

297



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

CAMPUS ARAGÓN

**LA DESIGUALDAD QUE EXISTE ENTRE LOS CONYUGES Y
LA ANTICONSTITUCIONALIDAD AL OTORGARSE LA
GUARDA Y CUSTODIA PROVISIONAL DE MENORES
DURANTE EL PROCEDIMIENTO, EN EL DIVORCIO
NECESARIO**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

VICTOR MANUEL MEDINA FLORES

**ASESOR :
LIC. JESÚS YAÑEZ MIRON**



MEXICO.

2000

2000



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

LIDIA FLORES GONZALEZ.

Gracias por haberme dado la vida, y de tantos años de sacrificio y esfuerzo, para que lograra esta meta, la cual constituye la herencia más valiosa que pudiera recibir.

MANUEL MEDINA MORA. (†)

Gracias por haberme dado la vida y lamento que no pueda estar conmigo en este momento tan especial, pero siempre llevare su recuerdo.

A MIS HERMANOS.

EPIFANIO, LUISA, JOSE SOCORRO,
GERMAN Y ADRIAN.

Gracias por haberme apoyado desde el inicio de mis estudios, y el que haya llegado a este nivel de estudios es gracias a su vida de lucha, sacrificio y esfuerzo, y les agradezco también el haber sacado adelante a nuestra querida Madre.

A TODA MI FAMILIA.

Quienes me brindaron su ayuda a lo largo de toda mi carrera profesional.

A LA UNAM, A LA ENEP ARAGÓN Y A MIS PROFESORES.

Por haberme brindado la oportunidad de adquirir uno de los valores más preciados de la humanidad la educación profesional y con la promesa de poner en alto el nombre de la universidad.

AL LIC. JESUS YAÑEZ MIRON.

Con mi más sincero agradecimiento, por su invaluable apoyo, para la terminación de esta investigación y de esta forma haber podido concluir mis estudios de Licenciatura.

AL SINODAL INTEGRADO POR LOS SEÑORES LICENCIADOS.

LIC. JUAN MANUEL HERNANDEZ ROLDAN.
LIC. JESUS YAÑEZ MIRON.
LIC. ARIADNE A. MORAN ROSALES.
LIC. DAMIANA SUSANA DIAZ OLIVA.
LIC. JULIO CESAR NAVARRO.

Gracias por enriquecer mi investigación, con sus valiosos consejos.

**A TI GLORIA YAZMIN
CASTAÑEDA MORALES.**

Porque desde que te conocí,
siempre has estado a mi lado
incondicionalmente, en cualquier
momento, y quiero agradecerte tu
gran ayuda para poder realizar esta
investigación, y quiero que sepas
que este logro también es tuyo.

**ASIMISMO QUIERO AGRADECER
A TODAS LAS PERSONAS QUE ME
APOYARON DE UNA U OTRA
FORMA**

INDICE

Introducción.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES SOBRE FAMILIA, MATRIMONIO Y DIVORCIO

1.1. La Familia en la antigüedad.....	1
1.2. En México.....	16
1.2.1. Código Civil de 1870.....	18
1.2.2. Código Civil de 1884.....	20
1.2.3. Ley de Relaciones Familiares de 1917.....	21
1.2.4. Código Civil de 1928.....	23
1.3. El Matrimonio.....	24
1.3.1. Concepto y naturaleza jurídica.....	25
1.3.2. Los Esponsales.....	29
1.3.3. Derechos y obligaciones que nacen del matrimonio.....	32
1.3.4. Requisitos e impedimentos para contraerlo.....	37
1.3.5. Régimen matrimonial en relación con los bienes.....	42
1.3.6. Sobre los matrimonios nulos e ilícitos.....	47
1.4. Divorcio.....	50
1.4.1. Concepto y Naturaleza jurídica.....	51

1.4.2. Divorcio necesario.....	52
1.4.3. Divorcio Administrativo.....	53
1.4.4. Divorcio por mutuo consentimiento.....	54

CAPITULO SEGUNDO

GUARDA Y CUSTODIA.

2.1. Guarda y Custodia de menores.....	56
2.1.1. Etimología de las palabras guarda y custodia.....	58
2.1.2. Concepto, Naturaleza e Importancia de la misma.....	59
2.2. Características.....	70
2.2.1. Protección y Cuidado.....	70
2.2.2. Crianza.....	71
2.2.3. Educación.....	72
2.2.4. Vigilancia.....	74
2.3. Instituciones jurídicas fundamentales.....	86
2.3.1. Concepto de Minoría de edad.....	87
2.3.2. Capacidad de goce y de ejercicio.....	88
2.4. Su otorgamiento en el procedimiento como medida provisional.....	94
2.4.1. Concepto de Medida Provisional.....	94
2.4.2. Naturaleza Jurídica.....	96

2.4.3. En el Derecho Adjetivo.....	97
2.4.3.1. Como acto prejudicial.....	98
2.4.3.2. En las controversias del orden familiar.....	99
2.4.4. En el Derecho Sustantivo.....	105
2.4.4.1. En la separación de cónyuges.....	106
2.4.4.2. En la separación de concubinos.....	108
2.4.4.3. En la unión libre.....	109
2.5. Como medida provisional, como lo establece el artículo 282 fracción VI, del Código Civil para el Distrito Federal.....	111

CAPITULO TERCERO

LA DESIGUALDAD JURÍDICA ENTRE LOS CÓNYUGES Y LA ANTICONSTITUCIONALIDAD, AL OTORGARSE LA GUARDA Y CUSTODIA PROVISIONAL DE MENORES DE SIETE AÑOS SÓLO A LA MADRE.

3.1. Principios generales de derecho durante el procedimiento.....	115
3.2. Principio de Igualdad, establecido en el artículo 4 Constitucional y en el Código Civil para el Distrito Federal.....	118
3.3. La Anticonstitucionalidad del artículo 282 fracción VI, parte final del Código Civil para el Distrito Federal al otorgar el Juez de lo Familiar, la guarda y custodia provisional de los hijos menores de siete años a la madre.....	122
3.3.1. Artículo 14 Constitucional.....	127
3.3.2. Artículo 16 Constitucional.....	130

3.4. Adición al artículo 282 fracción VI parte final del Código Civil para el Distrito Federal.....	134
3.5. La creación en el Código de Procedimientos Civil para el Distrito Federal, de un capítulo único en donde se regule sobre la guarda y custodia provisional de menores.....	151
Conclusiones.....	168
Bibliografía.....	171
Legislación.....	175
Fuentes Complementarias.....	176

INTRODUCCION

El presente trabajo surge en razón de que se han dado casos en nuestra Sociedad, en que la madre a quien se le otorga la guarda y custodia provisional de sus hijos, no suele ser la más adecuada para el ejercicio de este derecho, y en consecuencia se ponga en peligro la integridad física y mental del menor, es por ello que el objetivo de nuestro trabajo de tesis es el lograr una mayor y mejor protección de los menores en estos casos en especial, por lo que primeramente se estudiara una de las más importantes instituciones jurídicas dentro del derecho "La Familia", siendo esta la base principal y el medio para comprender el funcionamiento de nuestra sociedad, por lo que se hablara de ella desde su origen y desarrollo a lo largo de la historia de la humanidad, como en las diversas culturas y ordenamientos legales vigentes que la han regulado en nuestro país.

Se tratará también sobre dos de las figuras jurídicas que están íntimamente ligadas a la familia, esas instituciones de las que hablaremos son el matrimonio y el divorcio, desde su origen, desarrollo y regulación jurídica.

Por lo que se refiere al matrimonio este es fuente generadora de la familia, sobre este será importante conocer entre otras cosas, su concepto, naturaleza jurídica, requisitos e impedimentos para contraerlo, así como los derechos y obligaciones que nacen entre los cónyuges y estos en relación con sus hijos.

En relación con el divorcio, será de gran trascendencia el hablar de su concepto, naturaleza y los diversos tipos de divorcio, de los cuales el que más nos interesa es el divorcio necesario, ya que es en donde nace nuestra propuesta, en razón que en éste los cónyuges se encuentran en una verdadera contienda para que se les otorgue

la guarda y custodia de sus hijos, ya que al solicitarse el divorcio necesario por alguna de las causas señaladas en la ley, el Juez de lo Familiar en caso de la existencia de menores de siete años, le otorgara a la madre en forma provisional la guarda y custodia de sus hijos, medida que sólo tendrá vigencia durante la tramitación del procedimiento, es aquí precisamente en donde nace nuestra inquietud para desarrollar este tema, por considerar que esta medida no es lo más justo para el padre que se ve privado de la convivencia constante con sus hijos, sin que previamente haga valer lo que su derecho convenga en relación con esta medida, ya que éste al igual que la madre también esta ejerciendo la patria potestad sobre sus hijos, por otro lado también comentaremos algunos supuestos en los cuales pudiera incurrir la madre para que no se le deba conceder la guarda y custodia de sus hijos.

En el segundo capítulo, se tratara en forma particular sobre la guarda y custodia de menores, la cual es una institución dentro del derecho de familia y de la cual nace nuestra propuesta, esta figura es consecuencia y un deber en el ejercicio de la patria potestad, en virtud de que esta ultima se ejerce sobre la persona de los hijos y su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, asimismo se estudiaran algunos de los elementos que la comprenden como son la protección, cuidado, crianza, educación, vigilancia entre otros.

En este capítulo también se hablara de aquellas instituciones jurídicas que se refieren a la persona del menor, por ser necesario su análisis para entender que los menores en sus primeros años necesitan una mayor protección jurídica, ya que por naturaleza carecen de la capacidad legal y natural para bastarse por si mismos en la vida, por último en el segundo capítulo trataremos del otorgamiento de la guarda y custodia de menores dentro del derecho adjetivo, como en el sustantivo y como

medida provisional como lo establece el artículo 482 fracción VI del Código Civil para el Distrito Federal.

En el último capítulo de este trabajo se expondrá nuestra propuesta, la que tiene como única finalidad la protección del menor durante la tramitación del divorcio de sus padres, esto quiere decir, que lo que procuramos es que el interés del menor sea considerado sobre cualquier otro que vaya en su perjuicio.

Esperamos que aquellos que lean este trabajo, les sea de gran utilidad nuestro punto de vista, ya que se realiza siempre tomando en cuenta lo que mejor le convenga a los intereses del menor de edad, y proteger aún más su integridad física y mental, ante la separación de sus padres, ya que ellos son los más perjudicados por esta separación.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES SOBRE FAMILIA, MATRIMONIO Y DIVORCIO.

1.1. La familia en la antigüedad.

La familia, la más antigua institución humana, natural, espontánea e irreductible, que surge antes de la formación de cualquier idea de estado y de derecho, misma que es un elemento clave para la comprensión y funcionamiento de toda sociedad, por lo que para su comprensión es necesario conocer su origen, cambios y funciones, a través de la historia.

Dentro del derecho positivo, no encontramos una definición de lo que se debe de entender por familia, por lo cual debemos de recurrir a la doctrina, en ésta cada autor tiene su propio punto de vista al respecto, de los cuales encontramos los elementos que constituyen a la misma, dando así como resultado, que en la doctrina no existe uniformidad de criterios, en cuanto a lo que se debe de entender por Familia.

Para iniciar con el estudio de esta figura jurídica, debemos de comenzar por saber el sentido etimológico de la misma "La palabra familia, según la opinión más general, procede de la voz "familia", por derivación de "*Famulus*", que a su vez procede del osco "*Famel*", que significa siervo, y más remotamente del sánscrito "*vama*". hogar

o habitación, significando, por consiguiente "el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa".¹

Ahora bien, es importante conocer algunos conceptos de diversos autores, para saber cuales son los elementos que integran esta institución a estudio; para el maestro Fassi - comprende el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje, incluyendo los ascendientes, descendientes y colaterales del cónyuge denominados por afinidad; para López de Carri-Spota - La Familia esta integrada por las personas entre las cuales existe una relación de parentesco así como por quienes se hayan unidas en matrimonio; para Chavez Asencio - en sentido amplio comprende la familia tres ordenes de relaciones, las conyugales, las paterno-filiales y las parentales y en sentido restringido, es el grupo formado por los cónyuges y los hijos de estos, con exclusión de los demás parientes, y se integra por relaciones conyugales y paterno-filiales.

También se entiende como "...el grupo humano primario, natural e irreductible, que se forma por la unión de la pareja hombre-mujer."²

Según el punto de vista del maestro Ignacio Galindo Garfias "Esta relación conyugal, paterno filial y de parentesco colateral de origen consanguíneo o simplemente de naturaleza legal, establece vínculos entre los componentes de ese grupo familiar, de diverso orden e intensidad (sentimentales, morales, jurídicos, económicos y de auxilio o ayuda reciproca) que no permanecen ajenos al derecho adjetivo, sino por el contrario, este afianza, reafirma y consolida, atribuyendo a

¹ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho, Derecho de familia y Relaciones Jurídicas Familiares. 4ª ed., Porrúa, México 1997. p. 40.

² MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. 3ª. ed., Porrúa, México 1987. p. 2.

dichos vinculos el carácter de deberes, obligaciones, facultades y derechos, que manifiestan su naturaleza especial y presentan carácter fundamentales distintos en muchos aspectos, de cualquiera otras relaciones jurídicas".³

De los conceptos antes expuestos se desprende un elemento esencial que constituye o crea la familia, el cual es de carácter biológico, la unión sexual o la procreación, y en el caso de la unión de una sola pareja, para que esta sea considerada como una familia se requiere de dos elementos; la permanencia más o menos prolongada y la cohabitación, aunque de esta unión no resulte la procreación.

También de los conceptos indicados, según la forma en que se constituya una familia, se puede clasificar en: legítimas, las cuales se fundan en el matrimonio y las ilegítimas, que son las familias que se encuentran en concubinato. Para poder conceptualizar, lo que se puede entender por familia, ha requerido de muchos esfuerzos, por las diversas acepciones del vocablo ya que por "...familia usualmente puede comprenderse tanto el grupo primario y celular denominado también familia particular, "pequeña familia", "familia nuclear" o "familia conyugal", a la que preferiremos llamar familia-institución, como asimismo el grupo compuesto por individuos que reconocen un vínculo parental, denominado "gran familia" o "familia parentesco".⁴

³ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia. 14ª ed.. Porrúa, México 1995, p.p. 447- 448.

