



507
241
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"CAMPUS ARAGON"

RESPONSABILIDAD DE LOS ORGANOS
JURISDICCIONALES EN MATERIA FAMILIAR DE
LAS CONTROVERSIAS QUE CONOCEN EN LO
RELATIVO A LA GUARDA Y CUSTODIA DE
MENORES.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A ;
YOLANDA JACOBA VELAZQUEZ OROPEZA

ASESOR: LIC. ROSA MARIA VALENCIA GRANADOS

MEXICO

1998

YESIS CON
FALLA DE ORIGEN

265452



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 :

**DON JOSÉ GUADALUPE VELÁZQUEZ BARROSO y
DOÑA MANUELA SOFIA OROPEZA GONZÁLEZ.**

**CON EL MAS PROFUNDO AGRADECIMIENTO Y AMOR,
QUE SE HAN MERECIDO, POR ESE CORAJE QUE ME
INFUNDIERON PARA LLEGAR A DONDE SE DEBE
LLEGAR, SIEMPRE CON HONRADEZ Y TRABAJO.**

A LA C. LIC. ROSA MARIA VALENCIA GRANADOS.

**CON EL AGRADECIMIENTO, RESPETO Y ADMIRACION,
POR ESA AYUDA ESPONTANEA Y DESINTERESADA ,
QUE DEJA VER A LA PERSONA EN TODO LO QUE ES
DE NOBLEZA Y SECILLEZ, BRINDANDO LA OPORTUNI-
DAD ESPERADA, PARA DIRIGIR EL PRESENTE.**

RESPONSABILIDAD DE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES EN MATERIA FAMILIAR DE LAS CONTROVERSIAS QUE CONOCEN EN LO RELATIVO A LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES.

INDICE

PAG.

INTRODUCCION

CAPITULO I

ANTECEDENTES GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES EN MATERIA FAMILIAR DE LAS CONTROVERSIAS QUE CONOCEN EN LO RELATIVO A LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES.

1.- CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1884.	2
2.- CODIGO DE PROCEMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1880	4
3.- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES	5
4.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL DE 1928	7
5.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1931	10
6.- DEFINICION DE GUARDA Y CUSTODIA	17

7.- DEFINICION DE RESPONSABILIDAD DE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES EN MATERIA FAMILIAR DE LAS CONTROVERSIAS QUE CONOCEN EN LO RELATIVO A LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES	19
---	----

CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES EN MATERIA FAMILIAR DE LAS CONTROVERSIAS QUE CONOCEN LO RELATIVO A LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES.

1.- LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN LA GUARDA Y CUSTODIA	23
2.- LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN A MENORES DE EDAD	32
3.- LA PRESENCIA Y DETERMINACION DE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES EN EL ORDEN FAMILIAR	34
4.- ACCION INQUISITORIA DEL JUZGADOR EN EL ORDEN FAMILIAR EN LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES	37
5.- DIFERENCIAS ENTRE LA GUARDA Y CUSTODIA Y LA PATRIA POTESTAD	42

CAPITULO III

DISPOSICIONES, CRITERIOS Y ESTUDIOS EMITIDOS DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES EN MATERIA FAMILIAR DE LAS CONTROVERSIAS QUE CONOCEN EN LO RELATIVO A LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES.

1.- DISPOSICIONES:

a).- CONSTITUCION FEDERAL DE LA REPUBLICA	48
b).- CODIGO CIVIL FEDERAL Y DE APLICACIÓN PARA EL DISTRITO FEDERAL	52
c).- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL	53
2.- CRITERIOS:	78
a).- JURISPRUDENCIAS Y EJECUTORIAS DE LA H. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION	81
b).- JURISPRUDENCIAS Y EJECUTORIAS DE LOS H. TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO EN MATERIA CIVIL	90
c).- JURISPRUDENCIAS Y EJECUTORIAS DEL H. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL	93
CONCLUSIONES	96
BIBLIOGRAFIA	101

INTRODUCCION.

La importancia que tiene el derecho en general dentro de una sociedad como la nuestra, es muy relevante además de indispensable, dada la diversificación de los problemas que se presentan dentro de la misma sociedad, ya sea entre particulares o bien entre Estado y sus gobernados.

La rama familiar es sin duda alguna una de las más importantes e interesantes que nos presentan, pues reviste en toda extensión el ordenamiento que marca el buen funcionamiento de las relaciones familiares, ya que es regulador entre diversos conflictos que por necesidad misma del individuo tienden a crearse, dando pauta a proteger y preservar los intereses más elementales de los miembros inocentes que figuran en la Familia.

El tema que hemos escogido para culminar una etapa importante de nuestra vida, resulta tener especial relevancia, en virtud de que se refiere principalmente a los menores de edad, en lo relativo a su Guarda y Custodia por ello el tema a tratar se denomina **RESPONSABILIDAD DE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES EN MATERIA FAMILIAR DE LAS CONTROVERSIAS QUE CONOCEN EN LO RELATIVO A LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES**, y para tal efecto consideramos dividirlo en tres capítulos, con sus respectivos incisos, en el

primero de ellos tratamos los antecedentes generales del tema, desde el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884, hasta el Código Civil actual para el Distrito Federal; asimismo en el capítulo II tratamos la naturaleza jurídica, desde los elementos que integran la guarda y custodia hasta las diferencias entre la llamada guarda y custodia y la patria potestad; y por último en el capítulo III, se hace referencia a las disposiciones, criterios y estudios emitidos de la responsabilidad de los juzgadores, que dirimen sobre las controversias del orden familiar, desde la Constitución Federal de la República, hasta llegar a las jurisprudencias y ejecutorias emitidas por las diversas autoridades federales.

Es tan importante una buena administración de justicia en materia familiar que resuelva el fondo del problema de una manera equitativa, toda vez que tratándose de familia, las personas que vienen a pagar las deficiencias de una mala sentencia, no son sino los menores de edad.

Las controversias del orden familiar revisten un sinnúmero de características que las hacen especiales a otro tipo de controversias de cualquier materia, es sin duda una parte especial del Código de Procedimientos Civiles, ya que sus características mas especiales, es que son se orden público y social, por lo tanto la importancia que tienen para que el juzgador pueda a su arbitrio determinar medidas provisionales tendientes a proteger y a salvaguardar los derechos de la familia en su conjunto.

La importancia que tiene para este trabajo, el hecho de que las controversias sean de orden público y social, nos da como resultado que las determinaciones tomadas con ligereza por parte del juez de lo familiar, pueden desencadenar una inestabilidad importante y difícil de remediar dentro del seno familiar, he aquí la importancia para que el juzgador tenga una responsabilidad en todas y cada una de sus actuaciones. Desafortunadamente en la práctica nos encontramos con determinaciones de los jueces de lo familiar, ya sea tratándose de medidas provisionales, o bien tratándose de sentencias definitivas, que son fallos erróneos, y nunca se les aplica una responsabilidad, ya que únicamente la Sala Familiar en el mejor de los casos modifica en resolución de apelación los desatinos del juez que dictó tales determinaciones, por lo que no existe en realidad una responsabilidad ejemplar para que el funcionario encargado de juzgar tenga mas empeño y realmente vele y proteja los intereses de la familia y en el tema que tratamos en este trabajo, del menor de edad.

CAPÍTULO I.

ANTECEDENTES GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN MATERIA FAMILIAR DE LAS CONTROVERSIAS QUE CONOCEN EN LO RELATIVO A LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES.

CÓDIGO CIVIL DE 1870.

Es necesario partir de la base de los antecedentes que regulan las medidas provisionales, y bien, ya formalmente a partir del Código Civil de 1870, surge la primera referencia que encontramos dentro de la Legislación Mexicana, que trata del problema de las Medidas Provisionales, que se deben decretar en tomo a la familia, se encuentra precisamente en el artículo 266 del Código Civil de 1870, mismo que fue expedido por el H. Congreso de la Unión el 8 de diciembre del mismo año y que entrara en vigor el día primero de marzo de 1871, a continuación se transcribe el artículo citado:

*Artículo 266.- Al admitirse la demanda de divorcio o antes si hubiera urgencia, se adoptarán provisionalmente, y solo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

I.- Separar a los cónyuges en todo caso:

II.- Depositar en casa de persona decente a la mujer, si se dice que ésta ha dado causa al divorcio y el marido pidiere el depósito. La casa que para ésto se destine, será designada por el juez. Si la causa por la que se pide el divorcio, no supone culpa en la mujer, ésta no se depositará sino a solicitud suya;

III.- Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de los dos, observándose lo dispuesto por los artículos 268, 269 y 270;

IV.- Señalar y asegurar alimentos a la mujer y a los hijos que no queden en poder del padre;

V.- Dictar las medidas convenientes para que el marido, como administrador de los bienes del matrimonio no cause perjuicios a la mujer;

VI.- Dictar en su caso las medida precautorias que la ley establece respecto de las mujeres que queden encinta”.

Es interesante hacer notar que a más de un siglo de distancia, nuestra legislación de aquel entonces ya se preocupaba por los problemas inherentes a la familia, principalmente tratándose de alimentos, menores y depósito de personas, en las medidas de las costumbres y problemas sociales que existían en aquella época.

1.- CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1884

Trece años después de haber sido promulgado el Código de 1870, se expidió uno nuevo, el Código Civil de 1884, introduciéndose pocas modificaciones, en relación al anterior. En junio de 1882, el presidente Manuel González, encargó a una Comisión la Revisión de los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, posteriormente una nueva Comisión revisó los trabajos de la primera, terminada la revisión, el ministro remitió a la Cámara el proyecto de este Código Civil.

Siendo expedido este Código por el Ejecutivo, en uso de la facultad que le concedió el Decreto del Congreso de la Unión, con fecha 14 de diciembre de 1883, fungiendo como presidente de los Estados Unidos Mexicanos, don Manuel González y se promulgó el 21 de marzo de 1884, y estuvo en vigor hasta 1932.

Este Código estaba compuesto de Cuatro Libros: PRIMERO.- De las Personas.- SEGUNDO.- De los Bienes, la Propiedad y sus diferentes modificaciones; TERCERO.- De los Contratos; CUARTO.- De las sucesiones. En el Libro Primero, en su Capítulo V, que trata del Divorcio, en el artículo 244, que a continuación se transcribe, dice:

"Artículo 244.- Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia adoptarían provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:
...III.- Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de los dos, observándose lo dispuesto en los artículos 245 y 247.

"Artículo 245.-Ejecutoriado el divorcio, quedarán los hijos o se pondránbajo la potestad del cónyuge no culpable; pero si ambos lo fuesen y no hubiere otro ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proveerá a los hijos de tutor.

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

Como puede advertirse en el artículo 244, la ley no es clara en cuanto a la situación de los hijos, en virtud de que simple y sencillamente, no especifica si se trata de menores de edad, solamente se refiere a los "hijos".

Es importante hacer notar que durante la vigencia del Código Civil en cita, única y exclusivamente se atendía la necesidad del gobernado, en forma genérica, ya que para los efectos de solicitar en un momento dado la guarda y custodia de un menor, se tenía que solicitar, como un accesorio de la acción principal, que vendría siendo ésta el Divorcio, por las Causales que se encontraban comprendidas dentro del artículo respectivo.

2.- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1880.

Este Código fue expedido por el entonces Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, don Porfirio Díaz, el 15 de septiembre de 1880, y con vigencia a partir del primero de noviembre de este mismo año, constando de 2241 artículos y de 3 Transitorios. El último de estos solamente deja vigente la Ley Transitoria del Código de Procedimientos Civiles del 15 de agosto de 1872. Está constituido por Títulos, teniendo en total XXI, de los cuales el que se refiere al JUICIO ORDINARIO, es el título VI, como se puede observar en este Código ni remotamente incluye LAS CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR, por lo que

se deduce que los juicios relativos a LA GUARDA Y CUSTODIA de menores, era ventilado por medio del juicio Ordinario Civil; Así tenemos que las disposiciones que norman el juicio Ordinario Civil, son los marcados con los números 471 al 491; la contestación a la demanda; artículos 507 al 513; en cuanto a la prueba, sus reglas generales son contenidas en los artículos 514 al 536, en cuanto a los términos de prueba: ordinario y extraordinario , quedan contenidos en los artículos 539, 540, y 546.

3.- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES.

Esta Ley, fue expedida por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo de la Nación, don Venustiano Carranza, el día 9 de abril de 1917 , y entrando en vigor el 11 de mayo del mismo año.

De la lectura de esta ley, se observa que el artículo 93, se refiere a la guarda y custodia de los hijos, en caso de juicio de divorcio necesario, transcribiéndose a continuación la parte que interesa a este trabajo de investigación:

"Artículo 93.- Al admitirse la demanda de divorcio o antes si hubiera urgencia, se adoptarán provisionalmente, y sólo mientras duren los procedimientos judiciales, las disposiciones siguientes:

...III.- Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de los dos, observándose lo dispuesto en los artículos 94,95 y 96;...”

En atención a que la fracción III del artículo antes referido, hace mención a los artículos 94, 95 y 96 también se transcriben a continuación:

“Artículo 94.- Ejecutoriado el divorcio, quedarán los hijos o se pondrán bajo la potestad del cónyuge no culpable; pero si ambos lo fueren y no hubiere ascendientes en quienes recaiga la patria potestad, se proveerá a los hijos de tutor conforme a la ley.”

“Artículo 95.- Sin embargo de lo dispuesto en los artículos anteriores, antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, podrán acordar los tribunales a pedimento de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier providencia que se considere benéfica a los menores.”

“Artículo 96.- El padre y madre aunque pierdan la patria potestad quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.”

Dentro del marco jurídico procesal que se llevó a cabo teniendo como base la ley sobre Relaciones Familiares, estos juicios familiares se ventilaban directamente en juzgados en materia civil, puesto que no existía una división de ramas, por lo consiguiente el Juez de lo Civil era quien se encargaba de administrar justicia en los problemas de índole familiar, algunas partes principalmente del artículo 93 de la Ley sobre Relaciones Familiares, fue tomada en consideración para la elaboración de nuestro Código actual, ya que tienen íntima relación con lo que señala el artículo 283, 284 y 285 del Código Civil actual,

ya que éstos dividen el precepto de 1917 en tres artículos, que la suscrita tiene interés en reproducirlos, ya que tienen íntima relación con lo establecido en la Ley sobre Relaciones Familiares, a continuación se transcriben los artículos siguientes, mismos que son los que nos rigen en la actualidad, a saber:

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

"Artículo 284.- Antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, el juez podrá acordar, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier medida que se considere benéfica para los menores.
El juez podrá modificar esta decisión atento a lo dispuesto en los artículos 422, 423 y 424 fracción III."

"Artículo 285.- El padre la madre, aunque pierdan la patria potestad quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos."

Es importante señalar en este trabajo, que realmente la ley no ha cambiado en su fondo, ya que única y exclusivamente con respecto a los artículos ya citados, únicamente cambia el procedimiento, puesto que existe diversificación de ramas del derecho y ahora la única Autoridad facultada para poder solucionar problemas familiares, es indiscutiblemente el Juez de lo Familiar.

4.- CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL DE 1928.

El nacimiento de este Código a la vida jurídica se presenta en el Decreto publicado en la Ciudad de México, Distrito Federal, el día 30 de agosto de 1928, en el cual se ordena que este Código empezaría a tener vida a partir del Primero de octubre de 1932, siendo Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos el C. Pascual Ortiz Rubio, y este Código es el que prevalece en la actualidad, con las reformas y adiciones, así como erogaciones de diversos artículos que ha sufrido a través del tiempo.

Nuestro Código Civil actual, consta de Cuatro Libros a saber: PRIMERO.- De las Personas; SEGUNDO.- De los Bienes; TERCERO.- De las Sucesiones; y CUARTO.- De las Obligaciones. Siendo tan extenso el Código Civil actual y para imos específicamente en este trabajo, habremos de manejar en el Libro Primero, el título Quinto en su Capítulo X, lo concerniente al Divorcio y concretamente en el artículo 282 en su fracción VI que a continuación se transcribe, se refiere a la guarda y custodia de los hijos menores de edad:

*Artículo 282.- Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:
...VI.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo el procedimiento que fije el Código respectivo resolverá lo conducente.

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

Es importante hacer notar que el artículo mencionado de la medida provisional que el juzgador está facultado para poder conceder la guarda y custodia del menor durante el procedimiento de un juicio de divorcio, lógicamente el menor de edad, hijo de un matrimonio, lo está regulando dicho artículo, pero debemos de tener en cuenta que no todos los menores de edad nacen dentro de un matrimonio, por lo que el Código Civil establece artículos concretos para este tipo de situaciones, como lo son los artículos 380 y 381 del Código Civil vigente, mismos que a continuación se transcriben:

"Artículo 380.- Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cual de los dos ejercerá su custodia; y en caso de que no lo hicieren, el juez de lo familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público resolverá lo que creyere mas conveniente a los intereses del menor."

"Artículo 381.- En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no vivan juntos, ejercerá la custodia el que primero hubiera reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el juez de lo familiar del lugar lo creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público".

De la transcripción de los artículos que hemos mencionado que se refieren tanto a la guarda y custodia provisional dentro de un juicio de divorcio como de menores habidos fuera de matrimonio, existe el criterio por parte del juzgador, que como mas adelante veremos, éste tiene las mas amplias facultades, basándose

en lo manifestado por la ley en la fracción VI del artículo 282 del Código Civil y se presume que independientemente que los menores sean o no hijos de matrimonio, si éstos tienen menos de siete años, deberán de quedar al cuidado de la madre, al respecto notamos y nos preguntamos, ¿como es posible que en forma por demás arbitraria, el legislador le otorgue a la madre la guarda de un menor de siete años?, en virtud de que no siempre la madre tiene la solvencia, ni económica ni moral para prodigarle los cuidados necesarios, para la buena formación de ese ser.

Asimismo, el artículo 283 del Código Civil en cita, preceptúa que la sentencia de divorcio, deberá fijar lo concerniente a la situación de los hijos, copiándose textualmente el artículo en mención:

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

5.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE 1931.

Este código expedido por el entonces Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos Pascual Ortiz Rubio, el 31 de diciembre de 1931. Esta constituido por 939 artículos repartidos en Quince Títulos con sus correspondientes capítulos; más otros 47 artículos finales dedicados al título Especial de Justicia de Paz; además de 16 artículos transitorios.

