente arbitrio de acuerdo a las circunstancias en particular. (artículo 259 del Código Civil para el Distrito federal). Pese a ello, la ley faculta al juez para que modifique su resolución anterior, cuando las circunstancias varíen y tomando en cuenta lo dispuesto en los artículos 422, 423 y 424, fracción III.

Como puede verse, el legislador en todo momento busca salvaguardar los derechos y persona del menor, ordenando que quede él cuidado del mismo en favor de alguno de los cónyuges o de alguna otra persona, para que durante todo el lapso de tiempo que dure el juicio, aquellos no queden desamparados.

Merece comentario aparte la buena fe en el caso de los matrimonios nulos, habida cuenta que la ley otorga distintos efectos, dependiendo si los consortes actuaron de buena o mala fe.

Para ilustrar lo anterior, el artículo 255 del Código Civil establece que el matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges mientras dure; y en todo tiempo en favor de los hijos nacidos antes de la celebración del matrimonio, durante él y después de declarado nulo.

CAPITULO IV

ANALISIS DE LAS DIFERENCIAS ENTRE LA GUARDA, CUSTODIA Y LA PATRIA POTESTAD.

1. DIFERENCIAS ENTRE AMBAS FIGURAS JURIDICAS.

Después de haber estudiado en los capítulos precedentes tanto a la guarda y custodia como a la patria potestad en cuanto a sus características y naturaleza jurídica y establecido la regulación que nuestro Derecho civil hace con respecto a ellas, estimo prudente resaltar y analizar sus diferencias, logrando de ésta forma evitar confundirlas.

Puede decirse que las diferencias existentes son las que a continuación se enumeran:

1) En cuanto a su origen, puede decirse que la guarda y custodia lo tiene como una relación natural entre padres e hijos; es decir como un sentimiento innato de proteger, cuidar y vigilar los padres a sus hijos, para que éstos se desarrollen física y emocionalmente de la mejor manera.

En contraste la patria potestad nace de la ley, como una necesidad de que los padres, independientemente de que por motivos naturales se sientan en la obligación moral de cuidar, vigilar y satisfacer las necesidades físicas y emocionales de sus hijos, existan disposiciones legales que se encarguen de la protección de éstos, obligando legalmente a aquellos a hacerlo, so pena de sufrir las sanciones que la misma prevé.

2) La patria potestad puede decirse que es mucho más amplia, ya que comprende dos aspectos: 1) La protección de la persona del menor, y 2) Lo referente a los bienes del mismo; o sea, una de tipo patrimonial y otra de tipo personal. Entonces, cabría apuntar que la patria potestad es un género y la guarda como la custodia una especie, englobada dentro de la primera, ya que comprende la cuestión relativa a la protección y vigilancia del menor, pero nada en cuanto a sus bienes.

3) La guarda y custodia es un medio de protección "de facto", en virtud de que se da a través de la posesión o tenencia física del menor, para así cumplir con el objetivo de protegerlo y cuidarlo adecuadamente.

La patria potestad es un medio de protección de derecho, ya que comprende disposiciones legales encargadas de protección de los

bienes y persona del menor, pero que no entraña necesariamente estar en posesión de él, ya que se puede cumplir dicha obligación sin tener al padre junto a él.

4) La guarda y custodia entraña una reciprocidad, ya que si bien los padres tienen la obligación de proteger y cuidar a sus hijos, también es indudable que éstos el día de mañana tienen el mismo deber de ayudarlos y cuidarlos cuando aquellos lo necesiten.

En tanto, la patria potestad no es recíproca, habida cuenta de que los hijos jamás podrán tenerla sobre sus progenitores por razones obvias.

5) En cuanto a las personas facultadas legalmente para ejercitar el derecho de guarda y custodia del menor, no es de carácter limitativo, como ocurre con la patria potestad, habida cuenta de que no sólo los padres, abuelos paternos o maternos pueden hacerlo, sino incluso extraños.

Pero en lo relativo a la patria potestad, su ejercicio se limita a los padres, abuelos paternos y maternos, y nada más.

6) En cuanto a su duración, la patria potestad es temporal, ya que surge con el nacimiento del menor y termina con la emancipación o mayoría de edad de éste.