⁴ MENDEZ COSTA, María Josefa Y Daniel Hugo D' ANTONIO. Derecho de Familia Tomo I. Rubinzal-Culzoni, Editores, República de Argentina.

sobre la mujer casada); y el *mancipium*, la que ejerce un hombre libre, sobre una persona libre.

Los *sui juris*, son las personas libres de toda potestad, es el hombre llamado *paterfamilias* o jefe de familia, que implica tener un patrimonio propio y el cual ejerce todas las clases de potestades mencionadas, la mujer *sui juris* (*materfamilias*) puede tener patrimonio y sólo ejerce la potestad sobre los esclavos, no así la autoridad paterna, la *manus* y el *mancipium*, los cuales sólo pertenecen a los hombres.

Una vez expuesto lo anterior, estudiaremos la organización de la Familia Romana: "En el sentido propio se entiende por familia o *domus* la reunión de personas colocadas bajo la potestad o la *manus* de un jefe de familia. La familia comprende, pues, el *paterfamilias*, que es el jefe; los descendientes que están sometidos a su patria potestad y la mujer *in manu*, que está en una condición análoga a la de una hija (*loco filia*)".⁸

Como se dijo en un inicio, ésta se caracteriza por un régimen patriarcal, es decir, existía una completa soberanía del padre o del abuelo paterno, quienes son considerados como dueños de las personas bajo su potestad, quienes pueden excluir a sus descendientes por la llamada emancipación, de igual forma podrían adoptar a una persona extraña a la familia, también es el propietario único de todo el patrimonio que ingresara a la familia y es quien celebra la *sacra privata*.

⁸ PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. 10ª. ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México. 1993. p. 93.

Los miembros de la familia Romana, están unidos entre ellos, por el parentesco civil, distinguiéndose en este el natural o *cognatio* y el civil o *agnatio*, en el *cognatio*, el parentesco que une a las personas descendientes unas de otras o de un tutor común, en la sociedad romana y según su derecho los cognados no forman parte de la familia civil; la *agnatio*, se funda en la potestad paterna o marital son los descendientes por vía de varones, dentro de éste también se encuentra la mujer in manu, los miembros de este tipo de parentesco son llamados agnados, quienes tenían prerrogativas tales como: ejercer la tutela, la curatela y el derecho a heredar, la causa por la que podrían perder éste carácter era a través de la *capitis diminutio*.

De lo anterior se desprende, que la composición de la familia era arbitraria y poco de acuerdo al derecho natural, puesto que podría comprender personas extrañas por medio de la adopción, igualmente encontramos que la madre de familia era excluida de la familia civil, a menos que ésta hubiere sido casada in manu, circunstancia que se extendía a los parientes por parte de madre.

En cuanto a las personas consideradas como *alieni juris*, las cuales se encuentran sometidas a la patria potestad, la manus o al *mancipium*, nos ocuparemos sólo a la figura jurídica de la Patria Potestad, pero esto será mas adelante, por ser esta materia de nuestro segundo capítulo, siendo necesario primeramente conocerla en el Derecho Romano, esta potestad le pertenecía al jefe de la familia civil, que la ejercía el ciudadano romano, sobre un hijo también ciudadano, resultado más benéfica para el que la ejerce que para el que esta sujeto a ella, la madre de familia nunca ejerció este derecho.

Se concedían derechos rigurosos y absolutos al padre, que se asemejaban a los del amo sobre su esclavo, sobre los bienes y personas que están sometidos a ella, se tenía poder de vida y muerte, también podían emancipar a los hijos a un tercero, el hijo de familia sometido a la patria potestad no tenía bienes propios estos eran propiedad del paterfamilias.

Es necesario comentar un poco de la organización de la familia en la Edad Media, para poder llegar a comprenderla en la Sociedad Moderna; en la Edad Media, la familia se constituyó como un organismo político y económico para bastarse por ella misma; para los Germanos, la familia en sentido estricto se forma por el marido y la mujer y los descendientes de ellos, comprendiéndose también a los siervos. En esta etapa se continuó con la autoridad de mando del hombre sobre la mujer, uno de los logros más importantes dentro de esta etapa de la historia del hombre, es que la figura de la patria potestad, se transformó en un poder de protección para los hijos, sin embargo, todavía se negaba este derecho a la madre. Por la existente relación entre el Estado y la Iglesia Católica, todo lo relativo a la familia y el matrimonio fue regulado por el Derecho Canónico, para éste la familia comprendía también a los parientes más lejanos y se elevó el matrimonio a la categoría de sacramento, y como consecuencia a la mujer se le reconocieron derechos dentro de la familia, combatiéndose con esto las relaciones en concubinato.

Matrimonio.

Una de las figuras jurídicas, íntimamente ligadas a la familia es la del Matrimonio, el cual es fuente generadora de ésta y base fundamental de todo el Derecho de Familia.

La palabra matrimonio deriva de la voz latina *matrimonium* que significa "carga de la madre", y a su vez la palabra "*patrimonio*" expresa carga del padre, dando a entender la carga y el cuidado que la madre ha de procurar sobre sus hijos y la organización del hogar y el padre el de proveer el sustento de la familia.

Dentro de la historia de esta institución, la misma coincide con la de la familia, el autor Rafael Rojina Villegas enumera como grandes etapas dentro del matrimonio las siguientes:

- a) Promiscuidad Primitiva.- La Promiscuidad Primitiva impidió determinar la paternidad, por ende, la organización de la familia se estructuró en relación con la madre, siguiendo los hijos su condición jurídica y social, dando lugar al matriarcado.
- b) Matrimonio por Grupos.- En este tipo existía una promiscuidad relativa, pues en la tribu los miembros que la integraban eran reconocidos como hermanos entre sí, prohibiéndose el matrimonio con las mujeres del mismo clan, por lo que surgió la necesidad de buscar la unión sexual con las mujeres de otra tribu, al principio no se realizaba en forma individual sino por un determinado grupo de hombres con igual número de mujeres de una tribu diferente, ocasionando un desconocimiento de la paternidad imperando de ésta forma el matriarcado.
- c) Matrimonio por Rapto.- Este surgió en períodos de guerra y de ideas de dominación, la mujer era tratada como parte del botín de guerra, los vencedores adquieren en propiedad a las mujeres, bienes y animales.

d) Matrimonio por Compra.- En éste se consolida la monogamia, el marido adquiere el derecho de propiedad sobre la mujer y se organiza jurídicamente a la familia, reconociéndose la potestad al esposo, como un poder absoluto e ilimitado del padre sobre los miembros que integraban a su familia.

e) Matrimonio Consensual.- El matrimonio se presenta como la manifestación libre de voluntades entre hombre y mujer, uniéndose para establecer un estilo perdurable de vida y perpetuar la especie; creándose ya el concepto moderno.⁹

También se llegó a hablar de otras formas de matrimonio, como lo son: el matrimonio por servicio o por intercambio, llegando a significar estos como una legitimación para su celebración.

En el Derecho Romano el Matrimonio, era de interés político y religioso para la continuación de cada familia o *gens*, era tan solo una vida consuetudinaria entre los cónyuges que establecía un consorcio para toda la vida, para "Modestino, hacia el final de la época clásica, nos da su definición de matrimonio que dice: "*Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, concurtium omnis vitae, divini et humani juris comunicatio*". (La unión del hombre y de la mujer implicando igualdad de condiciones y comunidad de derechos divinos y humanos)".¹⁰

Dentro de la Sociedad Romana, se distinguían tres formas por las cuales se podría celebrar el matrimonio; la *confarreatio*, este era el matrimonio celebrado solo entre

⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Personas Compendio de Derecho Civil I, Introducción y Familia*, 26ª. ed., Porrúa, México 1995, p.p. 277 - 278.

¹⁰ PETIT, Eugenc. Ob. cit., p. 104.

patricios; el *coemptio*, celebrado entre romanos no patricios y por último a través del *usus*, que era solo la simple cohabitación entre dos personas.

El matrimonio, se integra por dos elementos esenciales, uno físico conjunción del hombre con la mujer, como unidad de vida, llamado *in domum mariti* iniciándose de esta forma el matrimonio y el segundo es el *animus*, es el factor espiritual, llamado *affectio maritalis*. Uno de los principales fines del matrimonio romano era la procreación de los hijos, a través del desarrollo de esta sociedad se llegó a tomar en cuenta a la esposa en la casa del marido y dentro de la sociedad, quien participó en el rango social del marido, contando con algunos honores como la celebración de la *sacra privata*, resultando de esta manera la unión de los contrayentes más estrecha, llegando a acompañarse la *manus* en la celebración del matrimonio, entrando de esta forma a formar parte de la Familia Civil.

Por otro lado las condiciones de validez en el matrimonio en Roma eran, la pubertad de los esposos 12 años en la mujer, 14 a 16 años en los hombres, el consentimiento de los esposos, el consentimiento del jefe de familia, en el supuesto de que los cónyuges fueran *alieni juris*, necesitaban del *connubium*, que era la aptitud legal para contraer las *justae nuptiae*, el cual solo lo tenían los ciudadanos romanos

Es de importancia, conocer que era el matrimonio para el derecho canónico, para éste es un contrato legítimo entre un hombre y una mujer, mediante el cual se entregan mutuamente, es el derecho perpetuo y exclusivo sobre sus cuerpos, en orden a los actos que por su naturaleza son aptos para engendrar hijos, elevando de esta manera el matrimonio a la categoría de sacramento, en donde los fines del

mismo son, la procreación y educación de los hijos, siendo este su fin primario y la ayuda mutua es solo considerado como un fin secundario.

En el Código de Napoleón, que surge durante la Revolución Francesa, con su carácter netamente individualista, considera a la figura jurídica del matrimonio, como una sociedad entre el hombre y la mujer, que se unen para perpetuar la especie y para ayudarse mutuamente a llevar el peso de la vida, durante el desarrollo de ésta revolución se reacciona en contra del matrimonio sacramental y se sustentaba la distinción entre que si era un contrato o un sacramento, llegando al fin a considerarlo como un contrato civil, por la simple manifestación del consentimiento.

Divorcio.

Una vez que se ha estudiado la figura jurídica de la Familia, así como su fuente principal que es el matrimonio a través de la historia, ahora es necesario el análisis de la figura por la cual se puede disolver legalmente el matrimonio, y que a su vez provoca la desintegración de la familia, que surge al mismo tiempo en que el derecho intervino para organizar jurídicamente el matrimonio, la figura de la que se hablará es la del Divorcio.

Divorcio.- Del latín *divortium*, deriva de *divertere* (irse cada uno por su lado). Es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas por la ley.

Este ha asumido formas y producido efectos diversos, dependiendo de cada cultura en particular. es decir, siempre se ha hablado de una forma de divorcio en los pueblos antiguos, como los de Babilonia, Grecia, Persia, etc., en los cuales apareció una forma por la que se podía disolver el matrimonio, derecho que solo se le concedía al varón, éste derecho se le llamo *Repudio*, el cual se daba por causas bien establecidas, como el adulterio, la esterilidad, la torpeza y como excepción se concedía a la mujer en el supuesto caso de que el marido la maltratara.

En el Derecho Romano durante mucho tiempo, el pater familias tenía el derecho de romper el matrimonio de sus hijos, con el tiempo se crearon las causas por las cuales se podría disolver el vínculo matrimonial entre los romanos, estas fueron por muerte de uno de los cónyuges, por la pérdida del *connubium* (la reducción a la esclavitud o por caer prisionero de un pueblo enemigo) y por ultimo encontramos el divorcio que en los orígenes del pueblo Romano fue conocido y regulado jurídicamente, el cual tenía diferentes formas, dependiendo si el matrimonio había sido celebrado *cum manus* o *sine manus*.

Cum manus.- Era el derecho que tenía el marido de repudiar a su mujer, este era un acto unilateral y exclusivo, en este caso si el matrimonio fue celebrado en forma solemne por *Confarreatio*, este se disolvería por la *Difarreatio*, el cual tenía también ciertas formalidades, si fue celebrado por *Coemptio* (compra de la mujer), se disolvería por medio de la *Remancipatio*.

Sine manus.- Este era el derecho a disolver el matrimonio, de una manera reciproca y asumía dos formas una era la *Bona Gratia*, es decir, por mutuo consentimiento de los cónyuges llamado (*divortium comuni consensu*) sin ninguna formalidad, la

segunda forma era el repudio sin causa, es decir, por voluntad de cualquiera de los esposos aún sin mediar causa, en éste caso lo tenían todas las mujeres, excepto las manumitidas y las casadas con sus patrones.

Durante el Imperio de Justiniano, se reconocieron cuatro tipos de Divorcio: el mutuo consentimiento, la petición de un cónyuge mediando causa legal, la voluntad unilateral de un cónyuge, sin mediar causa legal y la bona gratia.

Durante el Cristianismo el divorcio fue condenado generalmente, ya que en el siglo X la Iglesia pronuncia la indisolubilidad del matrimonio, en el derecho germánico antiguo, el divorcio podía tener lugar por medio de un convenio entre el marido y los parientes de la mujer, más adelante fue entre los esposos y de manera sorprendente llegó a ser por la sola voluntad unilateral del marido.

1.2. En México.

La familia, es una institución social, moral y jurídica, misma que se edifica sobre relaciones primarias que la sustentan, como lo son, la unión sexual, la procreación, el amor, la asistencia, la cooperación, el afecto y la intimidad, la cual ha evolucionado a través de la historia.

En los pueblos prehispánicos, su régimen jurídico fue muy rudimentario, ya que apenas se tenía noticia de algunas relaciones contractuales, dentro de las costumbres familiares había una enorme variedad, tanto por lo que respecta a los principios básicos del matrimonio, como a las costumbres e influencias sociales de la familia.