Este código fue sumamente elogiado por distinguidos procesalistas extranjeros por su orientación científico-modernista, ya que su tendencia la perfila hacia la realización del ideal procesal, es decir el juicio oral en toda su pureza, y además por que pugna por desterrar el espíritu individualista del código de procedimientos civiles anterior, además consagra la verdad real sobre la formal y clasifica el Derecho Procesal Civil entre las ramas del Derecho público, logrando con ello notable adelanto y pone a los procedimientos en armonía con las corrientes que informan la técnica procesal moderna; Asimismo confía el desarrollo del procedimiento al juez, que dotado de amplias facultades puede investigar la verdad en beneficio no solo de las partes, sino también de la sociedad. Después de apuntar las características más sobresalientes de este código nos referimos a una de las Adiciones más importantes, y fue que por decreto de fecha 26 de febrero de 1973, mediante el artículo Sexto, se adiciona un TITULO DECIMO SEXTO. CAPITULO UNICO que comprende los artículos del 940 al 956, para quedar como sigue: Título Décimo Sexto. Capítulo Unico.- **DE LAS CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR.**

A diferencia del Código de Procedimientos Civiles citado con anterioridad, así como la Ley Sobre Relaciones Familiares, el código de Procedimientos Civiles de 1931, viene a partir de las adiciones implementadas en el año de 1970, en donde se dividen las ramas del Derecho, creándose los **JUZGADOS FAMILIARES** dentro del Distrito Federal, por lo que se empieza a definir la responsabilidad de

los órganos jurisdiccionales en materia familiar, reglamentada por La Ley Orgánica del Tribunal de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal , misma que ha tenido varias modificaciones hasta la fecha, para ello hablaremos más adelante en un punto dedicado exclusivamente a esta Ley.

En el Título Décimosexto del Capítulo Unico del Código de Procedimientos Civiles que nos rige en la actualidad viene a innovar el concepto de Derecho Familiar, al señalar QUE LAS CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR, son de orden Público, por lo tanto se le está dando un rango de importancia del cual había estado adolecida la ley, ya que el mismo artículo 940 del Código de Procedimientos Civiles textualmente dice:

*** Artículo 940.- Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad ***

Con respecto a la Responsabilidad de los Organos Jurisdiccionales, que en este caso únicamente sería el Juez de lo Familiar, ya que éste es el único que está facultado para poder dirimir Controversias de Orden Familiar, su responsabilidad aparte de estar reglamentada en la Ley Orgánica del Poder Judicial , la amplía aún más el mismo artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles , ya que este faculta al juzgador , para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, otorgándole la facultad de decretar medidas que tiendan a preservar y a proteger a los miembros de la familia, estando obligado el Juez de lo Familiar a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho. Con lo anterior señalado, se llega a la conclusión de que el artículo citado concede amplias

facultades ilimitadas al juzgador, para que éste pueda intervenir y decidir sobre cualquier controversia familiar que se suscite: Es importante hacer notar que ese poder de decisión ilimitado que tiene el juzgador en materia familiar y con respecto al Capítulo de Controversias del Orden Familiar, y toda vez que se deja la decisión al señor juez, de decidir, puede incurirse en un grave problema por parte de éste, ya que no se restringe su función, muchas veces la gente que ocurre a solicitar alguna Medida Provisional en una Controversia Familiar, puede dolosamente engañar al juez y éste irse con el engaño y perjudicar severamente a la otra parte, esa facultad ilimitada que tiene el juzgador de lo familiar, pensamos que debería de ser modificada, ya que se cometen un sinnúmero de arbitrariedades.

LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL.

La presencia en toda sociedad de múltiples intereses, hace imprescindible que exista un ordenamiento regulador de las relaciones entre sus componentes, para que en esta forma pueda realizarse la convivencia humana. Lo anterior carecería de eficacia si en caso de existir un conflicto no hubiese un conjunto idóneo a través del cual se aplicara, y ese conducto no es otro que una adecuada Administración de Justicia. Es por ello por lo que la organización judicial representa uno de los pilares en que descansa toda Nación, ya que de la forma como se encuentre constituida y de los funcionarios que la integren, dependerá que una justicia individual y social se alcancen. Su realización es atribución primaria del

Estado, la honesta, objetiva y fecunda actuación de este valor es la mejor protección que pudo otorgarse a los derechos fundamentales de la persona humana y de las comunidades naturales. Es además condición necesaria de la armonía social y del bien común.

El anhelo de que sea recta y ordenada, así como la necesidad de que los encargados de realizarla satisfagan los requisitos ineludibles de elevada actitud de conciencia, ilustrado criterio, limpieza del juicio y honradez ejemplar tiene una significación inherente a la esencia de la función del Estado.

Las autoridades encargadas de hacer justicia, deben corresponder a la dignidad trascendental de su misión, con acendrada responsabilidad, firme independencia y enérgica actitud, como guardianes celosos del Derecho, no olvidando que la base esencial de toda organización política y de cualquier administración pública, la constituye la moralidad de los habitantes y de los funcionarios del país, atendiendo a lo anterior manifestado, podemos decir que nuestra institución de justicia que es el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, quien recibió ese nombre después de la caída del régimen de Santa Anna, cuando a iniciativa de insignes patriotas como el general Juan Alvarez y el abogado Benito Juárez, el primero como presidente de la República y el segundo como ministro de justicia, se estableció en 1845, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito y Territorios ; suprimió los fueros y creó nuevas estructuras de la Suprema Corte de Justicia, así como a los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito.

Pues bien, el día 28 de mayo de 1928, el Congreso de la Unión aprobó un proyecto de reorganización judicial que derivó en la Ley Orgánica de los Tribunales Comunes del Distrito y Territorios Federales que comenzaría a regir el primero de enero de 1929, teniendo sus adiciones esa misma Ley, como lo fue en enero de 1933, en donde se creó la Octava Sala Penal, estableciendo además otra serie de requisitos para ser funcionarios judiciales.

En consecuencia la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal fue la encargada de regular las actuaciones que rigen al Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, hasta el año de 1996, toda vez que la última Adición que se publicó fue en el Diario Oficial de la Federación el 29 de enero de 1969, por lo que al entrar al estudio de esta Ley, para una nueva Adición, la Asamblea de Representantes, decide que es mejor derogarla y con la publicación en el Diario Oficial de la Federación de fecha 17 de Mayo de 1996, por el Doctor Ernesto Zedillo Ponce de León , Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, y se modifica el nombre de dicha Ley para quedar como sigue: **LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL**, y en el segundo de los artículos Transitorios , se deroga la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de enero de 1969, quedando únicamente a salvo el Título Décimo Segundo, en el entendido de que el Organó encargado de sustanciar los procedimientos, y en su caso, imponer las sanciones

previstas en dicho Título, es el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal. Como mas adelante se explicará a juicio de nosotros, es la misma ley, ya que en sus artículos uno y dos , nos señalan las funciones que regirá esta Ley sobre los mecanismos que deberán operar en la impartición de Justicia, esta Ley es la que esta señalando las directrices que deberá seguir la parte interna que son los Juzgadores, señalándoles las responsabilidades en las cuales pueden incurrir así como los recursos que tiene el gobernado para poder defender sus derechos en caso de una arbitrariedad por parte de los impartidores de justicia, presentando su queja directamente ante el Consejo de la Judicatura, haciendo hincapié que tanto el Presidente como el Consejo de la Judicatura, y el Presidente del Tribunal, ocupan el mismo cargo.

*** Artículo 1 .- La administración e impartición de justicia en el Distrito Federal corresponde al Tribunal Superior de Justicia y demás órganos judiciales que esta Ley señala, con base en lo que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Estatuto de Gobierno y demás ordenamientos legales y aplicables."**

***Artículo 2 .- El ejercicio jurisdiccional en todo tipo de asuntos Civiles, Mercantiles, Penales, Familiares, del Arrendamiento Inmobiliario y Concursales del orden común y los del orden Familiar en los casos que expresamente las Leyes le confieran jurisdicción, corresponde a los servidores públicos y órganos judiciales que se señalan a continuación:**

- I.- Magistrados del Tribunal Superior de Justicia.
- II.- Jueces de lo Civil;
- III.- Jueces de lo Penal;
- IV.- Jueces de lo Familiar;
- V.- Jueces del Arrendamiento Inmobiliario;
- VI.- Jueces de Inmatriculación Judicial;
- VII.- Jueces de Paz;
- IX.- Jurado Popular;
- X.- Presidente de debates, y

XI.- Arbitros.

Los demás servidores públicos y auxiliares de la administración de justicia intervendrán en dicha función en los términos que establece esta Ley, los Códigos de Procedimientos y demás leyes aplicables.”

Consideramos que lo único que se modifico fue en cuanto primeramente a que ya no se puso a consideración esta Ley en el Congreso de la Unión , y que la nueva Ley se pone a consideración de la Asamblea de representantes del Distrito Federal, adicionándose igualmente el Consejo de la Judicatura, pero en la esencia de la misma Ley es igual y prueba de ello fueron los artículos que han quedado ya transcritos, es importantísimo para nuestro trabajo de tesis esta Ley, toda vez que próximamente veremos la responsabilidad de los órganos jurisdiccionales en materia Familiar , razón por la cual es de vital importancia hacer mención de esta Ley.

6.- DEFINICIÓN DE GUARDA Y CUSTODIA.

Para definir esta figura jurídica, tan importante para este trabajo de investigación, diremos, que el ejercicio de la potestad paterna requiere fundamentalmente la convivencia de padres e hijos en el mismo hogar. Y, ese derecho-deber de los padres de tener a los hijos consigo recibe la denominación de -guarda-, y de él derivan otros derechos -deberes, así como diversas consecuencias.

Durante la convivencia normal de los cónyuges, estos ejercen, conjuntamente, la guarda de sus menores hijos de edad. La guarda integra las relaciones paterno- filiales emergentes de la patria potestad, y comprende, respecto del padre y la madre, la obligación de proteger a sus hijos, educarlos, vigilar su conducta y en su caso corregirlos y castigarlos adecuadamente.

El derecho de ejercer la guarda de los menores no plantea problemas, cuando ambos progenitores viven juntos, pero puede ocurrir que los padres legítimos se desvinculen de hecho o de derecho, ya sea por divorcio , separación de hecho o nulidad de matrimonio; y en cuanto a los padres extramatrimoniales que no vivan juntos. En todos estos casos, a falta de acuerdo entre ellos, es decir los padres, surge el problema de atribuir judicialmente la guarda y custodia de los hijos menores de edad.

En el Derecho Familiar mexicano este concepto tiene especial relevancia, pues la custodia está dirigida a la atención de la niñez como complemento de la patria potestad y una estrecha relación con ella. El sentido que se le da es precisamente la guarda de una persona con toda diligencia y cuidado, y podemos decir que es el derecho y la obligación que tiene una persona con su hijo o hija (normalmente el padre o la madre) de dar alojamiento y conservar con ella.

Tratándose de las personas menores de edad, el Código Civil diferencia expresamente los conceptos de Patria Potestad y Custodia, instituciones referidas al cuidado de la niñez, pero distintas entre sí, pues una solo comprende los cuidados de la persona del hijo, y la otra abarca tanto a su persona, como a sus bienes.

El ordenamiento Civil del Distrito Federal, no define esta figura de la Guarda y Custodia, ni prevé los efectos y alcances de la misma, solamente se dispone, que cuando el padre o la madre no vivan juntos o cuando se separen, deberán acordar acerca de cual de los dos ejercerá la custodia sobre los hijos e hijas.

Esta falta de definición ocasiona un sinnúmero de problemas en las familias que se encuentran en crisis, sobre todo porque se confunden ambas instituciones, es decir, la patria potestad y la guarda y custodia, lo que si es importante mencionar es que la segunda de las mencionadas o sea la guarda y custodia, no podría existir sin que estuviese la patria potestad, ya que el que ejerce la patria potestad puede también ejercer la guarda y custodia, de acuerdo a lo que establece el artículo 424 del Código Civil se restringe también el ejercicio de la patria potestad.

7.- DEFINICION DE RESPONSABILIDAD DE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES EN MATERIA FAMILIAR DE LAS CONTROVERSIAS QUE CONOCE EN LO RELATIVO A LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES.

El diccionario de vocabulario jurídico de Capitant nos indica que la palabra Organo proviene del Latín Organun, y que se refiere a la institución encargada de hacer funcionar determinada categoría de servicios.¹

El mismo diccionario consultado nos dice que Jurisdicción de la palabra Latín Juridictio y literalmente acción de decir el derecho, nos dice además es la extensión y límites del poder juzgar, siendo un conjunto de los tribunales de igual clase.²

Nosotros emplearemos como definición personal para el tema de nuestra tesis el siguiente:

Es el cuidado y atención encausados en el conocimiento que tiene el juzgador encargado de un juzgado de lo Familiar así como el de los Magistrados que integran las salas Familiares del Tribunal Superior de Justicia, para los efectos de dirimir controversias familiares y en especial lo relativo a la guarda y custodia de menores.

Nos dice el Filósofo en derecho Calamandrei³ respecto de lo que es un Juez, que debe de servir a la justicia y a continuación creemos oportuno agregar un texto de lo que manifiesta:

* El Derecho, mientras nadie lo turba y lo contrasta, se hace invisible e impalpable como el aire que respiramos; inadvertido como la salud, cuyo valor solo se conoce cuando nos damos cuenta de haberlo perdido. Pero

¹ Capitant Henri. Vocabulario Jurídico. Traducción Castellana de Aquiles Horacio Guaglianone. Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1986. P. 407.

² Idem. P. 337.

³ Calamandrei (tomado del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, comentado por Licenciado Rodríguez y Rodríguez Jorge. Legislación Mexicana, México 1984, p. 315.

cuando el Derecho es enmendado o violado, descendiendo entonces del mundo astral en que reposaba en forma de hipótesis, al de los sentidos, se encarna en el Juez y se convierte en expresión concreta de voluntad operante a través de su palabra. El Juez es el Derecho hecho hombre; sólo de este hombre puedo esperar en la vida práctica la tutela que en abstracto la Ley me promete, sólo si este hombre sabe pronunciar la palabra de la justicia , comprenderé que el Derecho no es una sombra vana .”

Es importante la forma y los requisitos que se necesitan para ser Juez de lo Familiar, para tal efecto la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal , señala en su artículo 17 lo siguiente:

* Artículo 17.- Para ser Juez de primera instancia en las materias Civil, Penal, Familiar, del arrendamiento Inmobiliario, de lo Concursal, y de Inmatriculación Judicial se requiere:

I.- Ser ciudadano mexicano en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos;

II.- Tener cuando menos 30 años de edad cumplidos al día de la designación;

III.- Tener Título de Licenciado en Derecho y Cédula Profesional expedida por la autoridad o institución legalmente para ello;

IV.- Tener práctica profesional mínima de 5 años con dos a partir de la obtención del título profesional en el campo jurídico;

V.- Haber residido en el Distrito Federal o en su área Metropolitana durante los 2 años anteriores al día de la designación;

VI.- Gozar de buena reputación;

VII.- No haber sido condenado por delito que amerite pena corporal por más de un año de prisión; pero si se tratare de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público, lo inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya sido la pena, y

VIII.- Participar y obtener resultado favorable en el concurso de oposición en los términos que establece la Ley.

Es importante analizar este artículo, ya que a juicio de nosotros pensamos que faltó un requisito para ser juez de lo familiar, toda vez que no basta tener 5 años de experiencia sino que es muy importante que el aspirante a ser Juez de lo Familiar, sea del estado civil casado, toda vez que conocería más por propia experiencia de las relaciones familiares, que conocerá y deberá de juzgar en el ejercicio de sus funciones como Juez de lo Familiar.

El Juez de lo Familiar está facultado en términos de lo dispuesto por el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles, para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia especialmente tratándose de menores y de alimentos, en consecuencia el poder que tiene el Juez de lo Familiar es ilimitado para decretar medidas provisionales que tiendan a la protección y seguridad de la Familia, pero a la vez este artículo puede hacer caer al Juzgador en arbitrariedades, toda vez que decreta las medidas provisionales a petición únicamente de una de las partes que van a intervenir en el juicio de controversias de lo familiar .

La responsabilidad en que incurren los jueces de lo familiar, se denuncian directamente ante el Consejo de la Judicatura por medio de la figura jurídica denominada Queja Administrativa, para el único caso de que no sean de carácter jurisdiccional, pero si el juzgador incurriera en algún tipo de responsabilidad jurisdiccional, el afectado tendrá que ejercitar la acción de los recursos a que se

refiere el Título Decimosegundo del Capítulo I del Código de Procedimientos Civiles.

CAPÍTULO II .

NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN MATERIA FAMILIAR DE LAS CONTROVERSIAS QUE CONOCEN EN LO RELATIVO A LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES.

1.- LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN LA GUARDA Y CUSTODIA.

Para nuestro trabajo de tesis es importante mencionar los atributos de las personas físicas, y tales atributos son la capacidad, el estado civil, el patrimonio, el nombre, el domicilio y la nacionalidad, ya que los citados atributos son constantes y necesarios en toda persona física, y de los cuales en este trabajo nos interesa el nombre y la capacidad, así como el domicilio.

Para el Maestro Rafael Rojina Villegas, dice textualmente "Que el papel de la voluntad en los atributos de la persona física, no es sino la ley impone y

reglamenta todas y cada una de las características mencionadas, sin que pueda exclusivamente al poder de la voluntad del sujeto crearlas o extinguirlas.”⁴

NOMBRE.- Para el mismo autor anteriormente citado “El nombre cumple una función de policía administrativa para la identificación de las personas y desde el punto de vista civil constituye una base de diferenciación de los sujetos para poder referir a ellos consecuencias jurídicas determinadas.”⁵, en consecuencia queda por lo tanto clasificado el Nombre de la Persona Física con relación al parentesco, ya sea por consanguinidad, reconocimiento, legitimación o adopción, que son las únicas formas en las cuales una persona puede llevar los apellidos de sus padres, o bien del adoptante.

Con relación a la adopción que constituye un parentesco civil, que en sí se determina exclusivamente por la voluntad de las partes que intervienen en el acto y principalmente por la voluntad del adoptante.

Cuando el nacido fuera presentado como hijo de matrimonio, se asentarán los nombres, domicilio y nacionalidad de los padres, los nombres de los abuelos y los de las personas que hubieren hecho la presentación, de acuerdo a lo que estipula el artículo 58 del Código Civil, que a su letra dice:

⁴ Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo I. Editorial Porrúa, S.A. p. 423. México 1975

⁵ Idem. Pág 505.

"Artículo 58.- El acta de nacimiento se levantará con asistencia de dos testigos, contendrá el día, la hora y el lugar que le correspondan, asimismo la razón de si se ha presentado vivo o muerto; la impresión digital del presentado..."

Respecto de los hijos legitimados, éstos adquieren la condición jurídica de legítimos, por virtud del subsecuente matrimonio de sus padres, según los términos del artículo 354 del Código Civil, por lo que se procede a concluir que deberán de llevar el apellido de sus padres .Y al respecto se transcribe el mencionado artículo:

"Artículo 354.- El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración".