En contraposición, la guarda y custodia, por ser esencialmente un derecho y obligación naturales, es permanente, ya que se da durante toda la vida de quienes son sujetos de esa relación y sólo se extingue con la muerte de alguno de ellos.

7) La regulación legal que se hace en torno a la patria potestad es más explícita y concreta.

En el caso de la guarda y custodia, se adolece de normatividad alguna, ya que no existe un apartado especial en la legislación civil que haga mención de ella, sino sólo disposiciones aisladas o que se desprenden de otros capítulos como lo serían la misma patria potestad, el matrimonio, el divorcio, la nulidad de matrimonio, etc., lo cual considero erróneo, partiendo de la base de que la guarda y custodia del menor es un punto medular en el desarrollo y protección del menor y que debe ser debidamente protegido por el Derecho Civil y más concretamente por el Derecho Familiar.

2. NECESIDAD DE CREAR UN APARTADO ESPECIAL EN EL CODIGO CIVIL, REFERENTE A LA GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR.

Después de haber desarrollado el presente trabajo de tesis, partiendo de los conocimientos generales como son la familia, para después adentrarse en la patria potestad, la guarda y custodia, cabe proponer algo concreto que se refiera a alguna problemática o cuestión anómala que se haya percibido con la elaboración del mismo.

Ante tal situación, considero que la guarda y custodia del menor, por la importancia que reviste, estimo ilógico que nuestro Código Civil no se refiera a ella de manera particular y explícita, agrupando en algún capítulo todo lo relativo a la misma, con lo cual se dejan muchas interrogantes como lo serían:

- 1) Que aspectos comprende la guarda y custodia.
- 2) Causas de terminación.
- 3) Causas de suspensión.
- 4) Causas de pérdida.
- 5) Causas de excusa en su desempeño.
- 6) Personas facultadas para ejercerla.
- 7) Tiempo que comprende.

Por lo anterior, propongo que en nuestra legislación civil se agregue un apartado o capítulo concerniente exclusivamente a la "Guarda y custodia del menor", en donde queden contemplados los puntos enumerados líneas arriba, logrando con ello una regulación integral y vasta en cuanto a la protección del menor, en cuanto a su persona, sus bienes y su desarrollo físico, mental y moral.

En éste contexto, sugiero que dicho apartado quede redactado de la siguiente manera:

De la Guarda y Custodia del Menor.

Primero.- La guarda y custodia es una institución jurídica de interés público, creada para subvenir al desarrollo físico, mental y emocional del menor.

Segundo.- La guarda y custodia del menor comprende la tenencia física del menor por parte de las personas que de acuerdo con la ley, gozan de tal derecho, en aras del mejor cuidado y vigilancia de aquel y para satisfacer óptimamente a las necesidades físicas, afectivas y emocionales del menor.

Tercero.- Las personas encargadas del desempeño de la guarda y custodia del menor serán las mismas sobre las cuales recae el ejercicio de la patria potestad. Asimismo, el seguimiento del orden establecido en cuanto a quienes deben ejercerla, podrá quedar a criterio de la autoridad judicial, tomándose siempre en cuenta el bienestar del menor.

Cuarto.- La guarda y custodia del menor comprende el mismo lapso de tiempo que la patria potestad.

Quinto.- La guarda y custodia se suspende:

I. Por imposibilidad física o mental de las personas que deban desempeñarla.

II. Por la declaración de ausencia, ya sea del menor o de los que la ejercen.

III. Por sentencia judicial que así la declare.

IV. Por malas costumbres del menor, que afecten la relación con las personas que la ejercen.

Sexto.- La guarda y custodia se pierde:

II. Por sentencia judicial que así lo declare.

III. Cuando por los malos hábitos, costumbres depravadas o malos tratos de quienes ejercen la patria potestad, se pusiera en peligro la salud física, mental y emocional de los menores.

IV. Por la exposición del menor efectuada por quienes desempeñan la guarda y custodia.

Séptimo.- La guarda y custodia se acaba:

I. Por la mayoría de edad del menor.

II. Por la no existencia de persona que la desempeñe.

III. Por la emancipación del menor.

IV. Por la ingratitud del menor en contra de quienes la ejercen, entendiéndose por ésta la comisión de un delito o tentativa de aquel en contra de los bienes, personas y familiares de quienes ejercen la patria potestad.