En la sociedad de aquellos pueblos, existió la poligamia, vista como un privilegio entre los pudientes, como los reyes que tenían las mujeres que querían de todos los niveles, pero una como legítima la cual era de linaje principal y alta sangre, esto fue considerado para los conquistadores como un problema moral, para la evangelización de esos pueblos.

En los pueblos Otomies, las familias tenían costumbres que dejaban mucho que desear, por ejemplo era lícito abusar de una doncella antes de casarse, también en el caso de disgustarse el marido con su esposa, este podía dejarla y tomar otra como su esposa; los Nahuas reconocían la figura del paterfamilias, en estas tribus había un tipo de matrimonio en el que se guardaba mucha lealtad, se contraía con expreso consentimiento de los parientes, los considerados como jefes de la tribu eran los únicos que podían tener otra esposa, practicándose en la mayoría de la sociedad la monogamia; entre los Chichimecas, existió el matrimonio con una sola mujer y el cual se celebraba por medio de un contrato; en los pueblos Olmecas y Toltecas, existió una clase de rito para la celebración del matrimonio.

En estos pueblos, a pesar de que tenían costumbres y tradiciones muy rígidas en los códigos existió el Divorcio, pero se habla muy poco sobre éste, a los que se les llamaban jueces lo consideraban como una deshonra a los padres y parientes, el divorcio consistía principalmente en el repudio, por causas como la esterilidad, el adulterio, abandono del domicilio conyugal, dentro de estas sociedades el adulterio se castigaba con la pena de muerte, pues se consideraba como un ilícito, en donde el marido ejecutaba la sentencia. Según indicios de aquellas culturas, a la llegada de los españoles había un problema acerca de que sí existía o no el matrimonio en estas

tierras, determinando posteriormente, tanto las autoridades Civiles como las Religiosas, que los naturales tenían legítimo matrimonio entre ellos.

En la época de la Colonia, el matrimonio tenía disposiciones generales en el derecho canónico y en la legislación de Castilla, también en las Indias se crearon disposiciones en cuanto a las figuras de la familia y el matrimonio, por las condiciones que se vivían en cada pueblo. En materia de divorcio, el único que se reconocía era el llamado divorcio separación, que no otorgaba libertad para contraer un nuevo matrimonio, mientras viviera el otro cónyuge.

Las leyes de la Nueva España, tenían como propósito que se levantara la raza autóctona al nivel de los colonizadores, por lo cual no ponían ninguna traba a los matrimonios entre españoles e indígenas, dentro de las reglas de Derecho Civil para el matrimonio, se disponía que tanto en España como en las Indias, los menores de veinticinco años necesitaban consentimiento de sus padres para poder contraerlo, o en su defecto la madre, abuelos o parientes cercanos, tutores y por último por aprobación judicial, ya que sin esta licencia no producía efectos civiles en relación con los cónyuges, ni en cuanto a los hijos.

1.2.1. Código Civil de 1870.

En el México Independiente, era imposible cambiar el régimen jurídico vigente, por lo que se siguió observándose el sistema de la Colonia.

Con las leyes de Reforma y a pesar de que durante mucho tiempo el matrimonio fue de competencia exclusiva de la Iglesia, con estas leyes se originó una lucha entre el Estado y la misma Iglesia, por lo que el primero pretende asumir lo relativo al matrimonio, surgiendo con ello la teoría del matrimonio como contrato, "...como un medio de justificar en él la intervención del Estado implicando que su esencia este constituida por la libertad de los contrayentes. La voluntad de estos se traducía en existencia del contrato mismo y por ello, sometido al poder secular...".¹¹

México no escapó a las ideas liberales y de desacralización que surgieron durante la Revolución Francesa, considerándose con tal influencia, que el matrimonio era un contrato civil, durante el período en el cual por Ministerio de Ley Benito Juárez, sustituyó como presidente a Ignacio Comonfort, y hasta las Leyes de Reforma dictadas por el propio Benito Juárez, entre otras leyes se dictaron la Ley del Matrimonio Civil del 23 de Julio de 1859 y la Ley del registro Civil del 28 de Julio del mismo año, por medio de éstas se excluye a la Iglesia de la competencia en materia de matrimonio, estableciendo así que el matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y validamente ante la autoridad civil, el cual solo se podrá celebrarse entre un hombre y una mujer, por lo que la bigamia y la poligamia estaban prohibidas dentro de nuestra sociedad. Estas leyes consagran al igual que el Derecho Canónico que el matrimonio civil es indisoluble y que solo la muerte de uno de los cónyuges es el medio natural para disolverlo, desconociéndose así el carácter religioso del matrimonio como sacramento, y proclamándose de esta forma la indisolubilidad del matrimonio.

¹¹ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Ob. cit., p. 66.

El Código de 1870 del 13 de diciembre, deroga toda la legislación anterior, éste completó y desarrolló la organización de la familia y del matrimonio en las siguientes bases: define al matrimonio como la sociedad legítima de un solo hombre y de una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida, obligando a los cónyuges a guardarse fidelidad, socorrerse mutuamente y contribuir a los objetos del matrimonio, consagra que el divorcio, no disuelve el vínculo matrimonial, solo suspende algunas de las obligaciones civiles a las que están sujetos los cónyuges: clasifica a los hijos en legítimos y en hijos fuera del matrimonio, subdividiendo a estos últimos en hijos naturales y en hijos espurios, es decir, en adulterinos o incestuosos, para conferirles derechos hereditarios, confiere la patria potestad al padre en exclusiva y a falta de éste, lo ejerce la madre; fija la edad mínima para contraer matrimonio, para el hombre 14 años y para la mujer 12 años, obligó al esposo a dar protección y alimentos a la esposa; e instituyó a los herederos necesarios o forzosos mediante la figura de las legítimas.

1.2.2 Código Civil de 1884.

Las leyes y decretos expedidos antes de éste fueron la Ley Constitucional del 25 de septiembre de 1873, por decreto número 7200 que adiciona y reforma la Constitución Federal de 1857 y el decreto del 14 de diciembre de 1874, ambos prevenían que el matrimonio es un contrato civil, de igual manera establece que el matrimonio y los demás actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes y tendrán la fuerza y validez que las mismas leyes le

atribuyan, el matrimonio podrá celebrarse mas que por un hombre con una sola mujer, la bigamia y la poligamia eran delitos que la ley castigaba, la voluntad de los contrayentes constituye la esencia del matrimonio civil, el matrimonio no se disolveria más que por la muerte de uno de los contrayentes y sólo se admite una separación temporal, conservando todos los efectos legales del matrimonio, asi como el cumplimiento de las obligaciones. Este introdujo como única innovación importante, el principio de la libre testamentificación, que abolió la herencia forzosa y suprimió el régimen de las legítimas en perjuicio principalmente de los hijos de matrimonio, es decir, se suprimió el sistema de los herederos forzosos (legítimos). por el cual el testador no podía disponer de ciertos bienes por estar asignados legalmente a sus herederos.

1.2.3. Ley de Relaciones Familiares de 1917.

Anterior a esta ley se trato sin éxito de introducir en México el divorcio vincular, el 30 de octubre de 1891 Juan A. Mateos, presento la iniciativa a la Cámara de Diputados para derogar la fracción IX del artículo 23 de la Ley orgánica del 14 de diciembre de 1874, en la cual se establecía que el matrimonio solo se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, proponiendo que se permitiera el divorcio en cuanto al vinculo, no llego a prosperar dicha iniciativa divorcista, proclamándose en contra de esta grandes Jurisconsultos de esa época.

En la etapa de la Revolución o como lo llama Ramón Sánchez Medal (Transformación esencial de la familia y del matrimonio), comprendiendo esta desde las leyes expedidas por V. Carranza hasta el Código Civil de 1928, éste

revolucionario "...expide desde Veracruz dos Decretos uno del 29 de Diciembre de 1914 y otro del 29 de enero de 1915, que introduce de improviso el divorcio vincular, en el primero de estos modifica la Ley Orgánica de 1874, de las Adiciones y Reformas a la Constitución que reconocía la indisolubilidad del matrimonio y por segundo Decreto reformo, desde Veracruz, el Código Civil del Distrito Federal para establecer que la palabra Divorcio, que antes sólo significaba separación del lecho y habitación y que no disolvía el vínculo, hoy debe entenderse en el sentido de que éste queda roto y deja a los consortes en aptitud de contraer una nueva unión legítima".¹²

La Ley de Relaciones Familiares del 9 de Abril de 1917, que expide V. Carranza lo hace usurpando funciones legislativas que no tenía, misma que contenía un grave vicio de origen, por haber sido expedida y promulgada cuando ya exista un congreso a quien le correspondía darle vida. Esta ley segrega del tronco del Código Civil, la materia Familiar, para darle autonomía, produciendo una transformación substancial en la familia y en el matrimonio, define al matrimonio no como un contrato social según los Códigos Civiles anteriores, sino como un contrato civil de acuerdo con la definición Constitucional, y lo considera como un vínculo disoluble que tiene por objeto perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

Dentro de los puntos más importantes, que consagra esta ley fueron los siguientes: define al matrimonio, al igual que en el Código Civil de 1870, pero sustituyó el adjetivo "indisoluble" por el de "disoluble", de esta manera introdujo el divorcio vincular en nuestra legislación civil, así como sus causas, estableciéndose no solo el

¹² SANCHEZ MEDAL, Ramón. Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México, 1ª ed., Porrúa, México, 1979, p. 22.

divorcio necesario sino también el de mutuo consentimiento, así como sus procedimientos a seguir. Señala también que existe una igualdad entre el hombre y la mujer dentro del matrimonio, suprimiendo así la potestad marital y confiriendo a ambos cónyuges la patria potestad, de igual forma distribuye la carga del matrimonio, en donde al hombre le corresponde el dar alimentos y los gastos para el sostenimiento del hogar y a la mujer le corresponde los asuntos domésticos y la dirección y cuidado de los hijos.

Otra de las innovaciones más trascendentes fue que borra la distinción entre hijos naturales e hijos espurios (adulterinos o incestuosos), los cuales solo tendrían derecho a llevar el apellido del progenitor, pero de manera sorprendente omitió el derecho a darles alimentos, tanto como el derecho a heredar, que ya se consagraba en los Códigos Civiles de 1870 y 1884. También sin ninguna explicación introduce en nuestro derecho civil la figura de la Adopción "...institución que desde el proyecto del Código Civil de Justo Sierra del año de 1861 había sido desconocida por considerarla "enteramente inútil" y "del todo fuera de nuestras costumbres", por lo que la omitieron de los Códigos Civiles de 1970 y 1884".¹³

1.2.4. Código Civil de 1928.

Este es nuestro Código Civil vigente del 30 de agosto de 1928, el cual continuo con los lineamientos de la Ley de Relaciones Familiares, entre otras disposiciones que introdujo a nuestra legislación encontramos las siguientes:

¹³ Ibidem p. 26.

Sigue regulando el divorcio vincular, como las causales para que éste pueda darse, en donde existen algunas que dan pauta para que se pueda obtener una separación de cuerpos, permitiendo así tanto el divorcio vincular como el de separación de cuerpos.

En la Ley de Relaciones Familiares, se regulaba la figura del divorcio voluntario o por mutuo consentimiento, en el Código Civil que nos rige actualmente se deja al Código de Procedimientos Civiles la regulación de éste, por otro lado el ordenamiento vigente regula el divorcio por vía administrativa.

En cuanto al matrimonio y en relación con los bienes, se regulo que en el acto de la celebración del matrimonio, los cónyuges establecerían un régimen patrimonial, siendo el de sociedad conyugal o la de separación de bienes.

Por lo que respecta al derecho de dar a alimentos, otorgó a los hijos naturales el derecho a recibirlos, como el derecho a heredar, en las relaciones de concubinato, estableció en favor de la concubina el derecho a heredar como el derecho a percibir alimentos, de igual forma extendió el deber de dar alimentos hasta los parientes colaterales dentro del cuarto grado, por otro lado entre el adoptante y el adoptado existe la obligación alimentaria, estas son algunas de las disposiciones que entraron en vigor a partir de la promulgación de este ordenamiento legal.

1.3. El matrimonio.

El Matrimonio, se distingue como la base fundamental de la familia, en donde las demás instituciones que integran el derecho de familia, no son más que consecuencias o complementos de este, el cual representa una completa unidad de vida entre un hombre y una mujer, reconocida, amparada y regulada por el derecho.

1.3.1. Concepto y naturaleza jurídica.

"El Matrimonio se considera desde dos puntos de vista: como un ACTO JURIDICO y como ESTADO PERMANENTE de vida de los cónyuges...".¹⁴, el segundo aspecto, es efecto o consecuencia de la celebración del matrimonio, como acto jurídico, mismo que esta constituido por deberes y facultades, derechos y obligaciones. como la mutua cooperación y ayuda, así como la procreación de los hijos.

Para el doctor Luis Muñoz, existen tres conceptos de Matrimonio, vistos desde diferentes puntos de vista:

Concepto Legalista.- Baudry Lacantineire.- Es el estado de dos personas de sexo diferente, cuya unión ha sido consagrada por la ley.

Concepto Histórico-sociológico.- Westermarck.- Es el matrimonio una relación más o menos duradera, entre el hombre y la mujer, que se prolonga más allá del acto de la reproducción hasta después del nacimiento de la progenitura.

¹⁴ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob. cit., p. 493.

Concepto Realista.- Sociedad Civil libremente contraída entre dos personas de distinto sexo, para formar una unión plena, perfecta e indisoluble entre ellas. complemento y continuación de la especie y regulada por las leyes civiles.

Concepto según Sara Montero Duhalt.-"...Matrimonio es la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley".¹⁵

Para Rafael de Pina.- Define al matrimonio, "...como un acto bilateral, solemne en virtud del cual se produce entre dos personas de distinto sexo una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntaria aceptada por los contrayentes...".¹⁶

Por otro lado a la figura jurídica del Matrimonio se le han atribuido distintas naturalezas, mismas que se complementan entre sí, pero es indudable que el matrimonio es un acto jurídico bilateral, y un contrato de especial naturaleza, que al realizarse atribuye a los cónyuges un estado civil en particular.