Por lo que se refiere a los hijos reconocidos, que desde luego son hijos fuera de matrimonio, se regulan por el artículo 360 del Código Civil, que a la letra dice:

"Artículo 360.- La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento. Respecto del padre, solo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad."

Entonces podemos decir con respecto al nombre de las personas físicas, que éste se da en base a quien haya registrado al menor, ya que de éste o de éstos obtiene tanto el nombre como los apellidos.

Para el maestro Rafael Rojina Villegas, la Capacidad se divide en dos: La capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, y la define de la siguiente manera "La capacidad es el atributo más importante de las personas . Todo sujeto de derecho, por serlo, debe tener capacidad jurídica; ésta puede ser total o parcial. Es la capacidad de goce el atributo esencial e imprescindible de toda persona, ya que la capacidad de ejercicio que se refiere a las personas físicas, puede faltar en ellas, y sin embargo existir la personalidad."⁶

La capacidad de goce y de ejercicio no dependen de la voluntad de la persona, sino que son atributos impuestos por la ley y como ejemplo podemos señalar que en la emancipación del menor, si depende de un acto voluntario, como el matrimonio con el que se obtiene anticipadamente la capacidad de ejercicio, así como también, cuando los que ejerzan la patria potestad conceden al mayor de 16 años dicha emancipación.

EL DOMICILIO.- Según el artículo 29 del Código Civil establece con respecto al domicilio lo siguiente:

"Artículo 29.- El domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de éstos, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto el lugar donde se encontraren."

⁶ Idem. p. 431.

Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar cuando permanezca en él por mas de seis meses.”

Con respecto a los menores de edad, que es el caso que nos interesa, se reputa como domicilio legal del menor de edad no emancipado el de la persona cuya patria potestad está sujeto, esto quiere decir, que la guarda y custodia del menor deberá de estarse en el domicilio que tenga el que ejerce la patria potestad, pudiendo ser sus padres o uno de ellos nada mas.

Es necesario haber señalado estos tres atributos que se mencionaron anteriormente, toda vez que esto forma parte de lo que es la guarda y custodia.

De la definición de guarda y custodia, pocos han sido los tratadistas o los autores civilistas y ahora con la ramificación estudiosos del Derecho Familiar que pueden dar una definición sobre lo que es la Guarda y Custodia, a continuación el Tratadista Albert Mayran en su obra Lagarde Conjointe Envisajee Dan Leconsteste Sociel Etjuridique Actuel, lo define “El derecho y la obligación que tiene una persona (normalmente el padre o la madre) de dar alojamiento y conservar con ella a un menor, o bien de establecer su residencia en otra parte.”⁷

Asimismo Manuel F. Chávez Ascencio⁸ en su obra La Familia en el Derecho Relaciones Jurídicas paterno filiales, señala “La custodia y cuidado es el

⁷ Mayran Albert. Editorial Droit Et Enfant, Yvon Blais, Traducción Castellana por Antonio Gaytán Solares, Quebec , 1990 p. 23.

⁸ Chávez Ascencio Manuel F. La Familia en el Derecho Relaciones Jurídicas paterno filiales. Editorial Porrúa . México 1984 p. 337.

primer deber de los padres en relación a los hijos menores no emancipados, significa tenerlos en su compañía para su vigilancia y cuidado. Nuestros tribunales hablan de guarda y custodia que entiendo es el mismo deber”.

Asimismo, el maestro Rafael De Pina Vara en su obra Diccionario de Derecho, señala que la palabra “guardar se equipara a cuidar, custodiar, vigilar, cumplir.”⁹. Mientras la palabra custodia se equipara a guarda o cuidado de una cosa ajena o bien vigilancia ejercida sobre persona privada por autoridad competente.”¹⁰

Para el maestro Galindo Garfias Ignacio, este le concede tres líneas para sostener que “El derecho de guarda y custodia o derecho de vigilancia de la conducta del menor de edad sujeto a la patria potestad, se vincula a la vez con el deber de educación y con la obligación (y el derecho) del hijo de abandonar la casa de los ascendientes a cuya autoridad está sometido.”¹¹

El Código Civil para el Distrito Federal la establece en forma práctica sin definición y para casos concretos, así lo entendemos cuando se plasma en el artículo 282 lo siguiente:

⁹ De Pina Vara Rafael. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa, S.A , México.1980. p 23.

¹⁰ Idem p. 284.

¹¹ Galindo Garfias Ignacio. Derecho Civil. Editorial Porrúa S.A. México 1973. p. 681.

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

VI.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá a la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo el procedimiento que fije el código respectivo resolverá lo conducente. Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre."

Con las reformas al artículo 282 del Código Civil publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 30 de diciembre de 1997 y que entraron en vigor el Primero de enero de 1998, se adicionó una fracción mas a este artículo, quedando como sigue:

"VII.- La prohibición de ir a un domicilio o lugar determinado para alguno de los cónyuges, así como las medidas necesarias para evitar actos de violencia familiar."

El artículo 283 del Código en cita, reformado establece la obligación que tiene el juez para resolver las sentencias de divorcio y a continuación se transcribe:

"Artículo 283.- La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el juez deberá 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. De oficio o a petición de la parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar a ambos progenitores y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida,

considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.

La protección para los menores incluirá las medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar, las cuales podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.”

Todo lo señalado en los artículos del Código Civil, se refieren a la figura jurídica del Divorcio Necesario, pero no obstante sirven de base como principios generales del derecho, para que el juzgador en Controversias del Orden Familiar tome como base estas directrices jurídicas y las adecúe al caso concreto, ya que tratándose de guarda y custodia, ya lo hemos manifestado que existen hijos fuera de matrimonio que están solicitando los padres de éstos la guarda y custodia de sus menores hijos, y para tal efecto lo harán en vía de controversias del orden familiar, con base en lo dispuesto por el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles.

Debemos hacer hincapié en que de la guarda de menores se desprenden derechos y deberes, siendo los siguientes:

a).- Vigilancia, es la consecuencia directa de la guarda y custodia del menor, que tiene por objeto específico preservar al menor de peligros e impedir que él a su vez perjudique a terceros.

Su incumplimiento puede llegar a acarrear la suspensión en el ejercicio de la patria potestad. Los principales aspectos de la vigilancia son la fiscalización de los actos del menor, los de sus relaciones personales, al cuidado de que no se presente en ambientes inapropiados para su formación física, moral y espiritual; la prohibición de lecturas perniciosas, así como de asistir a espectáculos inconvenientes, etc.

b).- La guarda autoriza a los padres a corregir a sus menores hijos mediante la imposición de sanciones adecuadas, para asegurar su autoridad y el respeto que les es debido.

c).- También se les debe inculcar a los menores, hábitos de trabajo, deber este de los hijos que los vincula con la educación.

d).- Educación, que debe ser un sentido amplio de deber y derecho de superarse de la formación física, espiritual y moral del menor conforme a sus tendencias, aptitudes y capacidad, así como atender a la preparación para una profesión o un oficio.

En conclusión la definición personal que podemos dar de Guarda y Custodia la siguiente: "Es el derecho que tiene el menor para salvaguardar su integridad física, moral y económica, así como es la obligación de los padres velar por la integridad física y desarrollo normal de sus menores hijos." Teniendo en cuenta que el bien tutelado es la protección de los derechos del menor.

2.- LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN A MENORES DE EDAD.

Uno de los elementos de la minoría de edad, es la capacidad de goce que tiene el menor de edad, capacidad de goce que además está restringida en los siguientes casos, según el artículo 148 del Código Civil, está restringido su derecho para celebrar matrimonio del cual se carece antes de los 16 años el hombre y 14 años la mujer y además de que de acuerdo a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 34 manifiesta textualmente:

*Artículo 34.- Son ciudadanos de la República los varones y las mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan además, los siguientes requisitos:
I.- Haber cumplido 18 años y
II.- Tener un modo honesto de vivir.*

El artículo anteriormente citado nos establece la mayoría de edad, por lo tanto son menores de edad los que no hayan llegado a esa edad o bien los mayores de 16 años que hayan sido emancipados, por lo tanto, es importante tener en cuenta que el menor de edad después del nacimiento y debidamente registrado por sus padres o por la persona que lo reconozca, son sujetos de estar bajo la patria potestad de quien la ejerza, en síntesis este es el único elemento que integra y encuadra a los menores de edad, quienes deberán de ser representados como segundo elemento, por sus padres, estar bajo su cuidado y vigilancia, así como de prodigarles el bienestar físico y moral para su normal desarrollo.

El Código Civil establece en sus artículos 646 y 647 lo siguiente:

"Artículo 646.- La mayor de edad comienza a los 18 años cumplidos."

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

Un elemento subjetivo que integra al menor de edad, es la protección que recibe por parte del Estado, al tener derechos que le ayudan y lo protegen de su minoría de edad y en este caso concreto de la capacidad jurídica, los artículos 22 y 23 del Código Civil nos señalan:

"Artículo 22.- La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código."

"Artículo 23.- La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones de la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia..."

En síntesis el artículo antes citado es el único que corresponde al Código Civil sobre la minoría de edad, en estricto derecho nos da la pauta para que una vez más se manifieste que el elemento esencial del menor de edad, es no haber llegado a ser ciudadano.

3.- LA PRESENCIA Y DETERMINACIÓN DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN EL ORDEN FAMILIAR.

Para el Magistrado del Tribunal Superior de Justicia, hoy Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Licenciado Jorge Rodríguez y Rodríguez, en el Tema "Organización Judicial" que escribió para la legislación mexicana Tomo IV, prólogo del Código de Procedimientos Civiles, editado por la Procuraduría General del Distrito Federal, señala la presencia de los Juzgados Familiares en la página 311 y 312 y comenta lo siguiente: "...Empezaremos por decir que la creación de los Juzgados en materia Familiar, surgió en base a la modificaciones que se hicieron a la Organización Judicial, en 1963 a la fecha se sintetizó en la siguiente forma:

Se suprimieron las Cortes Penales para crearse Juzgados Unitarios en materia Penal; desaparecieron los Juzgados Menores que venían funcionando, convirtiéndose en Juzgados Civiles; desaparecieron los Juzgados de Paz dedicados exclusivamente al ramo civil, convirtiéndose en Juzgados Mixtos en materia Civil y Penal; se crearon los Juzgados Familiares y junto con ellos, se dispuso que una Sala Civil de las cinco que venían funcionando conociera de los recursos inherentes a los asuntos tramitados ante los Juzgados Familiares. Estableciéndose posteriormente las Salas Familiares y cinco Civiles, así como cuatro Penales como en la actualidad funcionan..."

Con lo señalado por nuestro Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal que en la Guía de Procedimientos para el Distrito Federal actualizada a febrero de 1993 de la editorial Porrúa existe confusión, toda vez que da datos diferentes a lo aseverado por Rodríguez y Rodríguez, señalando que los Juzgados de lo familiar, fueron creados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, actuando en Tribunal Pleno el día 16 de junio de 1971, Juzgados de lo Familiar que fueron creados para conocer exclusivamente de la materia familiar, en los términos del artículo 58 de la entonces Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal, así como en el presente Código Procesal Civil, principalmente en lo relativo al capítulo único del Título Décimo Sexto del Código ya citado, correspondiente De las Controversias del Orden Familiar, que empieza con el artículo 940, del Código ya citado, que da la pauta para tener bases de la materia que manejarán estos juzgados, y a continuación se transcribe el artículo en cita:

"Artículo 940.- Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquella la base de la integración de la sociedad."

Con la adición de este Título al Código de Procedimientos Civiles, queda plasmada la presencia y determinación de los Organos Jurisdiccionales en lo relativo a la materia Familiar, toda vez que el único Juez que está facultado para resolver problemas de tipo familiar son los jueces de la materia. A continuación como tema obligado hablaremos de:

DE LAS SALAS FAMILIARES.- Las Salas de lo Familiar, en los asuntos de los Juzgados de su Adscripción conocerán:

I.- De los casos de Responsabilidad Civil y de los recursos de apelación y queja que se interpongan en asuntos de materia Familiar, contra las resoluciones dictadas por los Jueces del mismo ramo;

II.- De las excusas y recusaciones de los Jueces del Tribunal Superior de Justicia en asuntos del orden familiar;

III.- De las competencias que se susciten en materia Familiar entre las autoridades judiciales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, y

IV.- De los demás asuntos que determinen las leyes.

Este artículo es el 45 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, que señala que conocerá la Sala Familiar, haciendo este mismo artículo hincapié, que tratándose sobre asuntos que versen sobre custodia de menores, se pronunciarán las resoluciones de manera colegiada y no unitariamente.

Es interesante analizar que así en materia civil y penal, en materia familiar está la presencia del Tribunal de Alzada, que corresponde en materia Familiar a las Salas Décimo Tercera y Décimo Cuarta, que como ya indicamos van a conocer las actuaciones que en su momento oportuno realizó el Juez de lo Familiar, y lógicamente conocerán a instancia de parte, por medio de los recursos señalados en los artículos que comprende el Título Décimo Segundo Capítulo I, II, III y IV del

Código de Procedimientos Civiles que respectivamente nos hablan de las Revocaciones y Apelaciones, de la Apelación Extraordinaria, de la Queja y por último de la Responsabilidad Civil, todos estos recursos sirven para salvaguardar la equidad dentro del procedimiento judicial en materia civil y familiar.

La presencia del juez de lo familiar que es la que mas nos interesa, ha existido desde el mismo inicio del Derecho, ya que esta presencia nace con la Institución que norma y regula las relaciones familiares, ya que sin esta regulación de normas, el Juez no tendría elementos para poder resolver, específicamente. Al Juez de lo Familiar se le conoce a partir del año de 1963, que da nacimiento a los Juzgadores de la Rama Familiar, que específicamente van a conocer todo lo relacionado con la familia, el estado de las personas y las sucesiones.

4.- ACCIÓN INQUISITORIA DEL JUZGADOR EN EL ORDEN FAMILIAR EN LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES.

Como se mencionó en el punto anterior, el único facultado para resolver problemas de controversias del orden familiar, es el Juez de la materia, y en consecuencia de la "guarda y custodia de menores", siendo el tema que nos ocupa, y al respecto diremos que es la misma Ley en el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles, que faculta al Juez, dándole una discrecionalidad para los efectos de que intervenga de oficio en los asuntos que afecten a la familia, principalmente tratándose de menores y de alimentos, y cuando al juez de lo familiar se le turna una demanda de controversia relativa precisamente a la guarda

de un menor, dicta como medida provisional al momento de admitir la demanda que se le plantea, tomándose en consideración únicamente el dicho y las pruebas que ofrece el promovente de las controversias del orden familiar, y en un acto por demás unilateral, y violando las garantías individuales del demandado, dicta una medida provisional que afecta los intereses de la otra parte, por el motivo de que no ha sido llamado, ni oído en juicio, justificándose tal facultad, en el sentido de que los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, no obstante pensamos, que precisamente en eso consiste la "Acción inquisitoria que faculta al juzgador para dictar sus medidas provisionales". Más adelante trataremos la problemática de los acuerdos que le recaen a un escrito de demanda, en donde se aprecia perfectamente que el juzgador de una manera unilateral concede la guarda y custodia provisional al promovente y en determinados casos, apercibe a la parte demandada para que se abstenga de causar molestias a la promovente y a sus menores hijos, sin que como se ha dicho anteriormente, escuche la versión de la parte demandada.

Es importante hacer notar que el Juez de lo Familiar en base al Capítulo de Controversias del Orden Familiar, tiene la potestad ilimitada para tratar de solucionar los problemas familiares, facultad que le confiere la acción inquisidora que señala la misma ley, y para los efectos de confirmar nuestra opinión que hemos señalado, a continuación transcribimos una tesis jurisprudencial emitida por el Cuarto Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito:

***PATRIA POTESTAD, DECISIÓN SOBRE LA, EN LA SENTENCIA DE DIVORCIO.** Con motivo de la reforma del artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, proveniente del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de veintisiete de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, vigente noventa días después, los juzgadores disponen de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes, tanto a la patria potestad en general, como a la custodia y al cuidado de los hijos en particular, en las sentencias que decreten el divorcio. Como todos los casos en que se prevé una facultad discrecional, el ejercicio de ésta no implica simplemente que el órgano jurisdiccional cuente con un poder arbitrario de decisión, sino que su desempeño debe traducirse siempre en el examen escrupuloso y en la evaluación razonada de todos los elementos con que se cuenta, y que sean susceptibles de conducir a la emisión del juicio más adecuado al fin que persigue la ley cuando concede dicha facultad. Respecto a la situación de los hijos en caso de divorcio, no debe pasar desapercibido que como consecuencia de la referida reforma legal, el sistema de pérdida de la patria potestad como pena al responsable de la disolución del vínculo matrimonial quedó suprimido y esta circunstancia debe eliminar la idea de valorar las cosas en función de determinar una culpabilidad para imponer una sanción. Es claro que la ley tiene una meta más alta, que incluso no se reduce a evitar a los hijos el sufrimiento de un año, sino a lograr lo que más les beneficie dentro del nuevo estado de cosas en los órdenes familiares, social y jurídico, originados por la separación de los esposos. Esto explica que con las resoluciones que pronuncien, los jueces pueden generar la más amplia gama de situaciones por la combinación de poderes y personas que tendrán que ver con los hijos en cuanto a su sostenimiento, cuidado, educación, administración de bienes, etc., pues se puede decretar la pérdida, la suspensión, o bien la limitación de la patria potestad; se puede asimismo dar la intervención a ambos padres, a uno solo, o a otras personas que conforme a la ley corresponda el ejercicio de dicha patria potestad o, en un caso extremo, a un tutor. De ahí que si para resolver sobre la situación de los hijos al decretar el divorcio, el órgano jurisdiccional no hace una evaluación pormenorizada de todos los elementos de juicio a su alcance o no razona debidamente su determinación, ello

significará la existencia de un uso indebido de la facultad discrecional prevista en la disposición en comento”.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Octava Epoca:

Amparo directo 3504/88. Llya Isabel López González. 30 de noviembre de 1988. Unanimidad de votos.

Amparo directo 3739/88. María del Carmen Martínez Ramírez. 8 de diciembre de 1988. Unanimidad de votos.

Amparo directo 924/89. Hilda Elizabeth García Ortiz. 11 de mayo de 1989. Unanimidad de votos.

Amparo directo 2659/88. Eliana Cazenave Tapie Isoard. 7 de diciembre de 1989. Unanimidad de votos.

Amparo directo 634/90. Bertha Ruiz Alazáñez. 15 de marzo de 1990. Unanimidad de votos.