Octavo.- El ejercicio de la guarda y custodia, sólo puede ser renunciable: Cuando exista imposibilidad física, mental o insolvencia económica por parte de quien la ejerce, que sean impeditivas para cumplir cabalmente con la guarda y custodia del menor. En el caso de ésta última, sólo será justificable cuando sea motivada por alguna de las dos primeras.

Noveno.- En caso de que quienes ejercen la guarda y custodia contraigan matrimonio, el nuevo marido o la cónyuge sí les corresponderá el ejercicio de tal derecho.

Décimo.- En caso de que alguna de las personas que ejerza la guarda y custodia del menor deje de cumplirla, se le impondrán las siguientes sanciones:

I. La primera vez, amonestación.

II. La segunda vez, multa equivalente a 30 salarios mínimos, vigente en el Distrito Federal o arresto hasta por 36 horas.

III. La tercera y subsecuentes, será puesto a disposición del Ministerio Público, para que proceda en términos de la legislación penal.

A continuación me permito señalar algunas jurisprudencias relacionadas con el tema, objeto de la presente tesis, y de los comentarios personales que estimo oportunos.

PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA. NO PROCEDE CUANDO EXISTE CONVENIO TACITO ENTRE LOS PADRES ACERCA DE LA GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR, A PESAR DE QUE VIVAN SEPARADOS. "El artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal señala claramente que la patria potestad se pierde en

cualquiera de las hipótesis a que se refieren sus cuatro fracciones, no acreditándose en el caso, la pérdida de la patria potestad, porque a pesar de que los padres de un menor se encuentren separados, se presume que existe un acuerdo tácito entre ambos, ya que no se requiere la exhibición de un documento escrito para justificar la existencia de un convenio entre los padres del menor que viven separados, sobre la guarda y custodia de su hijo, porque puede quedar acreditado el consentimiento tácito, a través de la presunción que surge al haber permanecido el menor con el padre en la casa paterna, sin oposición de la madre, al no hacer reclamación alguna sobre este particular y haber consentido esa situación durante un lapso considerable, sin que tal separación dé lugar a la pérdida de la patria potestad, ya que en tal evento, se actualiza la hipótesis que contempla el artículo 437 del mismo ordenamiento continuando ejerciendo la patria potestad ambos padres, o en caso de desacuerdo, el Juez de lo familiar determinará quien de los progenitores continuará en el ejercicio de tal derecho, sin que esto implique pérdida de la misma por el progenitor no designado, máxime que la medida tampoco equivale a exonerarlo de sus obligaciones para con el menor, salvo el caso de que eventualmente alguno de dichos ascendientes dé lugar a la aplicación en su perjuicio de lo dispuesto por el artículo 444 del Código de la materia". (Instancia: Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito; Fuente: Semanario

Judicial de la Federación; Epoca: 8A; Tomo VI, Segunda Parte; p. 596. Amparo directo 2108/90. 7 de junio de 1990. Unanimidad).

De ésta jurisprudencia se desprende que la pérdida de la patria potestad no opera cuando existe un convenio tácito entre los cónyuges respecto a la guarda y custodia del menor, independientemente de que no exista un documento de por medio, toda vez que existe una presunción legal en favor de los que la ejercen.

PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES, CONVENIO POSTERIOR A LA ACCION IMPROCEDENTE DE. "Aun cuando la acción de pérdida de la patria potestad no haya prosperado, las partes están facultadas para convenir respecto de la guarda y custodia de sus menores hijos, con el solo hecho de hacer del conocimiento de la autoridad jurisdiccional tal determinación y ratificar ante su presencia lo convenido, en términos de lo dispuesto por los artículos 380 y 381 del Código Civil para el Distrito Federal". (Instancia: Quinto Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Epoca: 8A; Tomo IV, Segunda Parte, p. 352. Amparo directo 3880/89. 5 de diciembre de 1989. Unanimidad).

Esta jurisprudencia faculta a cualquiera de los que ejercen la patria potestad para que, después de haberse declarado improcedente la acción de pérdida de la potestad, convengan respecto a quien le corresponderá la guarda y custodia de los hijos, y quede constancia judicial de ello.

GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DECRETADA EN FAVOR DE LOS ABUELOS PATERNOS. NO SIGNIFICA LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD DE LA MADRE.

"La guarda y custodia de un menor decretada en favor de los abuelos paternos no implica, la pérdida de la patria potestad, por parte de la madre sino una limitación en el ejercicio de ese derecho que aunque con efectos suspensivos no los tiene definitivos de acuerdo con el artículo 260 del Código de Procedimientos Civiles para el estado de Coahuila, ya que el juez en todo tiempo podrá modificar su determinación tomando en cuenta las nuevas circunstancias del caso". (Instancia: Tercera Sala; Fuente: Informe 1987; Parte II; p. 232. Amparo directo 3355/86. 25 de marzo de 1987. Unanimidad).

Resulta interesante ésta jurisprudencia, toda vez que el Código Civil para el Estado de Chihuahua diferencia lo que es la patria potestad con la guarda y custodia del menor, al establecer que el hecho de que a una madre se le prive de la guarda y custodia del menor, no entraña la pérdida

la patria potestad, puesto que sólo se limita éste, ya que si las circunstancias cambian, el juez puede otorgarle nuevamente tal derecho.

PATRIA POTESTAD. PUEDE DESVINCULARSE DE LA GUARDA Y CUSTODIA SI EL INTERES DEL MENOR LO HACE NECESARIO. "La patria potestad, implica no sólo derechos, sino también deberes, sobre todo, el interés y protección del menor, sin dejar de considerarse los derechos que el padre posee. En ese complejo de derechos y deberes, o función de paternidad, en que se conjuga el interés paterno con el familiar y social, se encuentra la custodia del menor, ubicándola en el campo social. Así, en primer término si los padres tienen el derecho de tener consigo a sus hijos conviviendo personalmente con ellos, esa fórmula legal no coincide siempre con el ejercicio personal de quien posee el derecho y en algunos casos en que las circunstancias hagan necesario para el bien del menor tiene que desvincularse pero sin diluir el derecho de patria potestad con las implicaciones que el mismo conlleva. Así ocurre por ejemplo, cuando se encuentre probado que el menor ha vivido al lado de su abuela materna, por cinco años ininterrumpidos desde su nacimiento, no resultando lógico que por una vinculación de la patria potestad con la custodia se ligara de manera indisoluble, sin tomar en cuenta al menor, a la familia y a la sociedad. En legislaciones de diversas entidades federativas, se ha avanzado

en estos aspectos dejando que el juez resuelva de tal suerte que si el interés del menor lo exigiere, por razones graves que expondrá en su fallo, podrá apartarse de las disposiciones del Código Civil y establecer modalidades que juzgue conveniente y dictar las medidas para encomendar la guarda a un tercero a una institución particular. (Código del Menor para el Estado de Guerrero, Título Tercero, Capítulo II, Art. 46). El Código Civil del Estado de México en su artículo 935 dispone: "La patria potestad se ejerce sobre la persona y los "bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto a la guarda y "educación de los menores, a las modalidades que impriman las "resoluciones que se dicten, de acuerdo con las leyes especiales "sobre Previsión Social en el Estado". El menor es el sujeto en que debe recaer la aplicación preferente del derecho, entendida pro preferencia la circunstancia en que se exalte el interés del menor sobre cualquier otro. Los especialistas en el estudio de los menores han coincidido de manera unánime en establecer que la formación de la personalidad del menor, se lleva a cabo en los primeros cinco años de su vida y al desvincularlo de una relación afectiva le ocasionaría una lesión, que no es de las que dejan huella visible para la percepción del ojo, pero sí para la percepción del entendimiento y la emoción. Los menores han llegado a constituir un gran tema de la comunidad universal, mejor que equilibradores de las fuerzas, zona delicada de la preservación de los derechos humanos. Al ocuparse el

mundo entero de la niñez y de la adolescencia podrá adquirir cuerpo la pretensión poética: "Que todos los niños sean como hijos de todos los hombres". En consecuencia en esos casos aunque se considere que el padre no pierda la patria potestad, debe dejársele la custodia a la abuela materna, sujeta a las modalidades que impriman las resoluciones que se dicten de acuerdo con las leyes, atentas las circunstancias de la personalidad del menor, debiendo ejercer el padre la vigilancia sobre esa custodia, como consecuencia de la patria potestad que ejerce." (Instancia: Tercera Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Epoca: 7A; Volumen: 217-228; Parte: Cuarta; p. 242. Amparo directo 5725/86. 14 de mayo 1987).