La Naturaleza Jurídica del Matrimonio, se considera desde diferentes puntos de vista, según Sara Montero Duhalt;

¹⁵ MONTERO DUHALT. Sara. Ob. cit., p. 97.

¹⁶ DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción, Personas, Familia. Volumen I. 29ª. ed., Porrúa. México 1995. p. 316.

a) Como acto jurídico.- El matrimonio es un acto jurídico, porque se realiza por la libre manifestación de la voluntad de los cónyuges, según las normas que lo regulan y que produce consecuencias las cuales se encuentran en la misma ley, luego entonces, el matrimonio según las personas que intervienen en él, es un acto jurídico por excelencia bilateral, en razón de surgir por el acuerdo de voluntades de los esposos y sus consecuencias sólo se darán en la esfera de los cónyuges, cabe hacer mención que la manifestación de la voluntad de los consortes, debe ir acompañada de la manifestación de la voluntad de la autoridad competente, como elemento de existencia de ese acto jurídico.

b) Como Contrato.- Considerando que el matrimonio es un acuerdo de voluntades, luego entonces es un convenio, y se clasifican en convenios en sentido estricto y en contratos, los primeros tienen como objeto modificar o extinguir derechos y obligaciones, y los contratos crean o transmiten consecuencias jurídicas, concluyendo de esta forma que el matrimonio es estrictamente un contrato porque crea derechos y obligaciones entre los cónyuges.

Las opiniones en contra de este punto de vista, se sustentan en que el matrimonio escapa a éste carácter contractual, pues los contratos tienen un aspecto netamente patrimonial a diferencia del matrimonio ya que este es producto de relaciones personales de carácter moral y no patrimonial. Esta autora considera que el matrimonio surge a través de un contrato, pero con una naturaleza especial dentro de las innumerables teorías, y se le ha denominado como, contrato mixto, de adhesión, contrato solemne, contrato sui generis entre otros, pero es indudable que todas estas denominaciones tienden a considerar al matrimonio como un contrato.

c) Como estado.- Dicha teoría considera que al contraer los cónyuges matrimonio, cambian su estado civil anterior, por el de casados, ya se ha dicho que entre los cónyuges se establece una comunidad de vida y permanencia, esta última característica, es en la que se configura la categoría de estado civil y a lo que se le llama estado de las personas, la cual significa una situación de carácter permanente en la que se encuentra un sujeto en relación con la Nación y con los miembros que integran su familia, luego entonces, el estado de casados será la situación que tienen los esposos frente a su familia y frente a la sociedad.

d) Como Institución jurídica.- Una de las acepciones de lo que se debe considerar como institución, es la que se refiere a que es un conjunto de normas de carácter imperativo que regula un todo orgánico y persiguen una finalidad de interés público, por lo cual se considera al matrimonio como una institución jurídica toda vez que está regulado como un todo orgánico dentro de nuestro Código Civil, como las normas referentes a sus requisitos para contraerlo y los derechos y obligaciones que derivan del mismo.

e) Como Sacramento en el Derecho Canónico.- Durante la historia de la evolución del matrimonio, en gran parte de ella fue regulado por la Iglesia, para el derecho canónico el matrimonio fue en contrato de carácter natural regulado por la ética cristiana y elevado a la categoría de sacramento, y considerado como un vínculo indisoluble, hasta que surgió la reforma protestante con la influencia de los postulados de la Revolución Francesa de 1789, y a partir de entonces se considera al matrimonio como un contrato de carácter civil.

Estando de acuerdo con el criterio sustentado por la maestra Sara Montero Duhalt, establecemos que la naturaleza jurídica del matrimonio "...puede establecerse que la misma es múltiple, pues por matrimonio se entiende el acto jurídico, como contrato solemne de derecho de familia y de interés público. Matrimonio es la ceremonia misma que da nacimiento al mismo. Matrimonio es el estado civil de los casados. Matrimonio es una institución cuando lo contemplamos como un conjunto de normas de carácter imperativo que regulan un todo orgánico (el estado de casados) y que persiguen una finalidad de interés público; y por último, para el derecho canónico y para los sistemas jurídicos que aceptan el mismo como regulador de la vida familiar de los sujetos, el matrimonio es un sacramento, entendido por tal, un contrato natural al que la Iglesia considera de carácter sagrado e indisoluble en vida de los cónyuges".¹⁷

1.3.2. Los Esponsales.

"LOS ESPONSALES. La palabra esponsales viene del verbo latino *spondeo*, prometer. El Código Civil define a los esponsales como la promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada (Art.139). Es decir este término designa al contrato mediante el cual dos personas se comprometen a casarse en una fecha más o menos próxima".¹⁸

Esta figura es regulada tanto por ordenes jurídicos, éticos y sociales, lo que provoco que se regularán dentro de nuestra legislación civil.

¹⁷ MONTERO DUHALT, Sara. Ob. cit., p. 116.

¹⁸ FLORES GOMEZ GONZALEZ, Fernando. Introducción al estudio del Derecho y Derecho Civil. 3ª. ed., Porrúa, México 1981. p. 76.

En el Derecho Romano se reconocieron, pero en ningún momento tuvo como efecto hacer cumplir esa promesa de matrimonio contra la voluntad de uno de los cónyuges, de igual forma se regularon sus consecuencias, las cuales no tenían un carácter coercitivo o una obligación de hacer, sino sólo tenían como consecuencia el pago de daños y perjuicios a cargo del cónyuge que rompiera con esa promesa de contraer matrimonio y no tenía señalada alguna forma para su celebración.

Los Romanos distinguían claramente la figura del matrimonio de los esponsales, en donde estos se consideraban como un elemento consensual del matrimonio y que constituía en dos actos, el compromiso que se hacían los cónyuges y la consumación de esa promesa, es decir, la celebración misma del matrimonio.

En nuestro país los esponsales al igual que la antigua Roma, se rigen por los principios antes señalados, pero a través de nuestra historia ha evolucionado esta institución.

En el Derecho Mexicano desde su independencia y por medio de las Siete Partidas se regularon los esponsales, distinguiéndose los llamados de futuro, que consistían en la promesa de contraer matrimonio la cual se hacen los futuros cónyuges de manera recíproca, los otros son los llamados desposorios, que es la celebración del matrimonio entre ellos. En la Ley de Matrimonio de 1859 expedida por el presidente Benito Juárez, no se reconocían los esponsales, tan sólo se consideraba como un impedimento para contraer el matrimonio. En los Códigos de 1870 y 1884, no se reconocían los esponsales tan sólo los mencionan para negarles validez, tampoco se reconocían los esponsales de futuro. Con la Ley de Relaciones Familiares, esta fue

la primera ley en nuestro país que regula esta figura, y que en el Código Civil actual se sigue regulando.

Su naturaleza jurídica versa en la pregunta de que si es o no contrato, los que sostienen que es un contrato, se fundamentan en que para que existan es necesario que ambos cónyuges manifiesten su voluntad, los anticontractualistas, consideran que la promesa que se hace uno al otro, no significa que exista la obligación de contraer ese matrimonio que se comprometieron a celebrar.

Para la maestra Sara Montero Duhalt, con la cual estamos de acuerdo, los esponsales son realmente un contrato, el cual crea una obligación de hacer, de manera recíproca entre los contrayentes, el cual consiste en realizar el matrimonio, por lo cual son considerados como un contrato de derecho de familia, resultando así que su naturaleza es innegablemente contractual y debe de llenar de igual forma algunos de los elementos necesarios para la celebración del matrimonio como lo establecen los artículos 140 y 141 del Código Civil, los cuales nos dicen que sólo pueden contraerlos el hombre que ha cumplido dieciséis años y la mujer que ha cumplido catorce, cuando los prometidos sean menores de edad, los esponsales no producirán efectos jurídicos si no han consentido en ellos sus representantes legales.

Es de gran interés establecer que propiamente los esponsales no producen obligación de celebrar el matrimonio, ni en ellos puede estipularse pena alguna por no cumplir la promesa, de acuerdo a lo que dispone el artículo 142 del Código Civil, pero esto no quiere decir que no se produzcan efectos al no celebrarse, como lo disponen los artículos 143 y 145 del Código Civil, dichos efectos consisten, en que en el caso de que alguno de los futuros cónyuges rehusara a cumplir su compromiso

o difiera indefinidamente su cumplimiento, pagará los gastos que la otra parte hubiere hecho con motivo del matrimonio proyectado o una indemnización a título de reparación moral y en su caso a exigir la devolución de lo que se hubiere donado con motivo de su concertado matrimonio.

1.3.3. Derechos y obligaciones que nacen del matrimonio.

Primeramente debemos establecer que al momento de celebrar el matrimonio los contrayentes adquieren el estado de casados, el cual implica la aplicación imperativa de una serie de deberes y derechos, por ejemplo que deberán de contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente, por lo cual diremos que "...los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientemente de su aportación económica al sostenimiento del hogar...".¹⁹

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio se pueden considerar desde diversos puntos de vista, en relación con los cónyuges, con los hijos y en cuanto a sus bienes, de acuerdo a lo que dispone nuestro Código Civil en sus artículos 162 al 177.

a) En relación con los cónyuges.- Estos derechos son de carácter subjetivo principalmente y se manifiestan en las facultades siguientes:

¹⁹ DE PINA. Rafael. Ob. cit., p. 333.

1- El derecho a la vida en común.- Es uno de los más importantes, ya que a través de este se cumplen los principales fines que persigue el matrimonio, éste se relaciona con la obligación o deber correlativo de la cohabitación en el domicilio conyugal.

2- Deber de cohabitación en el domicilio conyugal.- Es el que establecen de mutuo acuerdo los cónyuges para vivir en común, formando un núcleo familiar independiente, en el cual disfrutaran de autoridad propia y consideraciones iguales para organizar su vida matrimonial en la forma que estimen más adecuada para cumplir con los fines del matrimonio, por otro lado no se considera como tal el de algún familiar o amigo, pero puede eximirse de éste deber con conocimiento de causa, es el caso que cuando uno de ellos traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social o cuando se establezca el domicilio en un lugar insalubre o indecoroso.

3- El derecho a la relación sexual o libre procreación.- La legislación mexicana concede a los cónyuges igualdad y reciprocidad de derechos y deberes entre ellos, por lo que ambos decidirán de mutuo acuerdo el número y esparcimiento de sus hijos, en relación con el derecho a la relación sexual éste se traduce en el débito carnal correspondiente, que es una relación inter-subjetiva, que no se trata de una satisfacción o una función biológica, sino que existen normas jurídicas que determinan los términos y condiciones de como se debe de cumplir con éste deber, cumpliendo así uno de los fines del matrimonio, el cual es la perpetuación de la especie. Es necesario comentar, que en caso de que uno de los cónyuges sufra de impotencia sexual para la cópula, esto es considerado como un impedimento dirimente para contraer matrimonio, también cabe mencionar que cuando existe una

negativa a ésta relación sexual por parte de la mujer, y aún así el hombre ejerce éste derecho, esta circunstancia se tipifica en el Código Penal del Distrito Federal como el delito de violación.

En relación con la abstención al débito conyugal, podemos citar la siguiente Tesis Jurisprudencial:

DIVORCIO, ABSTENCIÓN DEL DEBITO CONYUGAL. La abstención del débito conyugal, acredita la causal de divorcio establecida en la fracción XI del artículo 267 del Código Civil, siempre que la negativa a mantener relaciones íntimas sea con el propósito de humillar al cónyuge y romper la armonía y mutua consideración entre los consortes. Si el quejoso aduce que su esposa muestra una total apatía a la vida en común, negándose a mantener relaciones íntimas, es obvio que no se dan las circunstancias injuriosas de abstención del débito conyugal.

Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9 época, Tomo II, Octubre de 1995, pág. 535. Amparo indirecto 3489/95.- Daniel Ronay Chavey.- 9 de agosto de 1995.- Unanimidad de votos.- Ponente: Guadalupe Olga Mejía Sánchez.- Secretaria: María Elena Rosas López.

4- La ayuda mutua.- Misma que implica una solidaridad entre los casados, como lo afirma Sara Montero Duhalt "La ayuda mutua entre consortes debe manifestarse no sólo en el terreno económico sino también de una manera preeminente, en el terreno moral y afectivo. Más estos aspectos escapan a la legislación. No puede ordenarse ni exigirse coercitivamente que los esposos se amen, se respeten, sean leales,

indulgentes, corteses, amables entre Sí. Y estas son precisamente las conductas que implican en esencia el estado de casados".²⁰

5- El derecho a la fidelidad.- Significa la exclusividad sexual de los cónyuges entre sí y la violación a la misma implica un ataque a la lealtad que sin llegar al adulterio implica un ataque a la honra y al honor del otro cónyuge.

6- El derecho y obligación a darse alimentos.- Esta obligación se contiene en la primera parte del artículo 164 del Código Civil, al establecer que los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, al mismo tiempo constituye una obligación patrimonial y moral que nace del estado civil de los consortes, implicando una solidaridad familiar y la realización de los fines esenciales de la misma, ya que cada uno de los cónyuges tiene para con el otro el derecho y la obligación de darse alimentos, y en el caso de que uno de ellos incumpla ésta obligación, el otro tendrá el derecho de demandar el aseguramiento de los bienes de aquel quien incumplió, para hacer efectivo éste derecho.

En este rubro podemos encontrar otros derechos como los siguientes: que en el caso en que uno de ellos desempeñe una actividad que dañe la moral de la familia, el otro podrá oponerse a que desempeñe esa actividad; cualquiera de ellos, puede administrar, contratar o disponer de sus bienes propios y ejercitar acciones u oponer excepciones, sin que tenga que tener la autorización del otro cónyuge, salvo actos de administración y de dominio de los bienes comunes; en el supuesto de que se quisiera celebrar un contrato de compraventa cualquiera de los cónyuges podrá

²⁰ MONTERO DUHALT, Sara. Ob. cit., p. 143.

hacerlo siempre y cuando el régimen por el cual contrajeron matrimonio sea el de *separación de bienes*; por último se podrán ejercitar los derechos y acciones que tenga uno en contra del otro, pero en éste caso la prescripción no corre mientras dure el matrimonio.