NOTA: Tesis I. 4° C. J/21, Gaceta número 28, pág. 49; Semanario Judicial de la Federación, tomo V, Segunda Parte-2, pág. 705.

De la tesis jurisprudencial que acabamos de enunciar y que comprende la facultad discrecional que tiene el juzgador en base al artículo 283 del Código Civil, tratándose de divorcios, no incluye lo relacionado a los hijos nacidos fuera de matrimonio. A continuación transcribiremos una tesis sobre las Medidas Provisionales, que a la letra dice:

“CUSTODIA DE MENORES, LA MEDIDA PROVISIONAL RELATIVA, ES ACTO DE IMPOSIBLE REPARACIÓN, RECLAMABLE EN AMPARO INDIRECTO.

D e acuerdo con lo dispuesto por el artículo 107 fracción III, inciso b), Constitucional y 114 fracción IV de la Ley de Amparo, procede el amparo indirecto ante el juez de Distrito cuando los actos en el juicio, tienen una ejecución de imposible reparación al efectuar de manera cierta e inmediata algún derecho sustantivo protegido por las garantías individuales, de modo tal que esa afectación no sea susceptible de repararse con el hecho se obtener una sentencia favorable en el juicio, **por haberse consumado irreparablemente la violación en el disfrute de la garantía individual de que se trate.** Por

tanto, no pueden ser considerados como actos reparables aquellos que tengan como consecuencia una afectación sustantiva, pues los efectos de ese tipo de violaciones no son de carácter formal que pudieran ser reparables si el afectado obtuviera una sentencia favorable, al no surtir alguna de las hipótesis previstas en el artículo 159 de la Ley de Amparo. De acuerdo con los criterios anteriores si se reclama la medida provisional relativa a custodia de menores en un juicio de divorcio, debe establecerse que procede el amparo indirecto, puesto que se trata de un acto dentro del juicio de ejecución irreparable, en tanto que se afecta de modo inmediato derechos sustantivos, a saber los derivados de la patria potestad, ya que por una parte se priva al progenitor de la custodia de sus hijos menores, con la consecuencia de no tener el goce y disfrute de ellos, y, por otra, de deja a éstos ante una situación en que se ven afectados en su seguridad, además, aun suponiendo que la sentencia que pusiera fin al juicio fuera favorable al progenitor al que se le hubiera privado de la custodia de sus hijos y lo restituyera en su goce, de ningún modo podría restituirle la privación de que fue objeto **por el tiempo que estuvo en vigor la medida provisional**, ni tampoco a los hijos se les podrá restituir la seguridad de que fueron privados en el lapso correspondiente a esa medida".

Octava época:

Instancia: Pleno; fuente Apéndice de 1995; Tomo IV, Parte Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis 195, pág. 133.

Contradicción de tesis 5/91. Entre las sustentadas por el Segundo y Tercer Tribunal Colegiados en materia Civil del Tercer Circuito. 10 de septiembre de 1992. Unanimidad de 19 votos.

NOTA: Tesis P./J.37/92. Gaceta núm. 59, pág. 11; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación. Tomo X- noviembre, pág. 23.

En este mismo Capítulo hicimos mención de que las medidas provisionales dictadas por el juez de lo familiar, en el cual manifestamos la opinión de que al dictarse las mismas, podían en un momento dado vulnerar las garantías

individuales de los progenitores, motivo por el cual se enunció la tesis anterior para apoyar nuestra idea.

5.- DIFERENCIAS ENTRE LA GUARDA Y CUSTODIA Y LA PATRIA POTESTAD.

Para poder establecer las diferencias que existen entre la Guarda y Custodia y la Patria Potestad, es pertinente hablar sobre lo que es cada una de estas Instituciones y al efecto hablaremos de la segunda, que es la PATRIA POTESTAD, en virtud de que en el punto número 1 del presente Capítulo ya nos referimos a la GUARDA Y CUSTODIA, por lo que empezaremos por decir que la PATRIA POTESTAD se origina de la filiación. Es un deber y una obligación con cargo a los padres, y una respuesta de los hijos a honrar y obedecer a sus padres. que procederemos a referimos a la PATRIA POTESTAD, también diremos que se trata de una institución promotora y protectora de la persona y bienes de los menores no emancipados.

También es importante hacer alusión a la naturaleza jurídica de la misma, y veremos que se trata de una institución - potestad y función - consideramos que lo más importante, independientemente de su naturaleza jurídica, es el objetivo de la misma, que será la asistencia, el cuidado y la protección de las personas menores de edad no emancipadas; asimismo podemos decir que es un cargo de derecho privado, que debe desempeñarse en protección de los hijos y del interés

público. Institución cuyo origen y fundamento se encuentra en la filiación. Y al respecto diremos que al existir la relación jurídica paterno-filial, surgen automáticamente todos los deberes, derechos y obligaciones de la patria potestad, que ejercen los progenitores sobre los hijos menores. Nuestra legislación no distingue entre hijos según su origen. La patria potestad como deber y derecho se ejerce siempre que exista la relación jurídica paterno-filial. Se ejerce por ambos progenitores en el matrimonio y también por ambos en el caso de hijo nacido fuera de matrimonio cuando los padres viven juntos. En caso de divorcio o separación, uno de ellos ejercerá la patria potestad y el otro puede conservarla o perderla según las circunstancias.

La Patria Potestad es una institución que se presenta como de asistencia, protección y representación de los niños y niñas cuya filiación este clara y legalmente establecida . En 1827 José María Alvarez la definió como " Aquella autoridad y facultades que tanto el Derecho de Gentes como el Civil conceden a los padres sobre sus hijos con el fin de que éstos sean convenientemente educados."¹²

El maestro Galindo Garfias la define: "La autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados", de acuerdo a esta definición , encontramos que la Patria

¹² Alvarez José María. Instituciones de Derecho de Castilla y de Indias. T. I UNAM Méx. 1982 p. 117.

Potestad no es propiamente una potestad, sino una función propia e inherente de la paternidad y la maternidad.

El maestro Juan Antonio González la define como "El poder que los ascendientes ejercen sobre la persona y bienes de sus descendientes menores de edad hasta que llegan éstos a la mayoría de edad o se emancipan"¹³. De lo anterior podemos concluir que la patria potestad descansa en la paternidad y en la maternidad. Por lo tanto tiene lugar no sólo sobre los hijos nacidos de matrimonio; también nace en los descendientes habidos fuera de matrimonio. Es decir, la patria potestad está constituida por un conjunto de deberes, que recaen sobre los progenitores, para cuyo cumplimiento la ley otorga correlativos derechos.

Ahora bien, el ejercicio de la patria potestad puede ser ejercida por ambos concubinarios, o por uno de ellos. El artículo 415 del Código Civil, establece reglas sobre el particular, al expresar que cuando los progenitores han reconocido al hijo nacido fuera del matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad, pero si viven separados, se observará, en su caso, lo dispuesto por los artículos 380 y 381 del Código Civil, que establecen la forma y manera como se reconocen hijos y quién ejerce la custodia. Por ejemplo: si el padre y la madre no viven juntos y ambos reconocen al mismo tiempo, entre ellos decidirán quien ejerce la custodia, y de no ponerse de acuerdo, el juez de lo familiar decidirá. En caso de reconocimiento sucesivo, quien reconozca primero, si no viven juntos, ejercerá la Custodia.

¹³ González Juan Antonio. Elementos de Derecho Civil. Editorial Porrúa S.A. p.p 79-80.

La patria potestad es tan importante que sin ella no existiría la posibilidad de la guarda y custodia, ya que sólo los padres o tutores que ejercen la patria potestad sobre los menores, tienen derecho a tenerla o bien a solicitarla ante el juez de lo familiar. Podemos agregar, que los efectos de la mayoría de edad acaban con la patria potestad, y así lo dispone la ley, toda vez que el Código Civil en el artículo 443 en su fracción III, establece que ésta se acaba por la mayor edad del hijo. En efecto la mayoría de edad termina con la patria potestad, pero no la relación de padres e hijos, ni el parentesco, lo que se expresa en el artículo 411 del Ordenamiento en cita, que a continuación se transcribe:

"Artículo 411.- Los hijos, cualesquiera que sea su estado o edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes".

Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo su potestad, además tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen con las limitaciones que para ello establece el Código Civil, así también los que la ejercen poniéndose de común acuerdo deberán de representar a su hijo en juicio. Normalmente esta situación se da cuando hay juicios sucesorios, de rectificación de acta del menor, transcribiéndose a continuación una Tesis con relación a la representación:

**"REGISTRO CIVIL, RECTIFICACIÓN DEL ACTA DEL,
EN FUNCIÓN DEL EJERCICIO DE LA PATRIA
POTESTAD, RESPECTO DE ÉSTOS NACIDOS**

DENTRO O FUERA DE MATRIMONIO, SI AMBOS PROGENITORES LO PRESENTARON.-

Si los progenitores de una menor al presentarla ante el juez del registro Civil manifiestan que es hija suya, así como que viven juntos, es obvio que el ejercicio de la patria potestad de dicha menor, ya sea hija de matrimonio o no, corresponde a ambos, es decir tanto al padre como a la madre, dado lo preceptuado por los artículos 414, fracción I, 415 del Código Civil para el Distrito Federal; por lo que de conformidad con el artículo 427 del citado ordenamiento, para ejercitar a nombre de la menor la acción de rectificación de su acta de nacimiento, es necesario que sus dos progenitores lo hagan conjuntamente."

AMPARO DIRECTO 2416/80. MARÍA DEL OLVIDO MAYELA TAKAMI BARAJAS. 2 DE JULIO DE 1981. 5 VOTOS. PONENTE: GLORIA LEÓN ORANTES.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. SÉPTIMA ÉPOCA. VOLÚMENES 151-156. JULIO-DICIEMBRE DE 1981. CUARTA PARTE. TERCERA SALA. PÁG. 276.

Ahora pasaremos a establecer las diferencias que existen entre la guarda y custodia y la patria potestad: Cuando cesa la convivencia de los padres, ya sea por una separación o divorcio, ambos tienen la patria potestad de los hijos, pero la guarda no puede ser asumida por ambos progenitores, y es inevitable atribuirla a uno o a otro, en este sentido, la propia ley establece que la guarda y custodia le corresponde a la madre, cuando se trata de menores de siete años. Otra diferencia entre estas dos instituciones, consiste en que la patria potestad es inalienable e indelegable, e irrenunciable en cambio la custodia si es transmisible por convenio entre las personas que deben ejercerla e incluso se puede delegar a personas distintas ya sean físicas, como serían parientes, o morales como instituciones educativas; además es imprescriptible, toda vez que su existencia no depende de su ejercicio continuo o de la falta de ejercicio. Del mismo modo encontramos que la patria potestad cuando existe algún conflicto entre los padres del menor de edad,

no importa que dicho menor tenga menos de siete años, la patria potestad se le otorgará a quien acredite tener la razón ante el juzgador, para que éste decida a quien le corresponderá ejercer la misma sobre el menor de que se trate. En cambio tratándose de la guarda y custodia, como ya lo hemos mencionado el propio Código Civil en su artículo 282 fracción VI, dispone que la guarda de los hijos menores de siete años le corresponde a la madre, y asimismo el juez con las amplias facultades que la ley le concede, en el caso de que el menor cuenta con más de siete años de edad, aquel en presencia de ambos progenitores y del menor, oirá a éste precisamente, para poder determinar dicho juzgador a quien de los dos le corresponderá la guarda y custodia. La patria potestad es temporal, en virtud de que se extingue por la mayoría de edad de los hijos, pero puede extinguirse por alguna de las causas previstas por la ley. También podemos señalar otra diferencia consistente en que, mientras la guarda y custodia solo comprende los cuidados del menor la patria potestad abarca tanto a su persona como a sus bienes, ya que las persona que tienen la patria potestad están obligadas a administrar los bienes en interés del menor y además de entregándoselos cuando este se emancipe, siempre y cuando sean de ellos, y la guarda y custodia el que la ejerza únicamente atenderá al cuidado de la persona del menor y para ello lo corregirá y le proporcionara una educación adecuada para su sano desarrollo físico y mental.

CAPITULO III

DISPOSICIONES, CRITERIOS Y ESTUDIOS EMITIDOS DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES EN MATERIA FAMILIAR DE LAS CONTROVERSIAS QUE CONOCEN EN LO RELATIVO A LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES.

1.- DISPOSICIONES:

a).- CONSTITUCION FEDERAL DE LA REPUBLICA.

En el artículo 109 Constitucional nos habla de la Responsabilidad de los Servidores Públicos, y para nuestro trabajo de tesis, la responsabilidad de los órganos jurisdiccionales pertenece a los Servidores Públicos, a continuación el artículo 109 se transcribe:

" Artículo 109 .- El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados , dentro de los ámbitos de sus respectivas competencias expedirán las Leyes de responsabilidad de los servidores públicos y las demás normas conducentes a sancionar a quienes, teniendo este carácter, incurran en responsabilidad, de conformidad con las siguientes prevenciones:

I.- Se impondrán, mediante juicio político, las sanciones indicadas en el artículo 110 a los servidores públicos señalados en el mismo precepto cuando en el ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho.

...III.- Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad , honradez , lealtad, imparcialidad y

eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.

Los procedimientos para la aplicación de las sanciones mencionadas se desarrollarán autónomamente. No podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza...

Cualquier ciudadano, bajo su más estricta responsabilidad y mediante la presentación de elementos de prueba, podrán formular denuncia ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión respecto de las conductas a las que se refiere el presente artículo".

De lo anterior se desprende, que el juicio político se presenta como un instrumento para remover a los servidores públicos de alta jerarquía (ya sea por incompetencia, negligencia, arbitrariedad, deshonestidad, etc.), pero sin entregar a un órgano político como necesariamente es el Congreso, la potestad para privarlo del patrimonio, de la libertad o de la vida, función esta última que exige la imparcialidad de un juez en sentido estricto, para evitar los excesos de la pasión política.

Como se expresó anteriormente, el artículo 110 establece:

"Artículo 110.- Podrán ser sujetos de juicio político los Senadores y Diputados del Congreso de la Unión, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Secretarios de Despacho, los Jefes de Departamento Administrativo, los representantes de Asamblea del Distrito Federal, el titular del órgano u órganos de gobierno del Distrito Federal, el Procurador General de la República, el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, los Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito, los Magistrados y Jueces del Fuero común del Distrito Federal, los Directores Generales o sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos..."

Las sanciones consistirán en la destitución del servidor público y en su inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público..."

Este artículo se reformó el 10 de agosto de 1987, quedando comprendidos la regulación a los sujetos, las sanciones, los órganos y el procedimiento para la substanciación del juicio político.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece el plazo y término por medio del cual se deberá de iniciar la denuncia para el procedimiento del juicio político, y para tal efecto el artículo dice:

"Artículo 114.- El procedimiento del juicio político sólo podrá iniciarse durante el período en que el servidor público desempeñe su cargo y dentro de un año después. Las sanciones correspondientes se aplicarán en un período no mayor de un año a partir de iniciado el procedimiento..."

El artículo citado, se debe a la importancia con que cuenta el gobernado para defender los derechos que le son violados por el juzgador, llegando hasta el juicio político.

Por cuanto al tema medular del presente trabajo, nuestra Carta Magna en su artículo 4° que es el precepto que se refiere al bienestar de los menores y a continuación se transcribe la parte conducente del artículo en cita:

" Artículo 4° .- ... Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La Ley determinara los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas."

Adoptando el pensamiento de su homólogo en 1857, el constituyente de 1917 dejó, casi en sus términos, después de una amplia discusión, los principios básicos sustentados en el precepto constitucional que nos ocupa.

En iniciativa presentada en el Congreso de la Unión por el Presidente de la República Licenciado Luis Echeverría, con fecha 18 de septiembre de 1974, expreso este funcionario que una decisión fundamental del pueblo mexicano ha sido preservar la independencia nacional, con base en la vida solidaria y la libertad de quienes integran el país.

El análisis cualitativo y cuantitativo de varias actividades, llevo al Congreso de la Unión a elevar al plano constitucional la igualdad plena entre hombres y mujeres.

En el párrafo final , que es el que nos interesa se dice que es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a su salud física y mental, al respecto se ha considerado innecesaria la incorporación de este otro legítimo derecho en la constitución general, debido a que se estima que deben ser las normas del derecho común las que regulen la garantía del menor a una existencia placentera, aparte la circunstancia de ser muy amplia la gama y contenido de todas las cuestiones que atañen a la protección de los menores.

Lo que ocurre, según nuestro particular modo de observar el fenómeno social y legal correspondiente, es que la totalidad de las disposiciones o normas jurídicas, sean del orden civil, penal, laboral, o procesal, si se les examina con paciencia y detenimiento , se desprende de ellas el trato que debe darse a los menores en sus relaciones sociales como persona, pero no se consideran sus derechos específicos, ni dentro de la familia, ni en la comunidad donde habitan,

mucho menos los del medio donde se desarrollan. La desatención en que se mantiene a varios menores, la explotación de que son víctimas, el mal trato al que en ocasiones se les sujeta , todo ello está demostrando la necesidad de un orden jurídico de mayor jerarquía para su protección y la existencia de un sistema administrativo dentro del cual puedan moverse las autoridades sin afectar el interés privado, para exigir el cumplimiento de las garantías mínimas que les corresponden.

Las Leyes reglamentadas que provengan de la norma constitucional tendrán que ser las que resuelvan para el futuro inmediato las formas de protección que garanticen la vida, la seguridad, la subsistencia, y educación de dichos menores así como las que otorguen a la instituciones públicas que deban de encargarse de llevarla a la práctica, tan hermosa intención de nuestro constituyente. Por el momento el principio ha quedado consignado en la Carta fundamental y estamos seguros de que nadie dudará de su nobleza e importancia.

b).- CÓDIGO CIVIL FEDERAL Y DE APLICACIÓN PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Los antecedentes de este Código ya han quedado detallados en el Capítulo del Apartado 3 del presente trabajo. El Código de referencia rige en el Distrito Federal y en los Territorios Federales; pero sus disposiciones obligan a todos los habitantes de la República, cuando se aplica como supletorias las Leyes Federales, en los casos en que la Federación fuere parte y cuando expresamente lo manda la Ley. En estos casos, las disposiciones del Código Civil no tienen

carácter local ; con toda propiedad puede decirse que están incorporadas , que forman parte de una Ley Federal y , por lo mismo , son obligatorias en toda la República.

Además , quedaría, desvirtuado el propósito de uniformidad buscado por el legislador al declarar de competencia federal la materia respectiva, si se aplicarán como supletorias las diversas legislaciones civiles de los 28 Estados de la Federación.