Esta jurisprudencia también adquiere una gran importancia para efectos de demostrar la diferencia entre la guarda y la custodia, y para hacerlo parten del ejemplo de que sí para el bienestar de los menores es menester que la guarda y la custodia queden a cargo de los abuelos maternos, ello no significa que la madre pierda la patria potestad.

PATRIA POTESTAD. LIMITE EN SU EJERCICIO CUANDO UNO DE LOS CONYUGES CONSERVA LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES. Si a la madre se le confiere el cuidado y guarda de su menor hijo, debe ejercitar los derechos y

obligaciones inherentes a la patria potestad, que de acuerdo con los artículos 422 y 423 del Código Civil del Estado de Guerrero, comprenden la obligación de educarlo mesuradamente con una libertad que no tiene más límite que el notorio perjuicio físico o moral de dicho menor. El padre, por su parte, tiene derecho de visitar al hijo, de comunicarse y tratar con él, vigilando prudentemente el cumplimiento de las obligaciones de guarda y custodia a cargo de la madre, sin pretender una intromisión constante y absoluta que no es lógica, ni siquiera en los casos en que el matrimonio subsiste. (Instancia: Tercera Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Epoca 7A; Volumen 2; Parte Cuarta: p. 67. Amparo directo 3818/68. 14 de febrero de 1969. Unanimidad).

Esta jurisprudencia se refiere al hecho de que independientemente de que la madre tenga la guarda y custodia del menor, el padre tiene el derecho de visitar al menor y tener comunicación y trato con él, supervisando que la esposa cumpla cabalmente con sus obligaciones, sin que por ello se entienda una mayor intromisión.

CONCLUSIONES.

Primera. La familia como parte fundamental de la sociedad, constituye el meollo o punto de partida para el estudio de la guarda y la custodia del menor, ya que en ella se da la relación entre los sujetos de la misma.

Segunda. La patria potestad es una institución jurídica creada con el objeto de proteger a la persona y los bienes del menor, para que éste se desarrolle física, mental y moralmente, de manera normal y conveniente.

Tercera. La patria potestad es temporal, confiere derechos y obligaciones tanto a quienes la ejercen y a quienes se encuentran sujetos a ella; y es ejercida únicamente por los padres, abuelos paternos y abuelos maternos, en ése orden.

Cuarta. La patria potestad genera dos tipos de efectos: en relación a la persona del menor que se traduce en la representación legal, designación de domicilio, corrección y castigo, alimentos, etc.; y en relación a los bienes, los cuales se clasifican en administración de los bienes y usufructo legal.

Quinta. La guarda y la custodia se encuentran íntimamente ligadas a la patria potestad, ya que derivan de ella; sin embargo, tienen sus características propias.

Sexta. La guarda y la custodia tienen por objeto la protección y vigilancia del menor, mediante la posesión o tenencia física del mismo o por los que ejercen la patria potestad.

Séptima. La guarda y la custodia del menor implica dos funciones: la primera referida al hecho de que debe guardarse y cuidar la salud física y mental de los menores; y la segunda, relativa a la vigilancia del menor, con la facultad de imponer correctivos.

Octava. Si bien es cierto que la guarda y la custodia se encuentran en forma indisoluble vinculadas a la patria potestad, en cuanto a pugnar por la protección a los bienes y persona del menor, también es cierto que existen diferencias entre ambas y que por ello, en algunas circunstancias pueden ir disociadas, como en el caso del divorcio, en los cuales ambos padres conservan la patria potestad, pero solo uno de ellos la guarda y la custodia respectivas.