De lo anteriormente expuesto diremos que "La verdad es que, en todas estas circunstancias que significan la comunidad de vida, si no existe el mutuo acuerdo entre marido y mujer, se darán cualquiera de estas dos circunstancias: la imposición de hecho de una voluntad sobre otra, con la consiguiente frustración de quien resulte sojuzgado, o la desarmonía originada por dos distintas posiciones, opuestas entre sí y que conducen lentamente a la quiebra del matrimonio...".²¹

b) Los efectos del matrimonio en cuanto a los hijos, son los siguientes:

1- Se atribuye la calidad de hijos legítimos, a los concebidos después de 180 días desde la celebración del matrimonio o los nacidos dentro de los 300 días siguientes a su disolución (artículo 324).

2- Legitima a los hijos naturales mediante el subsecuente matrimonio de los padres (artículo 354 a 359).

3- Se origina la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la patria potestad, el matrimonio no atribuye efectos en cuanto a ésta, pues existe independientemente de él, en favor de los padres y abuelos, es decir, la patria potestad sólo establece una certeza en cuanto a su ejercicio y atribución, pues no se

²¹ Ibidem. p. 145.

toma en cuenta la calidad de hijos legítimos y naturales, en México se ha eliminado la desigualdad que exista entre hijos legítimos, naturales o espóneos, ya que en el Código Civil actual sólo existe la distinción de hijos "nacidos en el matrimonio o habidos fuera de matrimonio".

c) En cuanto a los bienes.- Este es un efecto netamente de carácter patrimonial, el cual tiene varios aspectos, por ejemplo, constituye una carga económica que trae consigo la vida en común en el hogar, y que se encuentra dentro de las instituciones como las donaciones antenupticiales, las donaciones entre consortes y los regímenes patrimoniales que establezcan los cónyuges con respecto a sus propios bienes, de estas instituciones se hablara más adelante al tratar lo relativo al régimen matrimonial en relación con los bienes de los cónyuges.

1.3.4. Requisitos e impedimentos para contraerlo.

El matrimonio como lo hemos dicho es considerado como un acto jurídico, que esta compuesto por elementos de existencia, mismos que son necesarios para que surja a la vida jurídica, y por elementos de validez, que son indispensables para que sus efectos sean plenos y no haya lugar a una nulidad, para determinar estos elementos es esencial aplicar la doctrina general relativa al acto jurídico, ya que la naturaleza del matrimonio no impide que se apliquen las disposiciones del Código Civil que regulan lo referente a los contratos, ya que el artículo 1859 nos dice que las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

Requisitos.

Son aquellos que son indispensables y que se deben de llenar para que se pueda celebrar el matrimonio, los cuales se agrupan en requisitos de fondo y requisitos de forma.

"Los requisitos para la celebración del matrimonio no deben confundirse con los elementos de existencia o de validez, pues aun cuando la falta de alguno de dichos requisitos puede producir, la inexistencia o la nulidad del acto matrimonial, su división no coincide con la clasificación de los elementos esenciales del acto jurídico matrimonial".²²

Requisitos de fondo.- Son aquellas circunstancias que afectan a los sujetos y a estos se refiere nuestro Código Civil en sus artículos 146 al 161, los cuales son:

1.- Diferencia de sexo.- Requisito que en nuestra legislación no se establece en forma expresa, ya que solo se exige que el matrimonio se celebre entre un hombre y una mujer, por lo cual no cabe la posibilidad de matrimonio entre personas del mismo sexo, ya que la procreación es considerada como uno de los fines del matrimonio, aunque no necesariamente indispensable.

2.- Pubertad legal.- Se entiende por pubertad la aptitud para la relación sexual y la procreación, y por pubertad legal la edad mínima que exige el Código Civil para que se pueda celebrar el matrimonio, esta edad es de 16 años para el varón y 14 años

²² BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalía BUENROSTRO BAEZ. Derecho de Familia y Sucesiones. Harla, México 1990, p. 55.

para la mujer, en el supuesto en que los contrayentes sean menores de esta edad, se pueda conceder una dispensa, solo por causa grave y justificada, según sea el caso.

3.- *Consentimiento de los contrayentes.*- El matrimonio no puede concebirse sin el consentimiento expreso y verbal de los contrayentes, el cual se manifiesta en dos momentos, en la solicitud de matrimonio presentada ante el Juez del Registro Civil y en la ceremonia misma al contestar que "si" se acepta a la otra persona como su cónyuge.

4.- *Autorización familiar (padres, tutores) o suplencia por la autoridad judicial o administrativa.*- En este caso, sólo se requiere la autorización de quienes ejerzan la patria potestad conforme a derecho, en el caso de que quienes quisieran contraer matrimonio fueren menores a la edad autorizada por la ley, si faltaren esas personas, podrá dar ese consentimiento el Juez de lo Familiar o el Jefe del Departamento del Distrito Federal, en este caso, consideramos que el indicado es el Juez de lo Familiar, por tener mas conocimientos sobre la materia.

5.- *Ausencia de Impedimentos.*- Se entiende por éstos, toda prohibición establecida por la ley para la celebración del matrimonio, como podrían ser circunstancias de tipo biológico, moral o jurídico, los que se estudiaran en el punto referente a los impedimentos para la celebración del matrimonio.

Requisitos de forma.- Estos se dividen en previos y concomitantes (estos son propios de la celebración del matrimonio), tales requisitos son las formalidades que hacen que el matrimonio sea considerado como un acto jurídico y que se tenga por

celebrado con plena validez y se encuentran en los artículos 97 al 113 del Código Civil.

Los requisitos previos, consisten en llenar la solicitud que los cónyuges deberán presentar ante el Juez del Registro Civil, como por ejemplo: sus nombres, edad, domicilio y ocupación, las de sus padres, que no existan impedimentos, y que es su voluntad unirse en matrimonio. En cuanto hace a los requisitos propios de la celebración (concomitantes), son las formalidades que se deben llenar en el acto de celebración del matrimonio, como son: el lugar, día y hora para su celebración, debiendo estar presentes, los pretendientes, sus dos testigos y los padres o tutores, entre otros.

Impedimentos.

Son las circunstancias provocadas por los contrayentes, que existen antes de la celebración del matrimonio y que afectan la validez del mismo, los cuales son un obstáculo para su celebración, por no cumplir lo dispuesto por la norma.

"Se han clasificado los impedimentos en dirimentes (de *dirimere*, romper) e impedientes. Cuando existe uno de los primeros y el matrimonio se celebra, este es nulo; cuando ocurren los impedientes y el matrimonio se lleva a cabo, no lo invalida, pero lo hace ilícito...".²³

²³ FLORES GOMEZ GONZALEZ, Fernando. Ob. cit., p. 85.

En nuestro Código Civil vigente, en cuanto hace a los impedimentos dirimientes, estos se encuentran en el artículo 156 que a saber son:

- I La falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada;
- II La falta de consentimiento del que, o los que, ejerzan la patria potestad, el tutor o el juez en sus respectivos casos;
- III El parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en línea recta, ascendente o descendente. En línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa;
- IV El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna;
- V El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado;
- VI El atentado contra la vida de alguno de los casados por contraer matrimonio con el que quede libre;
- VII La fuerza o medio graves. En caso de raptó subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad;

VIII La impotencia incurable para la cópula; y las enfermedades crónicas e incurables, que sean, además contagiosas o hereditarias.

IX Padecer alguno de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450.

X El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretende contraer.

De estos impedimentos sólo son dispensables la falta de edad y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual.

Por lo que hace a los impedimentos impeditivos, estos se reconocen en el artículo 264, los cuales no afectan la validez del acto de celebración del matrimonio y que al violarse estas disposiciones el matrimonio sólo se considerara ilícito pero no nulo.

1.3.5. Régimen matrimonial en relación con los bienes.

Este punto se refiere a uno de los efectos de la celebración del matrimonio, es decir, en cuanto a los bienes de los esposos, mismos que constituyen su patrimonio y su base económica, en el derecho mexicano el patrimonio de los cónyuges se encuentra regulado por un conjunto de normas dentro del Código Civil.

En relación con este punto, hay diversas formas por medio de las cuales los cónyuges pueden ingresar bienes a su patrimonio y soportar las cargas económicas

que trae consigo la vida en común en el hogar, estas figuras son: las donaciones antenupticiales, regulada por los artículos 219 al 231 del Código Civil, estas son las que hace un prometido al otro, o las que hace un tercero a uno o a ambos prometidos en razón del matrimonio, la otra figura a que nos referimos son las donaciones entre consortes que son los que hace un cónyuge al otro durante la vigencia del matrimonio y esta figura la encontramos en los artículos 232 a 234, de la ley en cita, por último encontramos el régimen patrimonial que establezcan los cónyuges con respecto a sus propios bienes y que serán la materia a tratar en este apartado.

El concepto que nos da el maestro Baqueiro Rojas de lo que se entiende por régimen matrimonial es el siguiente: "De esta manera, por régimen patrimonial del matrimonio debemos entender el conjunto de normas que regulan todos los asuntos pecuniarios, propiedad, administración y disposición de los bienes de los cónyuges, así como los derechos y obligaciones que al respecto se generen entre ellos, y entre los cónyuges y terceros, tanto al momento de celebrarse el matrimonio, mientras dure y cuando llegara a disolverse".²⁴

Los regímenes matrimoniales se dividen en dos grandes rubros, el de sociedad conyugal y el de separación de bienes, y el pacto que los esposos celebran para constituir uno u otro se les llaman capitulaciones matrimoniales, regulados por los artículos 178 al 182 del Código Civil, que reglamentan su administración, y que se pueden otorgar antes de realizarse el matrimonio o durante el, mismos que pueden comprender los bienes que tenga cada esposo al momento del matrimonio, como los que se adquieren después.

²⁴ BAQUEIRO ROJAS, Edgard. Ob. cit., p. 85.

a) Sociedad conyugal.

Este régimen matrimonial se encuentra en los artículos 183 al 206 del Código Civil, este es el régimen mediante el cual los bienes materiales que poseían los consortes desde antes de casarse y durante su matrimonio pasen a ser propiedad de ambos, lo cual es una autentica transmisión de bienes, no a la sociedad como tal, ya que no es una persona moral, sino al otro cónyuge en razón de un 50% de sus bienes, es decir, que la sociedad conyugal tiene una personalidad jurídica distinta de los cónyuges, con un patrimonio y representación propios.

La sociedad conyugal se rige por las capitulaciones matrimoniales que así lo constituyan y en lo que no estuviere estipulado se regirá en lo relativo al contrato de sociedad, con lo cual no estamos de acuerdo, ya que difiere de este contrato, toda vez que la sociedad conyugal no tiene personalidad jurídica propia, los cónyuges pueden o no aportar bienes y no se persigue un fin económico, por lo que es un contrato accesorio.

Cuando los cónyuges se transfieran bienes que ameriten constar en escrito privado, es decir, en escritura pública, las capitulaciones matrimoniales deberán llenar este requisito y además inscribirse en el Registro Público de la Propiedad para que tenga efectos ante terceros, de igual forma se harán sus alteraciones.

Esta sociedad puede suspenderse, por sentencia que declare la ausencia de alguno de los cónyuges o cuando alguno de ellos de manera injustificada abandona el domicilio conyugal por mas de seis meses. En cuanto a la forma de terminarse, pueden ser por la disolución del matrimonio, es decir, por muerte, nulidad o

divorcio, otra causa es por voluntad de los cónyuges, y cuando el cónyuge designado como administrador de los bienes amenace arruinar la sociedad, haga cesión de los bienes a sus acreedores o sea declarado en quiebra o concurso, y cualquier otra razón que lo justifique.

Serán nulas las capitulaciones, en donde se establezca que uno de los cónyuges perciba todas las utilidades, o sea responsable por las pérdidas y deudas comunes.

Por último diremos que necesariamente las capitulaciones matrimoniales deberán contener, una lista detallada de los bienes muebles e inmuebles señalando su valor y sus gravámenes, nota de las deudas que tenga cada esposo, si se ha de comprender todos los bienes o sólo parte de ellos, así como si comprenden también sus productos. establecer si el producto del trabajo de cada uno corresponde a estos o debe dar participación al otro, señalar quien será el administrador de la sociedad y las bases para liquidar la sociedad.

b) Separación de bienes.

Este régimen se encuentra establecido en los artículos 207 al 218 del Código Civil, en el cual los cónyuges conservaran la propiedad y administración de los bienes que respectivamente les pertenecen y por consiguiente todos los frutos y concesiones de dichos bienes no serán comunes, sino del dominio exclusivo del dueño de ellos.

Puede establecerse éste régimen en las capitulaciones anteriores al matrimonio o durante éste, por convenio entre los consortes o por sentencia judicial, y también

comprende no sólo los bienes de que sean dueños los consortes al celebrar el matrimonio, sino también los que adquirieran después.

En las capitulaciones matrimoniales en que se constituye este régimen, no se incluyen todos los bienes, esto quiere decir que será parcial, y en este caso los no comprendidos en el régimen de separación de bienes, serán objeto de la sociedad conyugal.

Este régimen se podrá cambiar por el de sociedad conyugal, siempre y cuando se cumplan con los requisitos señalados por la misma, es decir, que los bienes inmuebles que ingresen al patrimonio de los cónyuges deberán de inscribirse en el Registro Público de la Propiedad.

Por otro lado los cónyuges tienen pleno dominio sobre sus salarios, sueldos, emolumentos y ganancias por servicios personales, en relación con los bienes que adquieran en común por donación, herencia, legado, o cualquier otro título gratuito y mientras se haga la división de estos, se administraran por ambos o por uno de ellos si así lo convinieran, en donde el administrador será considerado como un mandatario.

En relación con la patria potestad, se dividirán entre ellos por partes iguales la mitad del usufructo que la ley les concede, de igual forma ambos cónyuges responderán de los daños y perjuicios que cause uno al otro, por dolo, culpa o negligencia.