Al respecto y para reafirmar la uniformidad del Código Civil Federal , el artículo 89 Constitucional señala lo siguiente:

***Artículo 89.- Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:**

...XII. Facilitar al Poder Judicial los auxilios que necesite para el ejercicio expedito de sus funciones*.

En el Código Civil, como se trata de una ley sustantiva no contiene precepto alguno que se refiera a la Responsabilidad del juzgador, por cuanto a la guarda y custodia de menores, además de que tal ordenamiento es de aplicación local para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal.

c).- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Las disposiciones que contienen la responsabilidad de los órganos jurisdiccionales en materia familiar, de las controversias que conocen en lo relativo a la guarda y custodia, son primordialmente el artículo 159, 940, 941, 942, habiendo otros artículos que propiamente son de procedimiento en general, como lo es, lo relativo a los recursos, que en un momento dado vienen a regular los excesos que tienen los jueces en general a los intereses del afectado que los promueve, ya que es la única solución que menciona la ley para el caso de inconformidades que tenga el agraviado en contra de las resoluciones emitidas por jueces en general de la materia civil, ya se trate de autos, sentencia interlocurias o sentencias definitivas, pero aplicando el criterio que se ha estado viniendo señalando en nuestro trabajo de tesis, nos toca hablar de las disposiciones, criterios y estudios emitidos por los órganos jurisdiccionales en materia familiar; a continuación señalamos el contexto del artículo primero del Código de Procedimientos Civiles, que a la letra dice:

"Artículo 1.- Solo puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él, quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena y quien tenga el interés contrario".

De la lectura del artículo citado, consideramos que esta es la entrada para llegar a un procedimiento por medio del cual vamos a dirimir cualquier controversia del orden familiar, en el caso concreto la guarda y custodia de menores, en tal situación quienes van a iniciar el procedimiento, pues serán el padre o la madre del menor, que esté ejerciendo la patria potestad, para solicitar la guarda y custodia para él, el elemento esencial para demostrar el interés para acudir ante el órgano

jurisdiccional a solicitar la acción que se pretenda, es el acta de nacimiento expedida por el Juez del Registro Civil, en donde se acredita la filiación, concretándose en ese momento el interés.

El artículo 159 del Código de Procedimientos Civiles, señala:

"Artículo 159.- De las cuestiones sobre estado o capacidad de las personas y en general de las cuestiones familiares que requieran intervención sea cual fuere el interés pecuniario que de ellas dimanare, conocerán los jueces de lo familiar".

Del artículo que acabamos de señalar se desprende el criterio del legislador para fijar la competencia respecto al juez de lo familiar, quien deberá de estarse a lo señalado en el precepto antes citado. Por último hablaremos de lo dispuesto en del Título Décimo Sexto. Capítulo Unico del Código de Procedimientos Civiles, de las Controversias del orden Familiar, que no es un juicio ordinario, son controversias en donde el afectado acreditará su interés, por escrito o por comparecencia, es decir podrá acudir ante el juez de lo familiar a solicitar o demandar cualquiera de las figuras jurídicas que se contemplan en las Controversias del Orden Familiar, que básicamente es todo lo relacionado a los problemas inherentes de la familia, como se ha estado manifestando, contando para ello el juez con la facultad discrecional y la potestad de que está investido, otorgados por los artículos que a continuación se transcriben:

"Artículo 940.- Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquella la base de la integridad de la sociedad".

"Artículo 941.- El juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia especialmente tratándose de menores y de alimentos, decretando las medidas que tiendan a preservarla y a proteger a sus miembros.

En todos los asuntos del orden familiar los jueces y tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes, en sus planteamientos de derecho.

En los mismos asuntos con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que puede evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento".

"Artículo 942.- No se requieren formalidades especiales para acudir ante el juez de lo familiar cuando se solicite la declaración, preservación o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos, de matrimonio o de las diferencias que surjan entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de maridos, padres y tutores y en general todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial".

"Artículo 943.- Podrá acudirse al juez de lo familiar por escrito o por comparecencia personal, en los casos urgentes a que se refiere el artículo anterior, exponiendo de manera breve y concisa los hechos de que se trate.

Con las copias respectivas de esa comparecencia y de los documentos que en su caso se presenten, se correrá traslado a la parte demandada, la que deberá comparecer, en la misma forma dentro del término de nueve días. En tales comparecencias las partes deberán ofrecer las pruebas respectivas. Al ordenarse ese traslado, el juez deberá señalar día y hora para la celebración de la audiencia respectiva. Tratándose de alimentos, ya sean provisionales o los que se deban dar por contrato, por testamento o por disposición de la ley, el juez fijará a petición del acreedor, sin audiencia del deudor, y mediante la información que estime necesaria una pensión alimenticia provisional mientras se resuelve el juicio..."

De una manera ilustrativa nos permitimos plasmar un caso práctico de Controversias del Orden Familiar, adecuado al caso de guarda y custodia.

Es importante señalar que a partir de la creación de la Oficialía de Partes Común del Tribunal Superior de Justicia, se terminaron las comparecencias personales ante el Juez de lo Familiar, mas sin embargo a últimas fechas y siendo el actual presidente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal el Licenciado JORGE RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, en una acción por demás populista y política y para dejar un precedente de su paso ante ese Tribunal, le dió más auge a las comparecencias personales para las Controversias de Alimentos, con la modalidad de que las personas que van a comparecer, primero tienen que presentarse ante la Oficialía de Partes Común a recibir su ficha, para que pasen a hacer su comparecencia personal ante el Juzgado de lo Familiar que les hayan asignado, esta es la única comparecencia personal que hasta la fecha prevalece, ya que las demás controversias se hacen por escrito y se presentan por conducto de la Oficialía de Partes Común, y se asigna el juzgado correspondiente.

Asimismo es importante hacer mención a la Competencia que se debe de tomar en consideración para los efectos de que una demanda se lleve a cabo ante el Juez que corresponda, para esos efectos los artículos 143, 156, del Código de Procedimientos Civiles, son los que la fijan, a continuación transcribiremos dichos artículos:

"Artículo 143.- Toda demanda debe formularse ante juez competente".

"Artículo 156.- Es juez competente:

...IX.- En los negocios relativos a la tutela de los menores e incapacitados, el juez de la residencia de éstos para la designación del tutor, el del lugar donde se hayan presentado los pretendientes;

X.- En los negocios relativos a suplir el consentimiento de que quien ejerza la patria potestad, o impedimentos para contraer matrimonio, el del lugar donde se hayan presentado los pretendientes.

XI.- Para decidir las diferencias conyugales y los juicios de nulidad de matrimonio, lo es el domicilio conyugal;

XII.- En los juicios de divorcio, el Tribunal del domicilio conyugal y en caso de abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado;

XIII.- En los juicios de alimentos, el domicilio del actor o del demandado a elección del primero".

Por último mencionamos los requisitos de la demanda en materia familiar, y en todo asunto contencioso que afecta a los miembros del núcleo familiar se tramita esencialmente en dos vías: En la vía ordinaria civil y en la vía de controversias del orden familiar. Por exclusión, esta última opera, de acuerdo al artículo 942 del Código Procesal Civil, cuando se solicita la declaración, preservación o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de diferencias que surjan entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes, educación de los hijos, oposición de maridos, padres y tutores y en general todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial. Entre estas últimas podemos citar la relativa a la **GUARDA Y CUSTODIA** de los hijos que, por lo regular es inherente a la petición de alimentos.

Para el Licenciado Lázaro Tenorio Godínez, Juez Décimo Sexto de lo Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal la influencia de las Controversias del Orden Familiar y su regulación es lo siguiente: "Sobre este rubro es conveniente precisar que no se alteró ninguno de los artículos del título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles denominado "De las Controversias del Orden Familiar"; sin embargo, ahora cobra mayor importancia lo ordenado en el artículo 156 que a la letra dice "En todo lo no previsto y en cuanto no se opongan a lo ordenado por el presente capítulo, se aplicarán las reglas generales de este Código". Luego entonces, el estudio debe partir de un serio análisis para determinar que disposiciones del juicio ordinario civil podrían aplicarse a las Controversias del Orden Familiar, que no estén previstas y no se opongan a las reglas del capítulo UNICO enunciado; para esto será necesario hacerlo ordenadamente, ocupándonos de cada fase procesal.

De las Controversias del Orden Familiar en las que se subsume el ofrecimiento y preparación de las pruebas, observamos que, el artículo 943 del Código Adjetivo Civil establece una regulación específica, simplificando formalismos aplicables solo a los juicios ordinarios. Así tenemos que no se requiere precisar fundamentos de derecho, en los hechos, se pueden omitir el nombre y apellidos de los testigos; las pruebas se ofrecen en las propias comparecencias, ya sean verbales o escritas, sin necesidad de explicar, razonar, solicitar la citación para absolver posiciones, etc."¹⁴

¹⁴ Anales de Jurisprudencia . Tribunal Superior de Justicia del Distrito de Federal. Abril , Mayo y Junio p.p 216-217.

MODELO DE DEMANDA DE GUARDA Y CUSTODIA.

LÓPEZ CASTRO NORMA ANGÉLICA
VS
ENRIQUE ABREGO CERVANTES.
CONTROVERSIA DEL ORDEN
FAMILIAR. GUARDA Y CUSTODIA
DE MENOR.
ESCRITO INICIAL DE DEMANDA.

**C. JUEZ DE LO FAMILIAR EN TURNO DEL
DISTRITO FEDERAL.**

NORMA ANGÉLICA LÓPEZ CASTRO, por mi propio derecho y en representación de mi menor hija VERÓNICA ABREGO LÓPEZ y señalando como domicilio para oír y recibir toda clase de notificaciones el despacho marcado con el número 5, del edificio 43 de las calles de República de Chile, colonia Centro, delegación Cuauhtémoc, código postal 06000, y autorizando en términos del artículo 112 del Código de Procedimientos Civiles al C. Licenciado ALBERTO HERNÁNDEZ MAYAGOITIA, así como al C. Pasante de Derecho RICARDO SOLIS PÉREZ, ante Usted de la manera más atenta comparezco y expongo:

Que por medio del presente escrito y en Vías de Controversias del Orden Familiar, vengo a demandar al señor ENRIQUE ABREGO CERVANTES, la GUARDA Y CUSTODIA A MI FAVOR de mi hija VERÓNICA ABREGO LÓPEZ, señalando como domicilio del demandado el que se ubica en las calles de Otilia número 118, en la colonia Guadalupe Tepeyac, código postal

07840, delegación Gustavo A. Madero de esta Ciudad, demandándole las prestaciones que a continuación se precisan:

a).- LA GUARDA Y CUSTODIA a favor de la suscrita de mi menor hija VERÓNICA ABREGO LÓPEZ, con todas las consecuencias legales inherentes, en el domicilio que se ubica en las calles de Alfarería número 46, en la colonia Morelos.

FUNDAN LA DEMANDA LOS SIGUIENTES HECHOS Y PRECEPTOS DE ORDEN LEGAL:

H E C H O S .

1.- Con fecha 10 de enero de 1993, la suscrita y el hoy demandado comenzamos a tener relaciones amorosas, que dieron como resultado el nacimiento de nuestra menor hija VERÓNICA ABREGO LÓPEZ, quien nació el día 23 de diciembre de 1993, llevándola a registrar el 14 de enero de 1994, reconociéndola tanto la suscrita como el hoy demandado en ese mismo acto, acto jurídico que justifico con el Acta de Nacimiento correspondiente, toda vez que la suscrita jamás se casó civilmente con el padre de mi hija.

2.- La suscrita ha vivido con su menor hija en el domicilio de Alfarería número 46, en la colonia Morelos de esta Ciudad, siendo yo quien siempre se ha encargado de la manutención y de todas las necesidades de mi

menor hija, ya que ésta tiene a la fecha tres años de edad, en virtud de que su padre ENRIQUE ABREGO CERVANTES se desentendió por completo, tanto de la suscrita como de su menor hija, ya que después de registrarla, éste se ausentó por más de dos años, testigos de estos hechos han sido mis padres los señores Manuel López Caballero y Leonor Castro Santos, personas a quienes me comprometo presentar en su momento procesal.

3.- Resulta que el día 15 de septiembre de 1996 y siendo aproximadamente las Nueve de la Noche se presentó el hoy demandado en mi domicilio que ya he señalado, para informarme que se llevaría a vivir con él a mi menor hija VERÓNICA ABREGO LÓPEZ, hecho por demás infamante e injusto, ya que independientemente de que el demandado ejerza la patria potestad sobre mi menor hija, también es cierto que este es un desconocido para mi hija, ya que la ha visto de dos o tres ocasiones nada más, y además nunca ha cumplido con sus obligaciones para con mi menor hija y ante el temor fundado de que el demandado con su amenaza de llevarse a mi menor hija, es que estoy promoviendo el presente juicio, para los efectos de que se declare judicialmente de que la suscrita tiene la guarda y custodia de mi menor hija en el domicilio que ha quedado señalado.

MEDIDAS PROVISIONALES.

Con fundamento en el artículo 940 y 941 del Código de Procedimientos Civiles y toda vez que los problemas inherentes a la familia son de orden público, solicito:

1.- Se decrete provisionalmente la GUARDA Y CUSTODIA a favor de la suscrita de mi menor hija VERÓNICA ABREGO LÓPEZ.

2.- Se APERCIBA AL DEMANDADO en términos del artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles, para los efectos de que se abstenga de causar molestias, tanto a la suscrita como a mi menor hija.

CAPÍTULO DE PRUEBAS

I.- LA CONFESIONAL, misma que correrá a cargo del demandado ENRIQUE ABREGO CERVANTES, quien personalmente y no por apoderado alguno, deberá de comparecer el día y hora de la audiencia de ley a absolver las posiciones que previamente sean calificadas de legales. Por lo que desde este momento solicito sea citado en términos de ley, con el debido apercibimiento que de no comparecer a la audiencia de ley, será declarado confeso de todas y cada una de las posiciones que fueren calificadas de legales. En términos del artículo 291 del Código de Procedimientos Civiles, la razón de ofrecer esta prueba es con la finalidad de que con la confesión del demandado se acredite los hechos con que la estoy relacionando. Esta probanza la relaciono con los hechos 1, 2 y 3 de mi escrito de demanda.

II.- LA TESTIMONIAL, misma que correrá a cargo de los señores MANUEL LÓPEZ CABALLERO y LEONOR CASTRO HERNÁNDEZ, personas que tienen su mismo domicilio en las calles de Alfarería número 46, en la colonia Morelos de esta Ciudad, personas a quienes me comprometo presentar el

día y hora de la audiencia de ley, para que se presenten a rendir sus testimonios de lo que les conste, la razón de ser de esta prueba es probar mi hecho en base al testimonio de los testigos sobre lo narrado en el hecho 2 de mi demanda. Esta probanza la relaciono con los hechos 1, 2 y 3 de mi escrito de demanda.

III.- LA DOCUMENTAL PÚBLICA, consistente en el Acta de Nacimiento de mi menor hija VERÓNICA ABREGO LÓPEZ, en donde se acredita el reconocimiento que se hace por parte de la suscrita, acreditándose la filiación. Esta probanza la relaciono con el hecho 1 de mi escrito de demanda.

IV.- LA INSTRUMENTAL DE ACTUACIONES, consistente en todo lo actuado en el presente juicio y que desde luego favorezca a los intereses de la suscrita.

V.- LA PRESUNCIONAL LEGAL Y HUMANA, que se derive de todo lo actuado en el presente juicio y que también favorezca a los intereses de la suscrita.

D E R E C H O .

En cuanto al fondo de la presente demanda, son aplicables los artículos 164, 282 fracción VI, 360, 361, 365, 369 fracción I, 381, 384, 411, 412, 413, y demás relativos y aplicables del Código Civil.

Norman el procedimiento los artículos 1º, 159, del 940 al 956 del Código de Procedimientos Civiles.

Por lo antes expuesto;

A USTED C. JUEZ, atentamente pido:

UNICO.- Tenerme por presentada con este escrito, Acta del Registro Civil y copias simples, demandando las prestaciones señaladas, solicitando se concedan las Medidas Provisionales y previos los trámites legales y seguido el juicio en todas sus fases procesales, dictar la sentencia definitiva que corresponda.

PROTESTO LO NECESARIO .

MÉXICO, DISTRITO FEDERAL, A 11 DE DICIEMBRE DE 1996.

COMENTARIO.- Como se a venido señalando Las Controversias Del Orden Familiar, tienen un procedimiento autónomo, sumario, que nada tiene que ver con el Juicio Ordinario Civil, sino que por el contrario junto con el escrito de demanda se ofrecen las pruebas, mismas que con las reformas se debe de manifestar la razón por las cuales se ofrece y que se va a tratar de probar con las mismas, se presenta en la Oficialía de Partes Común del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, para que se asigne Juzgado, en este caso se asigno el Juzgado Décimo Familiar,

AUTO QUE LE RECAE AL ESCRITO DE DEMANDA.

México, Distrito Federal, a trece de diciembre de mil novecientos noventa y tres. Se tiene por presentada a LÓPEZ CASTRO NORMA ANGÉLICA por su

propio derecho demandando de ENRIQUE ABREGO CERVANTES las prestaciones que indica con fundamento en lo dispuesto por los artículos 940, 941 y demás relativos del Código de Procedimientos Civiles, y en la Vía de Controversias del Orden Familiar se admite a trámite la demanda, se tiene por señalado su domicilio para oír y recibir notificaciones y por autorizados a los profesionistas que indica para los mismos efectos, con la entrega de las copias simples exhibidas, selladas rubricadas y cotejadas por medio de notificación personal, córrase traslado y emplácese a la parte demandada para que en el término de nueve días produzca su contestación, apercibido que de no hacerlo será declarado en rebeldía y las notificaciones aun las personales le surtirán por boletín judicial; se admiten las pruebas ofrecidas por la actora y se señalan LAS DOCE HORAS DEL DÍA VEINTINUEVE DE ENERO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO, para que tenga verificativo la audiencia de ley, quedando debidamente notificado el demandado de la fecha de la audiencia, con el apercibimiento que de no comparecer sin justa causa, será declarado confeso de las posiciones calificadas de legales, en cuanto a la testimonial ofrecida queda a cargo de la oferente de la prueba presentar a sus testigos el día y hora de la audiencia de ley, con el apercibimiento en caso de no presentarlos de declarar desierta dicha probanza. En cuanto a las medidas provisionales solicitadas por la parte actora, se decreta PROVISIONALMENTE LA GUARDA Y CUSTODIA de la menor VERÓNICA ABREGO LÓPEZ a favor de su madre la señora NORMA ANGÉLICA LÓPEZ CASTRO, asimismo se apercibe al demandado en términos de lo dispuesto por el artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles para que se abstenga de causar molestias, tanto a la actora como a su menor hija.-

Notifíquese. Lo proveyó y firma el C. Juez Décimo de lo Familiar. Licenciado Nicolás Arturo Rodríguez González ante la C. Secretaria de Acuerdos de la Secretaría B Licenciada Rosa María Hernández Ramírez, quien autoriza y da fe. Doy fe.