Novena.- Dado que nuestro sistema jurídico siempre ha pugnado por la solidificación de la familia, en éste marco, los menores de edad reciben en nuestro Código Civil una protección mayúscula y en particular por lo que se refiere a su protección y desarrollo físico y mental, tal y como acontece en los juicios de divorcio, nulidad de matrimonio, etc.

Décima. Es conveniente estructurar en el Código Civil las bases necesarias que regulen la custodia, tomando en cuenta los siguientes argumentos:

- Se debe permitir la convivencia de los menores hijos con el progenitor que no conserve la custodia, a través del derecho de visita, con el fin de no perder el vínculo que los une.
- Se debe exigir el cumplimiento de sus obligaciones al progenitor que no conserve la custodia, al igual que al que la tiene, imponiendo sanciones económicas o penales para que en el caso de negligencia pusiera en peligro la salud y los derechos de los menores hijos.

Décima primera. La guarda y la custodia del menor no se encuentra regulada en un apartado especial en nuestro Código Civil, lo cual considero una gran irregularidad, si se toma en cuenta la importancia que ésta reviste. Por lo tanto, propongo que el Código Civil contenga un capítulo en particular relativo a la guarda y la custodia del menor, especificando las

sanciones a quien incumpla con ella, regule las causas de terminación, suspensión y excusa de la misma, para no dejar éstos aspectos sin regular o a la interpretación del juez.

Décima segunda.- Es recomendable que en los juicios de divorcio o nulidad de matrimonio, la resolución sobre quien de los progenitores ejercerá la guarda y la custodia de los hijos, deberá fundarse en el criterio objetivo y científico de algún profesional en medicina, trabajo social y psicología.

Décima tercera.- Al adjudicarse la guarda y la custodia, el padre que no la ejerza debe cumplir en un 100% al sostenimiento económico del menor, pues como ya se ha comprobado, quien posee la custodia de un menor tiene una gran responsabilidad y en buena medida cumple con su obligación de proporcionar alimentos.

Décima cuarta.- Es conveniente que se establezca en los juicios de divorcio la guarda y custodia compartida del menor entre los cónyuges, a efecto de que ambos sigan proporcionando a éste su apoyo moral y espiritual y en general ejercer todos los derechos-deberes que se desprenden de la guarda y la custodia.

BIBLIOGRAFIA.

Abouhamad Hobaica. Chibly. El Juicio sobre el Derecho de Guarda, Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal. año XXIII. Abril-Junio, 1960. No. 112.

Baquetto Rojas, Edgard, y Buenrostro Báez Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones, Edit. Harla, México, 1990.

Borda Guillermo, A. Tratado de Derecho Civil, Familia I, II, 7ª ed., Edit. Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1977.

Carrera Maldonado, María. Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1983.

Chávez Asencio, Manuel. La Familia en el Derecho, 1ª ed, Edit. Porrúa, S.A., México, 1984.

Daniel Hugo D'Antonio. Derecho de Menores, 3ª ed., Edit. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1986.

Pina Rafael, De. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Vol. I., 8ª ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1977.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo III y XIII, Edit. Driskill, Buenos Aires, Argentina, 1987.

Galindo Garfias, Ignacio. Derecho de Familia, 10ª ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1990.

García Pelayo, Ramón. Diccionario Práctico Español Moderno, Edit. Larousse, México, 1983.

Garrone José, A. Diccionario Jurídico, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1989.

Planiol Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomos I y II, Edit. Cajica, Puebla, México, 1990.

Mazeaud Henri León y Jean, Lecciones de Derecho Civil. 1ª Parte, Vol. III, Edit. Ejea, 1959.

Montero Duhalit, Sara. Derecho de Familia, 2ª ed., Edit. Porrúa, S.A. México, 1985.

Ramírez Sánchez, Jacobo. Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil, 1ª ed., Edit. Libros de México, 1960.

Rojina Villegas, Rafael. Derecho de Familia, Tomo II, Edit. Porrúa, S.A., México, 25ª ed., 1993.

Ruiz Serramalera, Ricardo. Derecho de Familia. El matrimonio, la Filación y la Tutela, Madrid, España, 1988.

Peña Bernaldo de Guíroz Manuel. Derecho de Familia, Universidad de Madrid, 1989.

Zannoni Eduardo, A. Derecho de Familia, 2ª ed., Edit. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1989.