1.3.6. Sobre los matrimonios nulos e ilícitos.

La nulidad en el matrimonio, es la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges, por causas anteriores a la celebración del mismo, o por falta de alguna formalidad en el acto de su celebración, los artículos que se refieren a esta materia son del 235 al 265 del Código Civil, siendo tres causas por las cuales se puede declarar la nulidad del matrimonio:

I El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con una persona determinada lo contrae con otra.

II Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo alguno de los impedimentos enumerados en el artículo 156, ya vistos con anterioridad.

III Que se haya celebrado en contravención a lo dispuestos en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103.

Existen dos tipos de nulidad, la relativa y la absoluta, las nulidades en cuanto al acto de celebración del matrimonio, serán relativas, excepto dos que son las únicas absolutas: y que a saber son: el parentesco por consanguinidad en línea recta sin limitación de grado, entre hermanos y medios hermanos (incesto), y el matrimonio subsistente (bigamia).

Los principios que rigen a esta acción de nulidad son: que el derecho a solicitar la nulidad se concede a la persona que expresamente señala la ley; por otro lado el matrimonio tiene a su favor la presunción de ser válido, salvo que se declare su

nulidad por sentencia ejecutoriada, así también los cónyuges no deben celebrar transacción ni compromiso en árbitros al respecto; al celebrarse el matrimonio se presupone la buena fe de los esposos salvo prueba plena, por lo que produce sus efectos hasta que sea declarado nulo y en cuanto a los hijos estos serán siempre considerados hijos del matrimonio, independientemente de la buena fe o mala fe de sus progenitores.

Dentro de las consecuencias que tiene la declaración de nulidad del matrimonio, entre otras encontramos, el rompimiento del vínculo conyugal, si el matrimonio fue contraído de buena fe aunque sea declarado nulo, los efectos entre los cónyuges serán los mismos como si se encontraran casados, al respecto la doctrina llama a éste tipo de matrimonio "putativo", éste vocablo no se encuentra regulado dentro de nuestra legislación, en el caso de que la mujer quedara en cinta se tomaran las precauciones relativas al derecho sucesorio, y en relación con los bienes al declararse nulo el matrimonio, se procederá a la división de los bienes comunes.

Al tratar sobre los impedimentos para la celebración del matrimonio, mencionamos a los dirimentes que causan su nulidad, los cuales son considerados como graves, pero existen otros menos graves, que al celebrarse el matrimonio éste subsiste, es decir, solo son impedimentos impeditivos y que no causan su nulidad, sólo su ilicitud.

En cuanto a la ilicitud del matrimonio Galindo Garfias nos refiere que "La ilicitud en materia de matrimonio, connota una idea de reprobación jurídica contra el acto que no debió haberse celebrado, porque no se cumplieron determinadas condiciones jurídicas, previas a la celebración del matrimonio y que no son intrínsecas, ni a las

personas ni al acto mismo, sino que se refieren a cierta situación particular en que se encuentra alguno de los contrayentes".²⁵

El artículo 264 del Código Civil, establece que el matrimonio será ilícito pero no nulo, por las causas siguientes:

I Cuando se ha contraído estando pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa (la falta de edad núbil y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual).

II Cuando no se ha otorgado la previa dispensa que requiere el artículo 159, y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos 158 y 289.

Esta fracción se refiere a los siguientes casos: que el tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, otro caso es que la mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados 300 días después de la disolución del anterior, por ultimo encontramos que el cónyuge que haya dado causa al divorcio no podrá volver a casarse sino después de dos años, a contar desde que se decretó el divorcio, para que los cónyuges que se divorcien voluntariamente puedan volver a contraer matrimonio, es indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio.

²⁵ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob. cit., p. 554.

Cuando se celebra el matrimonio concurriendo alguno de estos casos, nuestra legislación Civil establece que se incurrirán en las penas que señale el Código de la materia, tales sanciones no se dirigen a la destrucción del acto, sino que consisten en la imposición de penas de otra naturaleza, en contra de sus autores. como por ejemplo sería el caso en que el Juez del Registro Civil autorice un matrimonio ilícito, incurriendo en responsabilidad, pudiendo ser sancionado con la destitución de su empleo.

1.4. Divorcio.

El matrimonio es una institución vulnerable y susceptible de disolución, lo cual no implica la disolución de la familia, desde el punto de vista jurídico no existe una disolución de los derechos y deberes que a partir de la celebración del matrimonio vinculan a todos los integrantes de una familia.

En el Derecho Mexicano, el vínculo marital sólo puede disolverse o terminar por las siguientes causas:

- 1- Por muerte de uno de los cónyuges.
- 2- Por nulidad, en vida de los cónyuges, por causas anteriores a la celebración del matrimonio.
- 3- Por divorcio, en vida de los cónyuges, por causas posteriores a la celebración del matrimonio.

Esta última causa de disolución del matrimonio, es de la que hablaremos en este apartado, que al decretarse produce una serie de efectos jurídicos, clasificándose estos en provisionales y definitivos, los provisionales se encuentran en el artículo 282 del Código Civil, el cual nos habla que al admitirse la demanda de divorcio y sólo mientras dure el juicio, se dictaran las medidas provisionales pertinentes, en la fracción VI de éste artículo se refiere al cuidado de los hijos, es decir, sobre su guarda y custodia, en la parte final se establece que salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre, de éste artículo nace nuestra propuesta a tratar en el presente trabajo.

1.4.1. Concepto y Naturaleza jurídica.

Concepto: Gramaticalmente la palabra divorcio significa separar, apartar; y desde un punto de vista jurídico, puede conceptualizarse de la siguiente manera; es una forma legal en que se puede extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretado, solo por autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto y por una causa determinada de manera expresa por la ley, que permite a los cónyuges poder contraer con posterioridad un nuevo matrimonio.

En cuanto a la naturaleza jurídica del divorcio, este resulta la antítesis del matrimonio, en donde éste último significa, unión y comunidad de vida de una familia, entonces el divorcio es el rompimiento de este vínculo, por lo que es considerado como un mal, pero al final es un remedio necesario, por lo tanto el divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido, el cual sólo puede ser decretado por autoridad competente, por causas específicamente señaladas en la ley

y que como consecuencia deja a los cónyuges en libertad de contraer un nuevo matrimonio.

La figura del divorcio puede clasificarse en dos grandes sistemas; el primero es el llamado divorcio por separación de cuerpos, en donde el vínculo matrimonial perdura, subsistiendo derechos y obligaciones tales como la fidelidad, la ayuda mutua, la patria potestad, y el segundo es el divorcio vincular, que consiste en la disolución del vínculo, desapareciendo las obligaciones y derechos, pero sin embargo la obligación de proporcionar alimentos al excónyuge persiste en determinados casos, al igual que el de dar alimentos a los hijos, otorgando así a los cónyuges la capacidad de contraer nuevas nupcias. En este tipo de divorcio existe una subdivisión a saber: el divorcio necesario y voluntario, el primero puede ser decretado por las causales señaladas en el artículo 267, excepto la fracción XVII, la cual establece el divorcio por mutuo consentimiento o voluntario, el cual puede ser decretado de dos formas el judicial y el administrativo, el judicial se lleva ante el Juez de lo familiar y el administrativo ante el Juez del Registro Civil.

1.4.2. Divorcio necesario.

Este tiene su origen en las causales señaladas en el artículo 267 del Código Civil, causales que implican a los cónyuges, hijos o a terceros, dentro de las cuales encontramos como excepción la señalada en la fracción XVII, la cual no es una causal y que sólo da origen al divorcio por mutuo consentimiento, las casuales que se establecen en este artículo tienen un carácter autónomo y no pueden involucrarse

unas con otras, ni aplicarse por analogía ni por mayoría de razón, asimismo deben de probarse plenamente, interpretándose y aplicándose en estricto sentido.

Por otro lado, el divorcio necesario se tramita en la vía Ordinaria Civil, normando su procedimiento los artículos 255 al 277 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Dentro de este tipo de juicio existen varios presupuestos, la existencia de un matrimonio válido, la acción debe entablarse ante juez competente por persona capaz y legitimada procesalmente para accionar, por lo que no puede ser intentada por herederos y la expresión de una causa específicamente determinada por la ley. Las causales en que se funda este tipo de divorcio, podemos encontrar a lo que se le ha llamado divorcio sanción y el divorcio remedio, el primero se da por causas provocadas por los cónyuges, en donde existe una culpa. entre otras encontramos las injurias y el adulterio, etc., el segundo se da por causas independientes de la voluntad de los cónyuges, no existiendo una culpa como seria la sífilis, la locura, la tuberculosis, etc.

Las características de la acción de divorcio son; que es personalísima, que esta sujeta a caducidad y prescripción la cual es de seis meses a partir del conocimiento de la causa, y su extinción se da por la reconciliación y el perdón tácito o expreso entre los cónyuges.

1.4.3. Divorcio Administrativo.

Dentro de nuestra legislación civil no se habla propiamente de este, se le llama así por ser tramitado ante autoridad distinta a la Judicial, este es uno de los tipos de

divorcio voluntario, en el que existe un acuerdo de voluntades entre ambos cónyuges, para disolver el vínculo conyugal sin invocar ninguna causal establecida en la ley, y en el que se deben de llenar ciertas formalidades establecidas en el artículo 272 del Código Civil, las cuales son las siguientes: que los cónyuges sean mayores de edad, que no tengan hijos, que de común acuerdo hubiere liquidado la sociedad conyugal si por ese régimen se casaron y que tengan como mínimo un año de casados. Cumpliendo con estos requisitos se presentaran personalmente ante el Juez del Registro Civil de su domicilio, comprobando con copias certificadas respectivas en que conste que son casados y mayores de edad, el juez previa identificación de los consortes levantar el acta respectiva y hará la anotación correspondiente en el acta de matrimonio declarando disuelto el vínculo matrimonial.

1.4.4. Divorcio por mutuo consentimiento.

Este también es uno de los tipos de divorcio voluntario, el cual es de tipo judicial, ya que se tramita ante el Juez de lo Familiar, teniendo como fundamento para solicitarlo, la fracción XVII del artículo 267 del Código Civil. Este tipo de divorcio, procede cuando no se llenan los requisitos enumerados para el divorcio administrativo, según lo dispone el último párrafo del artículo 272 de la ley en cita.

Su procedimiento esta regulado en los artículos 674 al 682 del Código de Procedimientos Civiles, que para su tramitación los cónyuges acompañarán a su solicitud de divorcio, copia certificado del acta de matrimonio, así como las actas de nacimiento de sus hijos, además estarán obligados a presentar el convenio que se

exige en el artículo 273 del Código Civil, el cual debe contener los siguientes puntos:

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

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

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

IV En los términos del artículo 288 la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo.

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

Una vez que ya hemos visto el origen, desarrollo y regulación de las instituciones jurídicas de la Familia, Matrimonio y Divorcio, en el siguiente capítulo hablaremos en especial de la Guarda y Custodia de *menores*.

CAPITULO SEGUNDO.

GUARDA Y CUSTODIA.

2.1. Guarda y Custodia de menores.

Una vez que ya hemos visto algunas de las instituciones fundamentales para llegar a la esencia misma de nuestra propuesta, ahora nos toca el estudio de la Guarda y Custodia de menores, ya que de esta figura nace nuestra propuesta a tratar, en el presente trabajo de tesis.

Como ya hemos dicho la familia es la célula de nuestra sociedad, en donde el hombre nace perteneciendo a una familia, y en sus primeros años crece al amparo de la misma, por lo que se hace necesaria para el desarrollo del hombre, y que no podría subsistir sin el apoyo de esta. El estado de debilidad humana, la incapacidad del individuo para bastarse por sí mismo en sus primeros años, y su adaptación a la vida, exige que los padres atiendan las primeras etapas de la vida del individuo, creando de esta forma una situación de guarda y protección sobre la persona del menor.

Es por eso que "El hombre, aun en su calidad de niño, es acreedor al respeto de los demás, tiene sus derechos por el solo hecho de ser persona humana: sin embargo, en sus primeros años no pueden por sí mismo hacerlos valer, por eso existe la familia, para representarlo y protegerlo".²⁶

²⁶ MOTO SALAZAR, Efraim, Elementos de Derecho Civil, 16ª ed. Porrúa, México 1972. p. 160.

Por otro lado la duración y estabilidad de la familia depende de la estabilidad de su fuente directa, la cual es el matrimonio, por lo que al darse una inestabilidad de este, traerá como consecuencia una desigualdad entre los propios cónyuges, como un peligro para la educación de los hijos y en casos particulares una difícil situación económica de la familia, lo que puede llegar a provocar la disolución del matrimonio a través de un divorcio, que es la causa menos deseable y la que entraña los más graves abusos y peligros para nuestra sociedad, que en muchas ocasiones los más perjudicados son los hijos.

En la sociedad mexicana en la que vivimos, es muy frecuente que existan en los matrimonios problemas entre los cónyuges, originando que la convivencia entre ellos sea imposible, que en casos extremos puede originar la ruptura del vínculo matrimonial de los padres, en donde los hijos menores de edad son los que resultan ser los más afectados por ese rompimiento, por eso se hace necesario la protección del menor tanto física como emocionalmente, ya que los menores de edad ocupan un lugar predominante en la protección jurídica de nuestro país, como en nuestra sociedad, por lo que la protección de los menores se considera como un interés supremo, de interés público, es por ello que nuestra propuesta se encamina a esa protección, la cual asegure un pleno desarrollo del menor, tanto física como psicológicamente.

Es importante mencionar que tanto en la doctrina mexicana como en nuestra legislación, la figura de la Guarda y Custodia de menores tiene una serie de imprevisiones y falta de certeza al regular esta materia con tanta ligereza, sin tomar en cuenta la problemática actual de nuestra sociedad, por lo que consideramos necesario consultar doctrinas de otros países como Argentina y Chile entre otros, así

como tomar en consideración las Jurisprudencias dictadas por nuestros Tribunales, para poder así conformar una reglamentación concreta y sustancial en torno a la guarda y custodia de menores.