COMENTARIO.- Como este es un juicio Sumario, el juez, desde el momento de dar entrada a la demanda, ordena el emplazamiento y señala fecha de audiencia en donde se desahogarán las pruebas ofrecidas por las partes, se alegara y se dictara la sentencia que corresponda, si una vez emplazado el demandado deja de contestar la demanda, la audiencia no se pospondrá, pues ya está señalada, a menos de que no se le haya emplazado al demandado, o bien esté corriendo el término para que de contestación a la demanda, haciéndose hincapié que el término para tal efecto es de nueve días, contados a partir del día siguiente en que fue emplazado, los días deberán de ser hábiles.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

LÓPEZ CASTRO NORMA ANGÉLICA
VS
ENRIQUE ABREGO CERVANTES.
CONTROVERSIA DEL ORDEN
FAMILIAR. GUARDA Y CUSTODIA
DE MENOR.
EXP. NÚM: 860/96.
SECRETARÍA: B.

C . JUEZ DÉCIMO DE LO FAMILIAR.

ENRIQUE ABREGO CERVANTES, por mi propio derecho y señalando como domicilio para oír y recibir toda clase de notificaciones el Despacho 101, de las calles de Liverpool 108, en la colonia Juárez delegación Cuauhtémoc, Código Postal 06700, de esta Ciudad, autorizando en términos del artículo 112 del Código de Procedimientos Civiles al C. Licenciado GONZALO ANTONIO ARCHUNDIA MEJÍA, con Cédula Profesional 1091070, así como a la C. Pasante de Derecho MARÍA ISABEL ARCHUNDIA CARREÓN, ante Usted de la manera más atenta comparezco y expongo:

Que estando en tiempo y forma para ello, vengo a dar Contestación a la demanda instaurada en mi contra, reproduciéndola de la siguiente manera:

En cuanto al capítulo de prestaciones que se compone de una sola, niego que le asista derecho alguno a la parte actora a solicitar tal prestación, ya que como más adelante señalaré no es apta para la guarda y custodia.

H E C H O S . (contestación).

1.- Este hecho es cierto.

2.- Este hecho es falso y por tal motivo se niega en todas y cada una de sus partes, toda vez que la actora siempre se ha negado a que el suscrito trate y conviva con mi menor hija, efectivamente la actora vive en ese

domicilio con mi menor hija, pero también con sus padres, quienes tienen amenazado de muerte al suscrito en el supuesto caso de que yo me presente a ver a mi hija, por otra parte es importante señalar que la actora no es la que cuida a mi menor hija, ya que ésta está dedicada al negocio de sus padres en atender un almacén de ropa con un horario de las Nueve de la mañana a nueve de la noche, negocio que abre todos los días y que se encuentra localizado en la Accesoría del domicilio de sus padres, así también el suscrito jamás ha incumplido en sus obligaciones hacia con mi menor, ya que independientemente de que me niegan el trato y convivencia con mi menor hija, el suscrito tiene consignado a favor de la actora como pensión alimenticia voluntaria para mi menor hija, la cantidad de \$200.00 DOSCIENTOS PESOS MENSUALES 00/100 M.N. en la Oficina Central de Consignaciones, bajo el Folio 960010981, asimismo exhibo las copias de las consignaciones debidamente selladas.

3.- Este hecho es falso y por tal motivo se niega en todas y cada una de sus partes, ya que efectivamente el día que señala la actora me entrevisté con ella, para decirle que me permitiera ver a mi hija una vez cada quince días, a lo que ella no accedió, el suscrito iba acompañado de los señores MIGUEL CASTILLO PÉREZ y RENÉ PALACIOS CORTÉS, personas que se dieron cuenta de la conversación.

EXCEPCIONES Y DEFENSAS.

LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN, toda vez que desde que nació mi hija, el suscrito jamás ha intentado perturbarle la guarda y custodia a la actora.

CAPÍTULO DE PRUEBAS.

A.- LA CONFESIONAL, misma que correrá a cargo de la actora NORMA ANGÉLICA LÓPEZ CASTRO, quien personalmente y no por apoderado alguno deberá de comparecer a absolver posiciones el día y hora de la audiencia ya señalada por su Señoría, por lo que solicito se notifique en forma personal y con el debido apercibimiento de ley, declarándola confesa de las posiciones que se califiquen en su oportunidad de legales; la razón de acuerdo a las reformas, es con el fin de que por medio de esta prueba y con la confesión del absolvente se llegue a la verdad histórica de los hechos que estoy contestando.

Esta probanza la relaciono con los hechos de mi contestación de demanda 1, 2 y 3.

B.- LA TESTIMONIAL, a cargo de los señores MIGUEL CASTILLO PÉREZ y RENÉ PALACIOS CORTÉS, personas a quienes me comprometo a presentar el día y hora de la audiencia de ley, la razón por la que los ofrezco, es acreditar por medio de sus testimonios los hechos que sucedieron en la contestación del hecho 3 de mi escrito de contestación de demanda. Probanza que relaciono con el hecho 3 de mi contestación.

C.- LA INSTRUMENTAL DE ACTUACIONES, consistente en las Copias selladas por la Oficina Central de Consignaciones, relativo a las consignaciones que he efectuado a favor de mi menor hija por concepto de pensión alimenticia. Esta probanza la relaciono con el hecho 2 de mi escrito de contestación de demanda.

D - LA DOCUMENTAL PÚBLICA, consistente en el Acta de Nacimiento de mi menor hija VERÓNICA ABREGO LÓPEZ, que obra en autos. Esta probanza la relaciono con el hecho 1 de mi Contestación.

E.- LA INSTRUMENTAL DE ACTUACIONES, consistente en todo lo actuado en el presente juicio y que desde luego favorezca a los intereses del suscrito.

F.- LA PRESUNCIONAL LEGAL Y HUMANA, que se derive de todo lo actuado en el presente juicio y que también favorezca a los intereses del suscrito.

Por lo antes expuesto;

A USTED C. JUEZ, atentamente pido:

PRIMERO.- Se me tenga por presentado con este escrito, dando contestación en tiempo y forma a la demanda instaurada en mi contra.

SEGUNDO.- Tener por ofrecidas las pruebas y en su oportunidad se acuerde de conformidad sobre las mismas.

TERCERO.- En su oportunidad y una vez valoradas las pruebas ofrecidas y admitidas, se dicte la sentencia que corresponda.

PROTESTO LO NECESARIO .

MÉXICO, D.F., A 10 DE ENERO DE 1997.

COMENTARIO.- En el presente caso emplazado que fue el demandado dió contestación en tiempo a la demanda instaurada en su contra, negando los hechos constitutivos de la demanda y ofreciendo pruebas, mismas que se desahogarán en la audiencia ya señalada.

AUTO QUE RECAE AL ESCRITO DE CONTESTACIÓN.

México, Distrito Federal, a trece de enero de mil novecientos noventa y siete.- A sus autos el escrito presentado por el demandado ENRIQUE ABREGO CERVANTES, la Secretaría procede a hacer el cómputo, mismo que corre del dos al catorce de enero de mil novecientos noventa y siete; se tiene al demandado dando contestación en tiempo a la demanda instaurada en su contra, por señalando domicilio para oír y recibir notificaciones, asimismo se le tiene

autorizando a los profesionistas en mención, con las excepciones y defensas opuestas, dése vista a la contraria por el término de tres días, para que manifieste lo que a su derecho convenga, se tienen por ofrecidas y admitidas todas y cada una de las pruebas señaladas y en preparación a la confesional, cítese personalmente a la parte actora con el apercibimiento de ley de declararla confesa en caso de inasistencia sin justa causa, para que asista a absolver posiciones el día y hora de la fecha ya señalada, queda a cargo del oferente de la prueba testimonial, para que presente a sus testigos el día y hora de la audiencia de ley, apercibido que de no hacerlo, se le declarará desierta dicha probanza; Notifíquese. Lo proveyó y firma el C. Juez Décimo de lo Familiar ante su Secretaria de Acuerdos B, quien autoriza y da fe; doy fe.

COMENTARIO.- El día y hora de la audiencia de ley, las partes presentan sus pliegos de posiciones respectivos, así como a sus testigos, y si el tiempo del Juzgado lo permite, se desahogan en su totalidad las pruebas ofrecidas por las partes, se pasa al periodo de alegatos, en donde las partes alegan respectivamente lo que a su derecho corresponda y el C. juez cita a las partes para oír sentencia definitiva, cerrándose la audiencia, firmando en ella las partes que intervinieron, así como los testigos que asistieron, quedando pendiente en un término no mayor de quince días la resolución o la sentencia definitiva que el Juez deberá dictar.

SENTENCIA DEFINITIVA.

México, Distrito Federal a quince de marzo de mil novecientos noventa y siete.

VISTOS, para resolver en definitiva los autos del juicio CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR, promovido por LÓPEZ CASTRO NORMA ANGÉLICA en contra de ENRIQUE ABREGO CERVANTES, expediente 860/96; y

R E S U L T A N D O :

1.- Por escrito presentado por Oficialía de Partes Común el día 11 de diciembre de 1996, por NORMA ANGÉLICA LÓPEZ CASTRO, demandó ante este Juzgado de ENRIQUE ABREGO CERVANTES, las prestaciones que dejó indicadas en su escrito inicial, mismas que se dan por reproducidas en este espacio en obvio de repeticiones. Fundándose para ello en los hechos y preceptos de derecho que consideró aplicables al caso concreto.

2.- Por auto de trece de diciembre de mil novecientos noventa y seis, se admitió a trámite la presente demanda y se ordenó correr traslado y emplazar al demandado en los términos y con el apercibimiento de ley, se admitieron las pruebas ofrecidas por la actora, señalándose día y hora para la audiencia de pruebas y alegatos y se decretó una medida provisional, para que el demandado se abstuviera de causar molestias a la parte actora y a su menor hija VERÓNICA ABREGO LÓPEZ.

3.- Notificado y emplazado que fue conforme a derecho el demandado, éste por ocurso presentado por Oficialía de Partes de este Juzgado el día diez de enero del año en curso, dió contestación a la demanda instaurada en su contra, oponiendo las excepciones y defensas que a su interés convino. Por auto del trece de enero de este mismo año, se tuvo por contestada en tiempo y forma la demanda, por opuestas las excepciones y defensas que hizo valer y se admitieron las pruebas ofrecidas por el demandado. Se verificó la audiencia en una sola cesión a cuyo término se pasó al período de alegatos, ordenando se turnaran los presentes autos al suscrito para dictar la resolución correspondiente, la que ahora se dicta en base a los siguientes:

CONSIDERANDOS:

I.- Este juzgado es competente para conocer y resolver la presente controversia de conformidad con lo dispuesto por los artículo 52 fracción II de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 143, 156, 159, 941, 942 y relativos del Código de Procedimientos Civiles.

II.- La Personalidad y Legitimación procesal de las partes quedó acreditada con el atestado del Registro Civil que corre agregado a fojas 4, en el que consta el nacimiento de VERÓNICA ABREGO LÓPEZ, documental que dada su propia y especial naturaleza hace prueba plena en términos del artículo 327 fracción IV y 403 del Código de Procedimientos Civiles, en conformidad con los diversos 39 y 50 del Código Civil.

III.- Al realizar el correspondiente estudio, así como el análisis y valoración de las constancias y pruebas aportadas por los contendientes conforme

a las reglas de la lógica y de la experiencia, atento a lo dispuesto por el artículo 402 del Código de Procedimientos Civiles, el suscrito llega a la firme convicción de que en el caso concreto la actora acreditó los elementos constitutivos de su acción y el demandado no justificó sus excepciones y defensas. En efecto, es de explorado derecho como regla general que se tome como base la fracción VI del artículo 282 del Código Civil, para decretar la GUARDA Y CUSTODIA DEFINITIVA de la menor VEPÓNICA ABREGO LÓPEZ, a favor de la actora, toda vez que del atestado del Registro Civil se desprende que la menor en mención tiene tres años de edad y por consiguiente estando dentro del precepto señalado, o sea que no ha cumplido los siete años de edad, debe de quedar al cuidado de su señora madre NORMA ANGÉLICA LÓPEZ CASTRO, en el domicilio que ha solicitado para tal efecto, tomando para efecto la debida valoración de las pruebas ofrecidas por la actora y principalmente con la confesional a cargo del demandado en el que al contestar la posición número 3, éste manifiesta que su menor cuenta con tres años de edad, por lo que respecto a las pruebas ofrecidas por la parte demandada, se desprende que en la confesional al contestar la actora le fue adversa, ya que no se prueba absolutamente nada, por lo que respecto a las pruebas testimoniales de los testigos MIGUEL CASTILLO CÁZARES y RENÉ PALACIOS VIDAL, estos testimonios no fueron acordes, aunado a que a ninguno de los dos testigos les constan los hechos, en especial la instrumental de actuaciones ofrecida por el demandado, consistente en las diligencias preliminares de consignación, las mismas nunca le fueron notificadas en términos de ley, o sea del artículo 114 del Código de Procedimientos Civiles a la parte actora, por lo que no produce ningún efecto jurídico; asimismo las presentes controversias son de Guarda y Custodia y

no de Alimentos, ya que la actora en ningún momento reclamó el pago de alimentos, por lo que es ociosa dicha prueba.

IV.- No estando el presente asunto comprendido en ninguno de los supuestos del artículo 140 procedimental, no ha lugar a hacer especial condena en costas.

Por lo antes expuesto y fundado con apoyo en los artículos 80, 81, 82, 86, 87, 90, 91, 949 y demás relativos del Código de Procedimientos Civiles, es de resolverse y se resuelve:

RESOLUTIVOS:

PRIMERO.- Ha procedido la vía elegida para este juicio en el que la parte actora acreditó los elementos constitutivos de su acción y el demandado no justificó sus excepciones y defensas. En consecuencia:

SEGUNDO.- Se concede a la señora NORMA ANGÉLICA LÓPEZ CASTRO LA CUSTODIA DEFINITIVA de su menor hija VERÓNICA ABREGO LÓPEZ, dejándose sin efecto las Medidas Provisionales decretadas en el auto admisorio de demanda.

TERCERO.- No se hace especial condena en costas.

CUARTO.- Notifíquese.

ASÍ, definitivamente juzgando lo resolvió y falló el Ciudadano Juez Décimo Familiar del Distrito Federal, Licenciado Nicolás Arturo Rodríguez González, ante la C. Secretaria de Acuerdos que autoriza y da fe.

COMENTARIO.- Como ha quedado de manifiesto en Capítulos anteriores, el Juez de lo Familiar tiene la potestad discrecional de dirimir las Controversias del Orden Familiar, basándose principalmente en el principio general del artículo 282 fracción VI del Código Civil, de que tratándose de menores de siete años deberán de quedar al cuidado de la madre. .

2.- CRITERIOS.

Antes de empezar a invocar las Jurisprudencias con respecto al tema que nos ocupa, haremos alusión en forma somera de lo que significa "JURISPRUDENCIA", y tenemos que para Ulpiano la definía expresamente: "Jurisprudencia est divinarum etque humarum, rerum notitia, justi atque injusti scientia",¹⁵ cuyo significado en español es: Jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas y ciencia de lo justo y de lo injusto. En esta acepción la Jurisprudencia es la ciencia del derecho.

Pero en la práctica jurídica procesal nos interesa la otra acepción; y sobre el particular, Eugene Petit hace referencia a que el vocablo que estamos tratando, hoy, es más frecuente emplearlo con otra significación: "El hábito de los tribunales de juzgar en tal sentido o en tal otro las cuestiones que le son sometidas".¹⁶

Así tenemos que para el destacado procesalista mexicano Eduardo la Pallares la define como: "Los principios, tesis o doctrinas establecidas en cada

¹⁵ Petit Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano Editorial Saturnino Calleja, Madrid p.19.

¹⁶ idem p. 19.

nación por sus tribunales en los fallos que pronuncian. Así considerada, es de las fuentes de Derecho más importantes, porque mediante ella, de abstracta y general que es la Ley, se convierte en concreta y particular, dando nacimiento a un derecho socialmente vivo, dinámico, fecundo, que pudiera llamarse derecho de los tribunales, distinto del legislador¹⁷

De lo anterior, podemos decir que la jurisprudencia se justifica porque el legislador no puede prever en las normas jurídicas que promulga, el número infinito de casos que se presentan diariamente en los tribunales, sino también porque es indispensable a estos últimos convertir el precepto abstracto y general de la ley, en mandato concreto, que mediante la sentencia ponga fin al litigio.

La importancia de la jurisprudencia la hace consistir Eduardo B. Carlos en que " La ley es la justicia prometida; pero la sentencia judicial, el derecho sancionado".¹⁸

En concepto del maestro Eduardo Pallares, la jurisprudencia, en la acepción de fuente de derecho, la define de la siguiente manera: "Es la fuente formal que origina normas jurídicas generales, abstractas, imperativas e impersonales del sentido interpretativo o integrador que se contiene en decisiones jurisdiccionales precedentes".¹⁹

Ahora bien, las autoridades que pueden establecer jurisprudencia conforme a la regulación de la Ley de Amparo, las autoridades que pueden integrar jurisprudencia, pertenecen al Poder Judicial de la Federación y son las siguientes:

¹⁷Pallares Eduardo. Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa, México 1980, p. 25.

¹⁸ Clínica Jurídica y Enseñanza Práctica . Buenos Aires 1959. P. 144

la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante la actuación en Pleno o en Salas. Por tanto, hay jurisprudencia obligatoria de: Pleno de la Corte, Sala Civil, Sala Penal, Sala Administrativa y Sala Laboral. Asimismo pueden establecer jurisprudencia los Tribunales Colegiados de Circuito. Existen otros órganos representativos del Poder Judicial de la Federación, pero sólo los antes indicados pueden establecer jurisprudencia obligatoria.

La jurisprudencia del Pleno de la Corte se forma con cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas por lo menos por 14 ministros de los 21 que integran el Pleno. La jurisprudencia de las Salas de la Corte se forma con cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas por lo menos por 4 de los 5 ministros que integran cada Sala. LA jurisprudencia de los Tribunales de Circuito se forma con 5 ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que los integran.