2.1.1. Etimología de las palabras guarda y custodia.

El Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, al respecto nos refiere que:

La palabra custodia, "Proviene del latín *custos* que significa guarda o guardián y esta a su vez deriva de *curtos*, forma del verbo *curare* que quiere decir cuidar. Es por lo tanto acción y efecto de custodiar o sea guardar con cuidado una cosa".²⁷

"Guarda de los hijos. La palabra "guarda" y "custodia" proceden respectivamente, del germanesco *wardon* que significa cuidar, y del latín *custos* derivado de *curtos*, forma agente del verbo *curare*, que también quiere decir cuidar".²⁸

Del sentido etimológico de estas palabras para el Derecho de Familia, se puede entender como el cuidado o guarda de una persona, la cual no se trata de una potestad de los padres sobre los hijos, sino un conjunto de facultades y deberes concedidos a los padres para la guarda y protección de sus menores hijos.

²⁷ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 8ª ed. Porrúa y UNAM, México 1995 p 803.

²⁸ *Idem*, p. 1555.

En el derecho mexicano, los términos guarda y custodia los podemos encontrar en los siguientes artículos; en la facultad de corrección (artículo 423); a "poner los hijos al cuidado de" (artículo 282 Fracción VI); "la custodia y cuidado de los hijos" (artículo 283); "a quien sean confiados los hijos" (artículo 273 Fracción I); "guarda y educación de los menores" (artículo 413).

Por lo tanto la figura de la guarda y custodia, puede entenderse como una función protectora y formativa, de guardar y cuidar la persona de los menores, con la diligencia propia de un buen padre de familia y que contiene entre otros elementos la protección, educación, crianza, corrección y vigilancia de los menores, que para el cumplimiento de esa función debe de ser de acuerdo con el desarrollo del menor y que debe también comprender su formación corporal, espiritual y social.

2.1.2. Concepto, Naturaleza e Importancia de la misma.

La custodia de menores es el primer deber de los padres en relación con sus hijos no emancipados, la cual significa tenerlos en su compañía para su vigilancia y cuidado, y que se cumple con atención, amor y respeto a la personalidad del menor, dentro del derecho de custodia se encuentran comprendidos otros deberes y derechos correlativos, como resultado de la relación paterno-filial existente entre los padres y sus hijos como son: la convivencia, protección a la persona, vigilancia de sus actos y la educación completa, que puede comprender la moral y la religiosa, por lo que la obligación de los padres de guardar a los hijos se deriva de la patria potestad como medio normal de cumplir con la función que esta entraña y que se funda en un derecho natural.

Dentro de la doctrina moderna, el derecho de guarda comprende tres medios esenciales de gobernar al hijo, la educación, la vigilancia y la corrección, y que para su cumplimiento debe ser en el ambiente más idóneo, que es el de la familia, ya que el hogar familiar es el lugar más adecuado para la vida del menor. Esta obligación se cumple teniendo a los hijos en el hogar, por lo que los menores deben habitar en el hogar de quienes ejercen la patria potestad y el domicilio de los padres es al mismo tiempo el domicilio legal de sus hijos.

Dentro del derecho Argentino, a la guarda y custodia de los hijos, se le denomina "tenencia", en ese país se hace una distinción, en donde la primera significa propiamente una custodia, defensa o conservación, y a la tenencia se refiere a un aspecto meramente material, que tienen los padres de tener a sus hijos en su compañía. Desde nuestro punto de vista, consideramos que dentro del derecho Argentino, como en el nuestro, con esta figura se persigue una misma finalidad, es por eso que deberemos de entenderlos como sinónimos.

Es de importancia señalar, que para nuestros Tribunales al hablar de la figura de la guarda y custodia se refieren a ellas como un mismo deber, al establecer que la patria potestad comprende una serie de derechos y obligaciones correlativas para quien la ejercita, tales como la guarda y custodia de los menores.

En el caso de que se llegare a dar el rompimiento del matrimonio a través del divorcio, en la practica la lucha por obtener la guarda y custodia de los hijos se puede prolongar por mucho tiempo por lo largo que puede ser el procedimiento del divorcio necesario, por esta situación resulta necesario reglamentar exhaustivamente

su ejercicio, debido a que este derecho es fundamental para el buen desarrollo físico y psíquico de la persona del menor.

Debemos entender que jurídicamente la guarda de menores, tiene una mayor amplitud que la custodia, que como ya comentamos en la práctica se le tienen como sinónimos, es por eso que la guarda comprende el conjunto de derechos o funciones que corresponde al padre y a la madre a tener corporalmente al hijo con ellos, para educarlo o asistirlo en las enfermedades, a su corrección, a su alimentación, a vestirlo, y a coadyuvar a su correcta formación moral y espiritual, todo ello de acuerdo a las posibilidades de los padres.

Por lo que se refiere a la custodia, es el elemento material de la guarda, que consiste principalmente en tener consigo al hijo menor que se halla bajo la patria potestad. por lo tanto la custodia se subsume a la guarda del menor, es por eso que el ejercicio de la patria potestad se complementa necesariamente con la custodia de los menores.

En cuanto al concepto de guarda y custodia como se menciono en párrafos anteriores, dentro de nuestra legislación, como en la doctrina, no encontramos ningún concepto al respecto, por lo que nosotros daremos nuestro propio concepto de guarda y custodia.

Concepto de guarda y custodia: Es el conjunto de derechos y obligaciones conferidos por la ley, para la protección, cuidado, crianza, educación y vigilancia de los menores de edad.

Por lo que se refiere a la custodia de menores, los padres tienen el derecho y el deber de custodiar al menor, de vivir con él, y en este sentido está el deber de los hijos de no dejar la casa de los que ejercen la patria potestad sobre ellos. La custodia es entonces, un derecho que puede cumplirse personalmente o por intermediario (parientes o extraños o centros de educación), con la única limitación de que debe ser siempre en intereses del menor, es decir, que la ley concede un cierto margen discrecional para cumplir con este deber, pudiendo tener al hijo en su casa o en otra, y en algunos casos en una institución favorable para el menor, según las circunstancias, por lo que resulta frecuente que los padres dejen interno al menor en un establecimiento de enseñanza, en este caso no hay un incumplimiento de este deber o de una renuncia al mismo.

La íntima relación existente entre estos dos deberes, es que el uno contiene al otro, esa relación la encontramos en la siguiente tesis jurisprudencial:

“La guarda del hijo, es un medio de protección material y es el elemento de hecho, en casos determinados; la no-existencia de la guarda material de la persona del hijo, no afecta al concepto jurídico de “patria potestad”. La Suprema Corte de Justicia de la Unión ha señalado claramente la distinción entre guarda y custodia del hijo que en casos de divorcio, puede quedar encomendada a uno de los cónyuges, sin perjuicio de que ambos ejerzan la patria potestad. “La guarda del menor hijo, implica esencialmente la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor, y constituye una de las prerrogativas de la patria potestad; dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, porque tal posesión

es un medio indiscutible para protegerlo y cultivarlo física y espiritualmente y procurarlo en la satisfacción de todas sus necesidades...”²⁹

Del análisis de la tesis transcrita consideramos que la guarda de menores no se puede entender desvinculada de la posesión material de los hijos, es decir, de la custodia, por que tal posesión es un medio insustituible para poder cumplir con el deber de guardar a los hijos, es por ello que estas dos figuras no pueden concederse por separado, ya que una contiene a la otra necesariamente.

Por lo anterior, es que debemos de entender a la custodia, como el simple derecho a la posesión y cuidado del menor y por guarda, la que no solamente incluye la custodia, sino también el derecho de control sobre el establecimiento de los menores.

Podría clasificarse la guarda de los hijos como general y especial, que se derivan de una facultad natural y legal, o derivada de un mandato expreso para su ejercicio eventual, en el primer caso es ilimitada, mientras que en el segundo, la guarda se restringe a los fines que determinaron la necesidad de la medida ordenada, pero consideramos que el guardador de los menores debe de contar con una plenitud de facultades y obligaciones, mientras no le sean expresamente prohibidas por quien le confirió el cargo o por la ley. Otra división podría ser provisional, la cual se confiere durante la substanciación del juicio de divorcio y la decretada en la sentencia definitiva.

²⁹ GALINDO GARFIAS. Ignacio. Ob. cit. p. 680.

Dentro de los caracteres que encontramos en esta figura son: que tiene un carácter obligatorio, ya que no es solo un derecho para los padres sino que al mismo tiempo es para ellos una obligación de la que en un principio no pueden liberarse, en caso contrario se considerara como un delito contemplado dentro de nuestro Código Penal, otro de estos caracteres es el que se refiere a su temporalidad, ya que se extingue cuando el hijo haya alcanzado la mayor edad o haya sido emancipado.

Por ultimo comentaremos otro de los aspectos relacionados con el tema a estudio, la guarda y custodia del menor no priva al progenitor a quien se le negó tal derecho en el caso de divorcio, del ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos.

Por lo que se refiere a la naturaleza de la guarda y custodia, diremos que esta se encuentra íntimamente ligada con las figuras jurídicas de la patria potestad y de la tutela, en donde el mecanismo de estas determinara el derecho a la guarda y custodia de menores, tal y como se desprende de la transcripción de los siguientes artículos:

Artículo 413. - La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que las que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal.

Artículo 449. - El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de lo que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda para gobernarse por si mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala la ley.

En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo 413 del Código Civil.

Dentro de los ordenamientos jurídicos que regulan a cada una de estas figuras, consideramos que en la Patria Potestad es en donde más claramente puede entenderse la guarda y custodia, ya que esta figura comprende una serie de derechos y obligaciones correlativas para quien la ejerce, tales como la guarda y custodia de menores entre otras obligaciones.

La figura de la patria potestad nace de la relación paterno filial, la cual se adquiere por la procreación, por la legitimación y por la adopción, la cual no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y de la maternidad, con un fuerte contenido de orden natural y contenido afectivo derivado del nexo que se establece en razón del parentesco, también cuenta con un carácter ético derivado del deber moral, de atender los intereses de los hijos, que si bien es un cargo de derecho privado, se ejerce en interés público, con lo que encontramos la coincidencia de los intereses público y privado, ya que se atribuye al padre y a la madre con el fin de que crien y eduquen a su prole, misma que cuenta con las características siguientes: público, irrenunciable, intransmisible, imprescriptible, temporal y excusable.

Podríamos establecer al respecto algunas diferencias entre la guarda y custodia de menores, con la figura de la patria potestad: la patria potestad es una institución creada por la ley, la custodia es una relación natural entre padres e hijos; la patria potestad comprende dos aspectos, la personal, que se refiere a la guarda y la patrimonial (representación y administración), la guarda es un medio de protección

necesariamente personal, ya que se refiere a la custodia, tenencia y cuidado personal del hijo, y que al no existir ésta guarda material, no afecta el aspecto jurídico de la patria potestad, otro de los aspectos de la guarda y custodia de menores es que puede modificarse, ya que en las resoluciones en materia de derecho de familia, pueden modificarse en todo momento si las circunstancias así lo requieren.

Dentro de los efectos que tiene la patria potestad podemos dividirlos para su estudio en dos grupos, según se refieren a la persona o a los bienes del menor, por lo que se refiere a la persona de los menores y que consideramos que es el de mayor importancia para nuestro trabajo, ya que la esencia misma de nuestra propuesta radica en el lograr una mejor protección del menor tanto física como emocionalmente, los efectos de la patria potestad al respecto son los siguientes:

- a) El cuidado y guarda de los hijos, que se encuentra en el artículo 416.
- b) La obligación de dar alimentos a sus hijos, como lo establece el artículo 303.
- c) El domicilio de los menores no emancipados sujetos a la patria potestad, es el de las personas a cuya patria potestad están sujetos, como lo indica el artículo 421, en relación con el artículo 31 fracción I.
- d) La obligación de educarlos convenientemente, que se estipula en el artículo 422.
- e) La facultad de corregir a sus hijos y la obligación de observar una conducta que sirva como ejemplo, lo cual no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten

contra su integridad física o psíquica, tal y como lo establece el artículo 423, en relación con el artículo 323 ter. del Código Civil.

Tales efectos como nos refiere la maestra Alicia Elena Perez Duarte y Noroña, se encuentran íntimamente ligados unos con otros "...y exige a la vez, una obligación por parte del menor. Así, el deber de cuidado y custodia exige que el hijo habite la casa de su padre y/o madre y no salga de ella si no es con permiso; el deber de educación y corrección exige la obediencia del menor, lo mismo que la facultad de la representación".³⁰

Esta reciprocidad de derechos y obligaciones, se puede entender por lo que dispone el artículo 411 que a la letra dice: En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición.

En relación con los progenitores, sus deberes frente a los hijos se resumen todos ello en la compendiosa obligación de proveer a mantenerlos, educarlos e instruirlos, como el de fijar su morada, pudiendo corregirlo mesuradamente, es decir, cuidar de ellos en todos los aspectos durante toda su vida, en este deber deben de concurrir ambos progenitores y cuya carga económica deber ser sostenida por ambos en proporción a sus haberes.

Es por ello que para el cumplimiento de la misión conferida a los padres se exige a su vez, una sumisión y dependencia de los hijos, los cuales tienen también deberes de carácter natural y moral que deben cumplir, como el deber de obediencia y

³⁰ PEREZ DUARTE Y NOROÑA. Alicia Elena. Derecho de familia. UNAM, Mc Graw-Hill, México 1998, p. 37.

respeto, que subsistir incluso después de extinguida la patria potestad, por lo que se puede decir, que tales deberes no dependen de esta, sino de la filiación.

También podemos encontrar otros deberes como los de asistencia moral y cuidados personales a los padres, lo cual se traduce en que los hijos deben cuidar a sus padres en la ancianidad, en estado de demencia o enfermedad y proveer a sus necesidades.

Tal correspondencia entre los deberes y derechos que tienen los padres e hijos entre sí, se puede resumir de la siguiente forma: "...el deber de guarda o custodia con cargo a los padres, existe el deber de convivencia de los hijos, y de ambos deberes se originan derechos recíprocos: de los padres, el de determinar el domicilio y lograr que el hijo viva con ellos, y del hijo del derecho que lo cuiden.