La jurisprudencia se interrumpe, dejando de tener carácter de obligatoria, cuando se pronuncie ejecutoria en contrario por 14 ministros, si se trata de la sustentada por el Pleno; por 4, si es de una Sala, y por unanimidad de votos tratándose del Tribunal Colegiado de Circuito. Se ha tratado la terminología legal que se refiere a la interrupción de la obligatoriedad de la jurisprudencia, esto quiere decir que la jurisprudencia no se deroga, sino que se interrumpe al resolverse el caso concreto por virtud de la votación mayoritaria antes indicada, no deja de ser

¹⁹ Arellano García Carlos. Teoría General del Proceso. Editorial Porrúa S. A. México, 1982, p. 69.

obligatoria la jurisprudencia para casos sucesivos en los que no se dé la mayoría necesaria en contra de la jurisprudencia. Por último, sólo nos queda decir, donde se publica la Jurisprudencia, y ello se hace en el Semanario Judicial de la Federación.

Por cuanto a la jurisprudencia emitida por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, ésta no es obligatoria, pero vamos a citarlas en el presente trabajo, toda vez que consideramos necesario saber que criterio sustenta, en cuanto a la GUARDA Y CUSTODIA dicho órgano, además debemos agregar que las jurisprudencias emitidas por él, no tienen carácter de obligatoriedad y su publicación se hace en los Anales de Jurisprudencia.

a).- JURISPRUDENCIAS Y EJECUTORIAS DE LA H. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

En este punto, trataremos de citar las Jurisprudencias que tienen relación con la cuestión medular del presente trabajo de tesis, y que es precisamente LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES, y que son emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, siendo las siguientes:

"GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR DE SIETE AÑOS. SALVO PELIGRO PARA SU NORMAL DESARROLLO, DEBE OTORGÁRSELE A LA MADRE.- Establece el artículo 282, fracción VI, último párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal que "salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre." Por

tanto, si no se acredita fehacientemente que ésta incurre reiteradamente en conductas u omisiones que afectan el normal desarrollo de su hijo menor debe otorgársele su custodia definitiva.”.

Amparo directo 8362/87.- Concepción Perla Bellot Campos.- 15 de diciembre de 1987.- 5 votos.- Ponente: Mariano Azuela Guitrón.- Secretaria: María Estela Ferrer MacGregor Poisot.

“GUARDA Y CUSTODIA. NO SE PUEDE ENTENDER DESVINCULADA DE LA POSESIÓN.- Una de las prerrogativas de la patria potestad es la custodia, cuidado y vigilancia de los menores y dicha guarda no se puede entender desvinculada de la posesión material de los hijos, porque tal posesión es un medio insustituible para protegerlos, cultivarlos física y espiritualmente y procurarles la satisfacción de sus necesidades.”

Amparo directo 8236/86.- Manuel Armas Vázquez y otra.- 12 de enero de 1988.- 5 votos.- Ponente: José Manuel Villagorda Lozano.- Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba.

PRECEDENTE:

Amparo directo 73/87.- Salvador Cordero Torner y otra.- 6 de abril de 1987.- 5 votos.- Ponente: Jorge Olivera Toro.- Secretaria: Hilda Martínez González.

“GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR. DEBE OTORGÁRSELE A LA MADRE AUN CUANDO EL PADRE POSEA UNA SITUACIÓN ECONÓMICA MÁS ELEVADA. SI LA DE AQUÉLLA ES SUFICIENTE.- Conforme al artículo 282, fracción VI, último párrafo del Código Civil para el Distrito Federal, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de su madre, salvo peligro para su normal desarrollo. Por tanto, a la madre debe otorgarse la guarda y custodia del hijo menor, si posee una situación económica estable que garantiza la satisfacción de las diversas necesidades del menor, aun cuando el padre posea una situación más elevada.”

Amparo directo 8362/87.- Concepción Perla Bellot Campos. 15 de diciembre de 1987. 5 votos. Ponente: Mariano Azuela Guitrón. Secretaria: Ma. Estela Ferrer MacGregor Poisot.- Informe 1988. Segunda Parte. Civil. Pág. 137.

"DIVORCIO. SITUACIÓN DE LOS HIJOS.- De acuerdo con el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, la sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos conforme a las reglas que se mencionan, entre las cuales se encuentra la primera que dice que cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en la fracción VIII del artículo 267 del mismo ordenamiento legal, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable, esto es, en este precepto se contempla el imperativo legal de que el juzgador debe fijar la situación de los hijos conforme a las reglas ahí establecidas aun cuando dicha cuestión no haya sido demandada expresamente, cuestión que debe estimarse que no es una acción autónoma del divorcio, sino que es una consecuencia de aquélla, que aunque no se demande, por el imperativo legal antes mencionado, debe precisarse en la sentencia que decreta el divorcio".

Amparo directo 2386/77. Carlos Portillo Zárate. 8 de febrero de 1978. 5 votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez. Secretario. Carlos Alfredo Soto Villaseñor.- Informe 1978. Tercera Sala. Núm. 74. Pág. 52.

"DIVORCIO, FIJACIÓN DE LA SITUACIÓN DE LOS HIJOS. PROCEDENCIA (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).- Para que en un juicio de divorcio se apliquen las reglas contenidas en el artículo 283 del Código Civil, que se refieren a que en las sentencias de divorcio se debe fijar la situación de los hijos, tomando en cuenta la causal de divorcio que se hizo valer, evidentemente que debe ser una sentencia dictada, en un juicio de divorcio que decreta la disolución del vínculo matrimonial, y no como en el presente caso, en el que en primera y segunda instancia se resolvió que el actor no había probado su acción y se absolvió a la demanda de las acciones intentadas, razón por la cual debe concluirse que no tenía por qué determinarse en la sentencia reclamada de la responsable, el fijar la situación de los hijos de los cónyuges, conforme a la regla tercera del artículo 283 del Código Civil".

Amparo directo 35/78. Enrique Rueda Morales. 26 de marzo de 1979.
Octava época

Instancia: Tercera Sala.

Fuente: Tomo IV, parte S.C.J.N.

Tesis 307, pág. 207.

***PATRIA POTESTAD. PÉRDIDA DE LA MISMA EN CASO DE INCUMPLIMIENTO AL DEBER DE ALIMENTOS.**

En la tesis de jurisprudencia número 31/91, instituida (PATRIA POTESTAD SE PIERDE SI SE ACREDITA EL ABANDONO DE LOS DEBERES DE ALGUNOS DE LOS PADRES, SIN QUE SEA NECESARIO PROBAR QUE EL MENOSCABO EN LA SALUD, SEGURIDAD Y VALORES DEL MENOR SE PRODUZCAN EN LA REALIDAD, PERO DEBEN DE EXISTIR RAZONES QUE PERMITAN ESTIMAR QUE PUEDEN PRODUCIRSE (artículo 444 fracción III del Código Civil para el Distrito Federal)*, esta Tercera Sala sentó el criterio de que tal disposición no requiere como condición para la pérdida de la patria potestad la realización efectiva del daño a la salud, seguridad y moralidad de los hijos, sino la posibilidad de que así aconteciera. Ahora bien, dicho criterio debe completarse con el de que, tratándose de controversias en que se demanda la pérdida de la patria potestad del abandono del deber de alimentos, los jueces, conforme a su prudente arbitrio, deberán ponderar si aun probado el incumplimiento de tal deber, su efectos pueden o no comprometer, según las circunstancias de cada caso, la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, sin que la sola prueba de tal infracción haga presumir en todos los casos la consecuencia de que pudieron comprometer los bienes en cuestión*.

Octava época:

Contradicción de tesis 12/93.- Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del primer Circuito y Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito. 21 de febrero de 1994. 5 votos.

NOTA:

Tesis 3ª./J.7/94, Gaceta número 75, pág. 20; véase Ejecutoria del Semanario Judicial de la Federación, tomo XIII, pág. 100.

Octava época.
Instancia: Tercera Sala.
Fuente: Apéndice de 1995.

Tomo: IV, parte S.C.J.N.

Tesis 232, pág. 150.

"DIVORCIO NECESARIO. NO LE SON APLICABLES TODAS LAS REGLAS ESPECIALES DE LAS CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR, PERO SI LA RELATIVA A LA SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LOS PLANTEAMIENTOS DE DERECHO DE LAS PARTES CUANDO EN ELLAS DEPENDE QUE SE SALVAGUARDE A LA FAMILIA, CON LA INDEPENDENCIA DE QUE PERMANEZCA O SE DISUELVAN EL VÍNCULO MATRIMONIAL (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL)"

Las reglas y formas especiales solo pueden aplicarse a los casos específicos a que las destinó el legislador. Como el divorcio necesario no se encuentra dentro de los casos que provee el artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ni tiene una regulación propia para su tramitación dentro del ordenamiento citado, se rige por las disposiciones generales del juicio ordinario y, por tanto, no le son aplicables, en principio, todas las reglas especiales establecidas para las controversias del orden familiar. Sin embargo, como excepción y por mayoría de razón, le es aplicable la regla especial que prevé el segundo párrafo del artículo 941 del propio cuerpo legal, relativa a la suplencia de la deficiencia de los planteamientos de derecho de las partes, cuando la aplicación de esta figura procesal dé lugar a salvaguardar a la familia, en virtud de que la intención del legislador al establecer esta regla para las controversias del orden familiar, a saber, el preservar las relaciones familiares evitando que en estos asuntos una inadecuada defensa afecte a esta institución, y la razón que obedece su establecimiento, que expresamente consigna el artículo 940, a saber, que

los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad, operan de manera más clara e imperativa tratándose del divorcio necesario, pues implicando éste la disolución del vínculo matrimonial, problema capital que afecta a la familia, debe garantizarse que no se perjudique a ésta con motivo de una inadecuada defensa. Lo anterior se reafirma si se considera que la razón por la cual el legislador no incluyó al divorcio necesario dentro del procedimiento para las controversias del orden familiar, fue porque regándose aquel por las disposiciones del juicio ordinario que exigen mayores formalidades y establecen plazos más amplios para el ofrecimiento y recepción de pruebas, se tiene la posibilidad de preparar una defensa más adecuada, lo que favorece a la preservación y unidad familiar. Por la importancia social de la familia, prevista en el artículo 4° de la Constitución, se debe admitir la suplencia referida, lógicamente cuando la aplicación de esa figura procesal tenga como efecto la salvaguarda de la familia, independientemente de que ello se consiga con la disolución o no del vínculo conyugal. Además justifica lo anterior el que al introducir esa figura procesal el legislador, no la circunscribió a las controversias del orden familiar especificadas en el artículo 942 citado, sino que usó la expresión "en todos los asuntos de orden familiar", aunque, respecto del divorcio, que tiene esa naturaleza, debe limitarse a la hipótesis precisada, en que la suplencia conduzca a proteger a la familia".

Octava época.

Contradicción de tesis 11/91. Entre las sustentadas por el Primer y Tercer Tribunales Colegiados en materia civil del Primer Circuito. 3 de agosto de 1992. 5 votos.

NOTA:

Tesis 3ª. /J.12/92. Gaceta número 56, pág., 23;
Véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo X - Agosto, pág. 196.

Sexta época.

Instancia Tercera Sala.
Fuente: Apéndice de 1995.
Tomo IV, Parte S.C.J.N.
Tesis 306, pág. 206.

PATRIA POTESTAD. NO DEBE SER CONDENADO A PERDERLA EL CÓNYUGE CULPABLE CUANDO LA CAUSAL DE DIVORCIO TOMA SU ORIGEN EN EL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO CIVIL.

El artículo 283 del Código Civil del Distrito Federal no incluye en relación con la pérdida de la patria potestad, la causal de divorcio señalado en el artículo 268, y por ello mismo la aplicación analógica del 283 no es procedente al respecto, ya que la disposición en él contenida sólo es aplicable en los casos a que el mismo precepto se contrae, por tener el carácter de norma excepcional respecto a la general, relativa a que la patria potestad se ejerce por los padres, como un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley, aunque por tiempo limitado y bajo ciertas condiciones, y es bien sabido que conforme al artículo 11 del Código Civil que establece en excepción a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes".

Sexta época. Amparo directo, 299/50. Adolfo T. Garza. 5 de diciembre de 1952. 5 votos.

Amparo civil directo 2738/54. Ivenes Bernal Edmundo. 20 de julio de 1955. 5 votos.

Amparo directo 2014/55. Manuela Barbosa de Charles. 2 de febrero de 1956. Unanimidad de 4 votos. Amparo directo 2967/56. Esperanza Ruíz de Órnelas. Primero de febrero de 1957. Unanimidad de 4 votos.

Amparo directo 3880/57. Rodrigo Vázquez Cuéllar. 7 de mayo de 1958. Unanimidad de 4 votos.

NOTA: En virtud de que los artículos 268 y 283 del Código Civil para el Distrito Federal fueron reformados por el Decreto publicado en el Diario Oficial, el día 27 de diciembre de 1983, la Jurisprudencia en comento únicamente es aplicable a los casos previstos por los Códigos de los Estados que contienen las mismas disposiciones legales del Código Civil para el Distrito Federal, antes de la mencionada reforma.

Octava época.

Instancia. Tercera Sala.

Fuente: Apéndice de 1995.

Tomo IV. Parte S.C.J.N.

Tesis 309, pág. 208.

***PATRIA POTESTAD. SE PIERDE SI SE ACREDITA EL ABANDONO DE LOS DEBERES DE ALGUNO DE LOS PADRES, SIN QUE SEA NECESARIO PROBAR EL**

MENOSCABO EN LA SALUD, SEGURIDAD Y VALORES DEL MENOR SE PRODUZCAN EN LA REALIDAD, PERO DEBEN EXISTIR RAZONES QUE PERMITAN ESTIMAR QUE PUEDEN PRODUCIRSE.- (ARTÍCULO 444 FRACCIÓN III DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL).- La patria potestad como estado jurídico que implica derechos y obligaciones para el padre, la madre y los hijos, tienen la características de ser una institución de orden público, en cuya preservación y debida aplicación de las normas que la regulan, la sociedad está especialmente interesada. La pérdida de este derecho natural reconocido por la ley, entraña graves consecuencias tanto para los hijos, como para el que la ejerce, en consecuencia, para decretarla en el caso del artículo 444 fracción III del Código Civil para el Distrito, tratándose del abandono de los deberes de alguno de los padres se requiere demostrar tal hecho y valorar las circunstancias en que se presenta para determinar si hay razones que permitan estimar que pueden producirse los resultados lesivos para el menor; es decir, se debe probar la conducta o proceder del progenitor incumplido y razonar los motivos por los cuales puede afectar la salud, seguridad o moralidad de los hijos; sin que sea necesario acreditar que el perjuicio o afectación en dicha salud, seguridad o moralidad del menor se hubiera dado en la realidad, ya que el verbo poder utilizado en pasado subjuntivo en expresión "pudiera", implica un estado de posibilidades pero no que se hubiera actualizado".

Octava época:

Contradicción de Tesis 30/90. Entre las sustentadas por el Segundo y Quinto Tribunales Colegiados ambos en materia Civil del Primer Circuito. 13 de mayo de 1991. Unanimidad de 4 votos.

NOTA:

Tesis 3ª. /J31/91, Gaceta número 42, pág. 78; Semanario Judicial de la Federación, tomo VIII- julio, pág. 65.

En la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación 75, correspondiente a marzo de 1994, pág. 20, aparece la Tesis de Jurisprudencia 3ª. J. 7, del rubro: "PATRIA POTESTAD, PÉRDIDA DE LA MISMA EN CASO DE INCUMPLIMIENTO AL DEBER DE ALIMENTOS". En donde se complementa el criterio sostenido, en esta tesis de jurisprudencia.

Contradicción de Tesis 5/91. Entre las sustentadas por el Segundo y Tercer Tribunales Colegiados en materia civil del Tercer Circuito. 10 de septiembre de 1992. Unanimidad de 19 votos.

NOTA: Tesis P.J.37/92. Gaceta número 59, pág. 11 véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo X - noviembre, pág. 23.

b).- JURISPRUDENCIAS Y EJECUTORIAS DE LOS H. TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO EN MATERIA CIVIL.

"MENORES, CUSTODIA DE LOS, A QUIEN CORRESPONDE TRATÁNDOSE DE MEDIDAS PROVISIONALES.- No puede pasarse por alto, tratándose de medidas provisionales sobre la custodia de un menor, el espíritu del legislador contenido en los artículos 213 del Código de Procedimientos Civiles y 260 del Código Civil, que establece en forma categórica y por motivos especiales, aun tratándose de nulidad de matrimonio o de divorcio, que los hijos menores de siete años (en el 213 del Código de Procedimientos Civiles) y de cinco (en el 260 del Código Civil) deberán permanecer siempre, al lado de la madre salvo prueba que demuestre que se dan los casos de excepción señalados en el artículo 260 del Código Civil y 939 del Código de Procedimientos Civiles, en consecuencia, si ni siquiera exista un principio de prueba de que se está en el caso de excepción, la custodia corresponde a la madre".

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 450/74; Esperanza Molina Valdés; 30 de septiembre de 1974; unanimidad de votos; Ponente: Edmundo Elorduy.

Tribunales Colegiados. Séptima época, Volumen 69, Sexta Parte, pág. 49.

COMENTARIO.- De la tesis que acabamos de transcribir, es importante señalar que todavía no se adicionaba al Código de Procedimientos Civiles el Capítulo Décimo Sexto, asimismo los artículos que señala la Jurisprudencia del

213 del Código de Procedimientos Civiles y 260 del Código Civil, los mismos ya han sido modificados, mas sin embargo, sirve de referencia el artículo 282 fracción VI del Código Adjetivo Civil.

Octava época.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Fuente: Apéndice de 1995. Tomo IV, Parte T.C.C.

Tesis 568.

Pág. 409.

***PATRIA POTESTAD. DECISIÓN SOBRE LA SENTENCIA DE DIVORCIO.**

Con motivo de la reforma del artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal proveniente del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 27 de diciembre de 1983, vigente noventa días después, los juzgadores disponen de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes, tanto a la patria potestad en general, como a la custodia y al cuidado de los hijos en particular, en las sentencias que decreten el divorcio. Como todos los casos en que se prevé una facultad discrecional, el ejercicio de ésta no implica simplemente que el órgano jurisdiccional cuente con un poder arbitrario de decisión, sino que su desempeño debe traducirse siempre, en el examen escrupuloso y en la evaluación razonada de todos los elementos con que se cuente y que sean susceptibles de conducir a la emisión del juicio más adecuado al fin que persigue la ley cuando concede dicha facultad. Respecto a la situación de los hijos en caso de divorcio, no debe pasar desapercibido que como consecuencia de la referida reforma legal, el sistema de pérdida de la patria potestad como pena al responsable de la disolución del vínculo matrimonial quedó suprimido y esta circunstancia debe eliminar la idea de valorar las cosas en función de determinar una culpabilidad para imponer una sanción. Es claro que ley tiene una meta más alta, que incluso no se reduce a evitar a los hijos el sufrimiento de un daño, sino a lograr lo que más les beneficie dentro del nuevo estado de cosas en los órdenes familiares, social y jurídico, originados por la separación de los esposos. Esto explica que con las resoluciones que se pronuncien, los jueces pueden generar la más amplia gama de

situaciones por la combinación de poderes y personas que tendrán que ver con los hijos en cuanto a su sostenimiento, cuidado, educación, administración de bienes, etc., pues se puede decretar la pérdida, la suspensión o bien, la limitación de la patria potestad; se puede asimismo, dar la intervención a ambos padres, a uno solo o a otras personas que conforme a la ley corresponda el ejercicio de dicha patria potestad o, en un caso extremo, a un tutor. De ahí que si para resolver sobre la situación de los hijos al decretar el divorcio, el órgano jurisdiccional no hace evaluación pormenorizada de todos los elementos de juicio a su alcance o no razona debidamente su determinación, ello significará la existencia de un uso indebido de la facultad discrecional prevista en la disposición en comento”.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Octava época.

Amparo directo 3504/88. Ilya Isabel López González. 30 de noviembre de 1988. Unanimidad de votos.

Amparo directo 3739/88. María del Carmen Martínez Ramírez. 8 de diciembre de 1988. Unanimidad de votos.

Amparo directo 924/89. Hilda Elizabeth García Ortiz. 11 de mayo de 1989. Unanimidad de votos.

Amparo directo 2659/80. Eliana Cazenave Tapié Isoard. 7 de diciembre de 1989. Unanimidad de votos.

Amparo directo 634/90. Bertha Ruíz Alazañez. 15 de marzo de 1990. Unanimidad de votos.

NOTA: Tesis I. 4º.C.J./21, Gaceta número 28, pág. 49; Semanario Judicial de la Federación. Tomo V, Segunda parte-2, pág. 705.

COMENTARIO.- De la tesis anteriormente transcrita, es importante señalar que al igual que nosotros, el Tribunal Colegiado de Circuito hace mención de las facultades discrecionales que tienen los Jueces de lo Familiar para dirimir los

asuntos inherentes a la familia, pero esta facultad puede caer en un poder arbitrario de decisión.

Octava época.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Fuente: Apéndice de 1995.

Tomo IV, parte T.C.C.

Tesis 510. Pág. 361.

***CONTROVERSIAS DE LO FAMILIAR.
INTERPRETACIÓN DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL
ARTÍCULO 941 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS
CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

La disposición contenida en el segundo párrafo del artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, que obliga a los jueces y tribunales a suplir la deficiencia de los planteamientos de derecho de las partes, en la controversia de lo familiar, no es sino la aplicación del principio *jura novit curia*, de acuerdo con el cual el juez es quien conoce el derecho y a quien compete decidir en cada caso cual es aplicable, lo que es diferente a que se deban tomar en cuenta hechos o circunstancias no alegadas oportunamente por las partes”.

**QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL
DEL PRIMER CIRCUITO.**

Amparo directo 1555/88. Armando Santoyo Herrera. 9 de mayo de 1988. Unanimidad de votos.

Amparo directo 5473/92. Adriana Villada Navarro y otra. 28 de enero de 1993. Unanimidad de votos.

Amparo directo 5655/92. Alejandro Laguna Zamudio. Primero de abril de 1993. Unanimidad de votos.

Amparo directo 2295/93. Adrián Nieto Alazáñez. 8 de julio de 1993. Unanimidad de votos.

Amparo directo 5845/94. Zoila Valdez González. 12 de diciembre de 1994. Unanimidad de votos.

NOTA: Tesis I. 5 C.J./40, Gaceta número 86, pág. 23; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo XV - Febrero, pág. 56.

c).- JURISPRUDENCIAS Y EJECUTORIAS DEL H. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL.

***CUSTODIA DE MENORES. PÉRDIDA DE LA.-** No procede condenar al cónyuge titular de la custodia, a la pérdida de la misma, cuando el otro consorte alega oposición a su ejercicio de la patria potestad, si no se precisó en la demanda en qué consistió la oposición, lugar fecha y hora en que tuvo lugar. (T. 186, p. 214).

"DIVORCIO.- CUSTODIA DE MENORES DURANTE EL JUICIO.- DEBE DECIDIRSE CONFORME AL ARTICULO 282, FRACCIÓN VI , DEL CODIGO CIVIL ORDENÁNDOSE LA VISTA QUE CORRESPONDA A LAS PARTES, RESPECTO DE LAS CUESTIONES RELATIVAS A LA CUSTODIA DE LOS MENORES.- En el agravio a estudio, esencialmente se hace valer que el artículo 282 del Código Civil en su fracción VI establece que a fin de acordar lo conducente sobre la custodia de los hijos menores durante la tramitación del juicio de divorcio, se pondrán estos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo ser uno de estos y en ningún momento se cito a las partes para decidir sobre la custodia de la menor. Es fundado el agravio y suficiente para revocar el auto recurrido, máxime que la propia actora en su escrito a que se hace mención, le pide al Juez que cite al demandado, aun que ella lo solicita para que se diga a dicho demandado que la menor debe quedar al cuidado de la madre; en estas condiciones y atento lo preceptuado por el citado artículo 282 en su fracción IV, el Juez debió dar vista al demandado para que manifestara lo que a su derecho conviniera en relación a la custodia de la menor y desahogada esta acordar lo conducente; al no haberlo hecho así y decretado la custodia de dicha menor a favor de la madre de la misma, violo en perjuicio del demandado el precepto que invoca en sus agravios, por lo que procede revocar el auto apelado". (T. 181, p. 145).

"DIVORCIO.- CUSTODIA DE UN MENOR DE DOS AÑOS. Es indebida la orden del Juez que autoriza la padre para sacar a su hijo de dos años de edad del domicilio de la madre, pues dada su edad debe estar siempre bajo la custodia de esta. En cambio si podría visitar el padre a es hijo todos los días y horas idóneas

siempre que este cumpliendo debidamente sus obligaciones alimenticias" (T. 143, p. 95).

"DIVORCIO.- CUSTODIA PROVISIONAL DE MENORES, DURANTE EL JUICIO, EN FAVOR DE ALGUNO DE LOS CÓNYUGES.- DEBE OTORGARSE TOMANDO EN CUENTA PRINCIPALMENTE, LO MAS CONVENIENTE PARA LOS MENORES.- Con fundamento en lo dispuesto por los artículos 940, 941, y demás relativos del Código de Procedimientos Civiles y tomando en cuenta que los problemas inherentes a la familia son de orden público y aun cuando se esta revisando la actuación del juzgador respecto a su resolución, tratándose de una interlocutoria que afecta no solo a la solicitante de la custodia y a la otra parte, o sea al esposo, sino tomando en cuenta principalmente a los hijos, debe considerarse que... quedando solo en la minoría de edad una de las hijas actualmente con más de dieciséis años, y como la misma ha venido viviendo en compañía de sus hermanos y de su padre dentro del hogar conyugal, en donde lo ha hecho siempre, no sería conveniente separarla del mismo, ni de sus hermanos, por lo que no procede otorgar la custodia de dicha menor a su madre" (T. 190 , p. 191).

"GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES, INCIDENTE DE .- DEBE RESOLVERSE EN LA SENTENCIA INTERLOCUTORIA, SIN QUE PROCEDA A DICTAR MEDIDAS PROVISIONALES, YA QUE QUEDARIA SIN MATERIA DICHO INCIDENTE.- Si bien es cierto que el incidente promovido, encuentra su fundamento en el artículo 88 del Código de Procedimientos Civiles, y en la fracción IV del artículo 282 del Código Civil, cuestión que ha de resolverse hasta la sentencia interlocutoria no es menos cierto que las medidas provisionales dictadas por el Juez el auto que admito la demanda incidental, no tienen fundamento legal y además quedaria sin materia el incidente de guarda y custodia de menores, que debe resolverse en el breve tiempo que señala el artículo 88 del Código de Procedimientos Civiles" (T. 187, p. 165).

CONCLUSIONES.

A través del desarrollo de este trabajo de investigación para poder lograr la elaboración de esta tesis nos hemos encontrado ante una serie de anomalías que a nuestro juicio se deben a ciertas lagunas que contienen los mismos preceptos legales, anomalías que se pueden observar en la práctica de los litigios ante los tribunales competentes, ya que la práctica ha reunido manejos costumbristas para ventilar los negocios de CONTROVERSIAS DEL ORDEN DE LO FAMILIAR; a continuación expondremos las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- La legislación, en relación con las Medidas Provisionales es acertada y estricta, pero incompleta, toda vez que como se ha estado citando en este trabajo se le deja una amplia facultad discrecional al juzgador de la materia para poder decretarlas y la misma legislación en ningún momento señala hasta donde pueden llegar esas facultades, ya que no las restringe. Si bien es cierto que las Medidas Provisionales es un acierto de nuestros legisladores, también es cierto que tanta facultad para decretarlas puede ser peligroso, si no se decretan concientizadamente, cayendo en un poder de arbitrariedad. Esta conclusión es en relación a la Responsabilidad de Organos Jurisdiccionales en materia Familiar.

SEGUNDA.- Consideramos que el juzgador dentro de la práctica no toma en consideración los medios de prueba que señala para decretar las Medidas Provisionales y en especial las que señala en el artículo 945 del Ordenamiento Adjetivo Civil, ya que si no es parte de alguno de los interesados en

el juicio, de solicitar se le de intervención a la trabajadora social adscrita al Tribunal Superior de Justicia, el Juez nunca le dará la intervención necesaria a ésta, no obstante que el resultado de ese trabajo ayudaría en gran parte a la solución del esclarecimiento de la verdad histórica que debe tomar en cuenta el juzgador para resolver la controversia, ya que ese mismo precepto lo pone a criterio del juez, ya que habla de que podrá cerciorarse personalmente o con auxilio de los Trabajadores Sociales de la veracidad de los hechos, esto nunca sucede, y como hemos señalado la GUARDA Y CUSTODIA se maneja generalmente por medio de CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR, he aquí la gran importancia que tendría el que el juez se cerciorara de la veracidad de los hechos que narran las partes.

TERCERA.- La Responsabilidad de los órganos jurisdiccionales en materia familiar, como hemos podido observar no se toca a fondo en estricto derecho, y tal situación se refleja en las jurisprudencias que hemos señalado, en donde la Justicia Federal viene a corregir los excesos que tienen los jueces de lo familiar, precisamente provocados por la facultad ilimitada que tienen para resolver problemas inherentes a la familia y en el caso concreto a la GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES.

CUARTA.- El juez de lo familiar, tratándose de Controversias del Orden Familiar con respecto a la GUARDA DE LOS MENORES, comete en muchas ocasiones arbitrariedades, que están sustentadas primordialmente en la Fracción VI del artículo 282 del Código Civil , en donde expresamente dispone que la

custodia de los menores de siete años de edad, estará a cargo de la madre, y esto, es lo que precisamente constituye nuestra principal inquietud, en virtud de que como lo hemos visto en la práctica del litigio, el juzgador no se da cuenta de las verdaderas condiciones en que la madre tiene al o a los menores que le dan en custodia, pues consideramos que para decretar a quien se le otorgará la guarda de un menor de siete años, el juez debe allegarse de los medios de prueba que en forma fehaciente le ayudará a formar su criterio con relación a esta cuestión. Aunado a lo anterior, lo dispuesto por el artículo 945 del Código de Procedimientos Civiles le debería de obligar al juez de lo familiar que en estricto derecho se aboque de oficio, tal y como lo dispone la ley, a averiguar cual es la verdadera situación, tanto moral, como económica de ambos progenitores del menor para poder dictar la sentencia definitiva, en la cual no quede dañado el bienestar de dicho menor.

QUINTA.- Nosotros consideramos que el legislador al facultar al juez de lo familiar, para que intervenga de oficio en los problemas inherentes a la familia, se hizo de buena voluntad, pero en la práctica esa facultad ilimitada se convierte en una potestad arbitraria que en muchas de las veces viola las Garantías Individuales de las personas que son sujetas a las Medidas Provisionales, porque se decretan dichas medidas en una forma unilateral, ya que la parte que las solicita, que viene siendo la parte actora en el juicio, ya sea ordinario civil o de controversias del orden familiar, únicamente está el dicho de esta parte, dejando en estado de indefensión a la otra parte, a la que va a ser sujeto de la Medida

Provisional, sin haber sido llamado, oído ni vencido en juicio, este es nuestro particular punto de vista.

SEXTA.- Toda vez que las controversias del orden familiar son de carácter público y social, luego entonces por qué el juez de lo familiar no emplea los medios que tiene a su disposición y de OFICIO desahogar todas y cada una de las pruebas ofrecidas por las partes e incluso él mismo puede solicitar mayores pruebas para que pueda emitir una resolución que realmente sea acorde a las necesidades de la familia.

SÉPTIMA.- Los alcances logrados hasta el momento por nuestra legislación, tratándose de controversias del orden de lo familiar, resultan ineficaces, por la mayoría de problemas familiares que han quedado sin resolver, por lo lento y por las trabas jurídicas que señala la misma ley, ya que no es practica, sino que por el contrario tiende a desesperar a las personas que acuden a tratar de solucionar sus conflictos familiares.

PROPOSICION PARTICULAR

Ante la situación que esta viviendo nuestra sociedad, de la disolución familiar por diversas causas, esto lleva por consecuencia a dirimir ante el órgano jurisdiccional, tales controversias, y quien va a solucionar estas diferencias, es el juez de lo familiar, quien esta facultado por la ley, para intervenir de oficio, y para ello, consideramos que la misma ley confiere facultades ilimitadas para que el

juzgador potestativamente las emplee, siempre y cuando se cerciorará realmente de los hechos que fundan las partes, ya que en la practica esa facultad se emplea en forma arbitraria, perjudicando más que a nadie a los menores de edad, por una medida provisional decretada por el juzgador, que fue dictada sin conocimiento de causa, razón por la cual se propone que los juzgadores empleen todas las formas que la misma ley le señala para que la medida provisional, se dicte con verdadero conocimiento de causa, empleando para tal efecto a los trabajadores sociales que están adscritos al Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, y medio el estudio socio económico correspondiente practicado a las partes, se este en la posibilidad más cierta de decretar la medida provisional, ya que la misma ley, lo contempla, más los juzgadores hacen caso omiso de esa posibilidad, dando como resultado en más de los casos en arbitrariedades que cometen los jueces familiares, por omitir aportarse sus mismas pruebas, por lo que en la practica y en la misma ley, debería de ser una obligación para el juzgador antes de dictar la medida provisional y más tratándose de guarda y custodia de menores.

BIBLIOGRAFÍA.

1. ARELLANO GARCÍA, Carlos Práctica Forense Civil y Familiar. México: Edt. Porrúa, S.A. 1981.
2. ARELLANO GARCÍA, Carlos Teoría General de Proceso, Edt. Porrúa, S.A. 3ª. Edición. México, 1989.
3. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Veinticinco años de Evolución del Derecho Procesal 1940-1965; Instituto de Investigaciones jurídicas de México, Méx. 1968.
4. BAYLÓN VALDOVINOS, Rosalio Teoría y Práctica del Divorcio. Edit. Mundo Jurídico. México, 1996.
5. BECERRA BAUTISTA, José El Proceso Civil en México. Libro Tercero- Los procesos impugnativos. Edit. Jus, S.A. México, 1963.
6. BOSSERT, Gustavo A. y Eduardo A. Zannoni. Manuel de Derecho de Familia. Edit. Astrea. De Alfredo y Ricardo De Palma, -- nos Aires. 1989.
7. CAPITANT, Henri Vocabulario Jurídico. Traducción Castellana de Aquiles Horacio Guaglianone. -- Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986.
8. CARDINI, Eugenio Osvaldo Lineamientos de la parte general del Derecho Civil. Ediciones De Palma. Buenos Aires, 1963.
9. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Edit. Porrúa, S.A. México, 1992.

10. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. Edit. Porrúa, S.A. - México, 1995.
11. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. F. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Edit. Porrúa, S.A. México, 1984.
12. DE PINA, Rafael y Rafael de Pina Vara. Diccionario de Derecho. Edit. Porrúa, -- S.A. México, 1990.
13. DE PINA, Rafael y José Castillo Larrañaga. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Edt. Porrúa, S.A., México, 1978.
14. DOMÍNGUEZ DEL RÍO, Jorge Derecho Civil. Parte General. Personas, - Cosas, negocio jurídico e Invalidez. Edit. - Porrúa, S.A. México, 1990.
15. GALINDO GARFIAS, Ignacio Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia. Edit. Porrúa, S.A. México, 1995.
16. JOSSERAND, Louis Derecho Civil. Tomo III, Vol. I; Los regímenes matrimoniales. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Ediciones Jurídicas Europa-América. Bosch Cía. Editores Buenos Aires.
17. GONZÁLEZ, Juan Antonio Elementos de Derecho Civil. Edit. Trillas, México, 1995.
18. MONTERO DUHALT, Sara Derecho de Familia; Edit. Porrúa, S.A. México, 1992.
19. MUÑOZ, Luis y Salvador Castro Zavaleta. Comentarios al Código Civil. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1983.

20. ROJINA VILLEGAS, Rafael Derecho Civil Mexicano. Introducción y -
Personas. Tomo Primero. Edit. Porrúa, -
México, 1975.
21. ROJINA VILLEGAS, Rafael Derecho Civil Mexicano. Tomo Segundo.
Derecho de Mexicano. Edit. Porrúa, S.A.
México, 1993.

ANALES DE JURISPRUDENCIA. Publicada por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Índice 1990. Derecho Familiar.

ANALES DE JURISPRUDENCIA. Publicada por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. 30 de diciembre de 1932. Tomo 203- Año 2. Tercera Epoca. Enero, Febrero, Marzo 1991.

Compilación de Jurisprudencias y Ejecutorias Importantes en Materia de Familia 1917 a 1988. Tomo II. Divorcio. México, 1992. Rogelio Alfredo Ruíz Lugo - Jorge Guillén Mandujano.

Compilación Mayo del Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volúmenes 67 al 72. Tribunales Colegiados XII.

LEGISLACIÓN CONSULTADA.

-CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. COMENTADA, COLECCIÓN POPULAR, MÉXICO, 1993.

-CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, MÉXICO, 1985.

-CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA Y TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL. CONCORDADO. JORGE OBREGÓN HEREDIA, MÉXICO, 1993.

-CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. EDIT. PORRÚA, S.A. MÉXICO, 1989.

-CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. COMENTADO Y CONCORDADO. EDIT. PORRÚA, S.A., MÉXICO, 1990.

-CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. LEGISLACIÓN MEXICANA, MÉXICO, 1984.

-LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES. EDIT. ANDRADE, S.A., MÉXICO, 1964.