El deber de educación, primordial en la patria potestad, reconoce el derecho de los padres para corregir y amonestar, pero no como consecuencia de un deber-derecho, sino como un derecho para lograr el respeto, obediencia y aplicación por parte del hijo que son deberes con cargo a él. Así, podríamos señalar la interrelación de deberes, derechos y obligaciones en la relación jurídica paterno-filial existente, en donde se respeta a las personas y no hay una potestad que se impone".³¹

Una vez expuesto lo anterior desde nuestro punto de vista, la guarda y custodia es uno de los efectos o consecuencias más importantes de la patria potestad, y que al

³¹ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales. Porrúa, México 1990, p. 298

ejercerse implica sin lugar a dudas, la concurrencia de todos y cada uno de los demás efectos de la patria potestad.

En conclusión, podríamos entender a la guarda y custodia de menores como una consecuencia directa sobre la persona de los menores, a cargo de aquellos que ejercen la patria potestad, considerando que ambas instituciones jurídicas fueron creadas con el mismo molde y que en su caso podrían regirse por las mismas normas, las cuales determinarían su mecanismo, pero en el caso de que alguno de los padres se le privara de la patria potestad, se separara irremediamente el derecho más importante consistente en la guarda y custodia de sus hijos, pero con ello no implica que sea privado de los atributos restantes de la patria potestad.

En cuanto hace a la importancia de la guarda y custodia, esta radica principalmente en que es una institución creada para la asistencia, protección y representación jurídica de los hijos, en consideración a su falta de madurez psíquica y de su consiguiente capacidad de obrar, la cual tiene un contenido de carácter natural y confirmado por la ley, y que se ejerce como una función derivada de la paternidad y de la maternidad independientemente de que su ejercicio se refiera a hijos que nazcan dentro del matrimonio como fuera de él, cuya finalidad principal es la conservación de los intereses del menor, como los de la familia y los de nuestra sociedad.

Por lo tanto, la institución jurídica de la guarda y custodia, es una verdadera función social atribuida a los padres para la protección de sus hijos, que fue creada para la protección integral del menor, puesto que el menor tiene un lugar predominante en

la protección jurídica de nuestro país, considerada tal protección como un interés supremo.

2.2. Características.

Estas las podemos encontrar dentro del ordenamiento jurídico de la patria potestad, ya que como lo que hemos expuesto, la guarda y custodia es una consecuencia en el ejercicio de la patria potestad y a continuación nos referiremos a las más importantes.

Debemos establecer primeramente que la persona del menor independientemente de su incapacidad legal o natural, necesita la protección de la sociedad y del derecho, no implicando esto que exista un predominio de una persona sobre la otra, sino que es el cumplimiento de una función, que es la paternidad y la maternidad, en beneficio del menor de edad o en caso de la tutela del que tenga incapacidad legal y natural.

2.2.1. Protección y Cuidado.

Como lo hemos comentado en líneas anteriores, los ascendientes tienen como un derecho natural sobre la persona de sus descendientes, un deber de protección, el cual se traduce en una vigilancia, guarda y educación de los menores.

Por lo que hace a estas dos funciones son características inmediatas del derecho de guarda y custodia de menores, que surgen en razón de la personalidad inmadura del menor y que cambian según el desarrollo de dicha personalidad.

Por tal motivo, estos deberes imponen a los padres la obligación de amparar, defender y atender a sus hijos menores, ya que estos se encuentran desprovistos de los elementos necesarios para valerse por sí mismos en la vida, por lo que los padres deberán de contar con la plena conciencia y responsabilidad en el ejercicio de estos deberes.

Para el maestro Daniel Hugo D Antonio "Dentro del cuidado debido, compréndanse conductas como las necesarias para un debido estado de salud, incluyéndose la vacunación del hijo contra enfermedades propias de la infancia, la atención bucodental y eventualmente psíquica, así como toda otra atención con miras a un normal y pleno desarrollo del menor".³²

2.2.2. Crianza.

Entiéndase por esta, la acción y efecto de criar a los hijos en la época más importante en la infancia, que es la época de la lactancia, que tiene como única finalidad alcanzar un mejor desarrollo en las aptitudes físicas y psicológicas del menor.

³² D ANTONIO. Daniel Hugo. Patria Potestad. Astrea. De Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires 1979. p. 92.

Criar a un hijo significa ayudarlo en su crecimiento, a través de su alimentación, educación y fomentando en él una mentalidad saludable, para que pueda desarrollarse completamente en sus facultades físicas y psicológicas, es por ello que esta característica la encontramos íntimamente ligada con la educación que se les debe de brindar a los menores, por lo tanto la crianza como la educación y el cuidado, son la base de toda familia y que se les debe brindar al infante, para que pueda en un futuro próximo adecuar su conducta y adaptarse a las normas de nuestra sociedad.

2.2.3. Educación.

Del latín *educatio*, que significa la acción y efecto de educar, que se traduce en la enseñanza que se da a los hijos, la cual parte de las experiencias adquiridas por el individuo a lo largo de su vida dentro de su familia, en la escuela o en la sociedad, con el fin de formar el carácter y el espíritu del menor.

Esta característica se desprende del artículo 413 del Código Civil que establece, que el ejercicio de la patria potestad queda sujeto a la educación de los menores, así también establece el artículo 422 del ordenamiento legal en cita, que las personas que tengan bajo su patria potestad o custodia a un menor incumbe la obligación de educarlo convenientemente, pero que puede entenderse por convenientemente, puede entenderse por tal, que la educación debe de darse según el sexo, según la vocación y que comprende la educación física, moral y religiosa, pero deben tomarse en cuenta las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten de acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el

Distrito Federal, comprende también dentro del término conveniente, la observación de una conducta que sirva de ejemplo a los hijos, por parte de sus padres (artículo 423 del Código Civil).

Esta obligación se refiere principalmente, en el cuidado de dirigir la educación de los hijos, de normar su conducta, de formar su carácter e ideas, es la parte esencial de la misión que los padres deben satisfacer, el cual es un deber moral, que se atribuye a los progenitores para la misión de formar a los hijos que procrean, con arreglo a sus posibilidades, ya que "...la educación del hijo debe tender a prepararlo para una vida sana, física y moralmente, proporcionándole instrucción intelectual, orientación profesional y formación cívica".³³

Educar a un hijo es ante todo instruirlo, o por lo menos darle la instrucción elemental, a través de las escuelas primarias y secundarias, las cuales se imparten en forma gratuita, ya que sin este tipo de enseñanza el menor estaría mal preparado para ganarse la vida en la sociedad en la que vivimos.

La educación al menor se da primeramente en la familia, puesto que necesariamente requiere del molde formativo constituido primordialmente por la figura de sus padres, que son los principales y primeros educadores de sus hijos, por ser esta el ambiente natural de la educación y después en la escuela, que orientan de manera conjunta los primeros pasos del menor en la vida, la familia en el aspecto ético y la escuela en el aspecto intelectual, ambas con el fin de desarrollar las aptitudes físicas, intelectuales y morales del menor, de acuerdo con sus aficiones y aptitudes y en armonía con las circunstancias.

³³ CASTAN VAZQUEZ. La Patria Potestad. Revista de Derecho Privado. Madrid 1960. p. 200.

Existe una íntima relación entre esta obligación y el concepto de los alimentos, esta relación la encontramos en el artículo 308 del Código Civil el cual dice, que respecto de los menores, los alimentos comprenden además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista.

En sentido amplio el deber de la educación de los hijos implica el deber y el derecho de ocuparse de su formación física, espiritual y moral, como atender a la preparación para una profesión o actividad determinada, que también incluye la formación del carácter, del espíritu y de los sentimientos que tanto van a incidir sobre sus inclinaciones durante toda su vida.

Para la debida educación del menor, en algunos casos se necesita corregirlos, facultad que esta expresamente consignada en la ley a favor de quienes ejercen la patria potestad, según lo dispuesto por el artículo 423 de la ley en cita que previene, que para lograr la educación de los menores, los que ejercen la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia tienen la facultad de corregirlos pero se agrega, que deben observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo, lo cual no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica en los términos del artículo 323 ter. del Código Civil.

2.2.4. Vigilancia.

En cuanto hace a esta característica, diremos que es en la infancia en donde se adquieren las bases para nuestro desarrollo, y que en el caso de que esta no se

realice adecuadamente ir de por medio, el comportamiento y la conducta que más adelante tenga el menor.

Son los padres quienes deben asumir esta tarea, por ser quienes tienen la posibilidad de enterarse de la forma en que se está desarrollando su hijo, puesto que sus hijos tienen un trato amplio y directo con sus padres.

Este deber se refiere, al cuidado de dirigir las acciones del menor, como el de vigilar su desenvolvimiento moral, que al igual que la guarda y custodia es un derecho y una obligación, su desempeño se realiza a través de una atención cuidadosa sobre la persona del menor, como podría ser el conocer a sus amistades, enterándose de la educación que se les imparte en las escuelas y conocer la correspondencia que reciben.

El derecho de vigilancia de la conducta del menor sujeto a la patria potestad, se vincula a la vez con la obligación del hijo de no abandonar la casa de los ascendientes a cuya autoridad está sometido, ya que el domicilio hace posible la custodia del menor, según lo establece el artículo 31 del ordenamiento legal antes mencionado, que nos refiere, que se reputa domicilio legal;

I.- Del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto.

Por otro lado también el artículo 421 del Código Civil establece, que mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente, por lo anterior es que el

deber de guarda o custodia con cargo a los padres, existe el deber de convivencia del hijo, es decir, que de ambos deberes se originan derechos recíprocos, el de los padres el de determinar el domicilio de sus hijos y lograr que viva con ellos, y el del hijo el derecho a que lo cuiden.

Esta obligación responde a la idea de control que compete a los padres, de vigilar a sus hijos evitando una conducta que pueda resultar nociva para los intereses del menor o para otras personas, y que en el caso de que los menores obraran ilícitamente o contra las buenas costumbres, los que ejerzan la patria potestad, en este caso sus padres, están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus hijos, en el caso de que el deber de vigilancia fuera conferido a terceras personas como en los colegios o talleres, estos asumirán esta responsabilidad, ello de conformidad con los artículos 1919 del ordenamiento legal antes indicado, que dice, que los que ejerzan la patria potestad tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que éste bajo su poder y que habiten con ellos.

En el deber de vigilancia, permite que se pueda conceder a terceras personas, lo cual se desprende del artículo 1920 del Código Civil que dispone; Cesa la responsabilidad a que se refiere el artículo anterior, cuando los menores ejecuten los actos que dan origen a ella, encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, de talleres, etc., pues entonces esas personas asumirán la responsabilidad de que se trata.

Otra de las características que podemos encontrar dentro del derecho de guarda y custodia de menores, son la representación, el derecho de corrección y el deber de alimentación, de estos se hablarán a continuación.

Por lo que se refiere a la representación, diremos que siendo el menor de edad incapaz de hecho, requiere la presencia de un representante impuesto por la ley, que vendrá a suplir tal incapacidad, por lo que serán sus representantes los que ejerzan sobre ellos la patria potestad o en su caso la tutela, esta representación es considerada como una institución jurídica por la cual una persona sustituye al incapaz en el ejercicio de sus derechos, y realiza actos para los cuales el titular está legalmente impedido, la cual comprende todo lo relativo al cuidado y la atención de la persona del menor, por parte de quienes ejercen la patria potestad.

Es por eso que los menores de edad necesitan en la vida jurídica, la asistencia de otras personas, en forma natural su representación se confiere en primer lugar a sus padres y en casos particulares se puede conferir a otras personas. Por lo que el representar a los hijos constituye como las demás funciones de la patria potestad, un derecho y un deber, por lo que los padres no pueden renunciar a esta obligación, por otro lado, que el menor tenga representante, no quiere decir que carezca de personalidad, es decir, la personalidad del menor no queda absorbida, sustituida o desplazada por la de su representante legal.

Este deber del que hablamos se encuentra regulado por los artículos 424 y 425 del Código Civil, los cuales establecen que los que están sujetos a la patria potestad no pueden comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna sin expreso

consentimiento del que o de los que ejerzan la patria potestad, y los que ejercen la patria potestad son los legítimos representantes de los que están bajo éste derecho.

Por último diremos que éste deber en algunas ocasiones puede terminarse, extinguirse o limitarse, lo cual se da en los casos de que se acabe, se pierda, se limite o se suspenda la patria potestad.

El derecho de corrección dentro de la guarda y custodia de menores, proviene del latín *correctio*, que significa represión o censura de un delito, falta o defecto: acción y efecto de corregir o de enmendar lo cerrado y lo defectuoso.

Por lo que se refiere a éste deber, anteriormente se incluía la facultad de castigar a los hijos, lo cual justificaba que el padre o la madre lesionaran a sus hijos, lo que en la actualidad en el Código Penal existen varias disposiciones por medio de las cuales se trata de proteger la integridad física del menor, por lo que respecta a las lesiones que se llegaran a producir a los menores en el ejercicio de la patria potestad, el juez podrá imponer además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación de la patria potestad. Por otro lado en casos extremos en que los padres ocasionaran la muerte de sus hijos, dentro del mismo Código Penal en el Título Décimo Segundo, denominado Delitos contra la vida y la integridad corporal, Capítulo IV, se contempla la figura del homicidio en razón del parentesco o relación en el cual se establece, que el que prive de la vida a su descendiente, es decir a sus hijos, con el conocimiento de esta relación se le impondrá prisión de diez a cuarenta años, pero en el caso de no tener conocimiento de esta relación se estará a lo previsto en el artículo 307 del ordenamiento legal antes indicado.

Esta facultad de corregir a los menores, se encuentra regulada por el artículo 423 del Código Civil el cual establece, que quienes ejerzan la patria potestad tendrán esta facultad de corregir a sus hijos y la obligación de observar una conducta que sirva a estos de buen ejemplo, éste deber se encuentra íntimamente ligado con el deber de cuidado y con el de educación del menor, ya que estos conceden a los *padres sobre la persona del menor un derecho de corrección, sin que éste derecho haya sido definido y mucho menos reglamentado de una manera precisa por nuestra legislación.* Esta figura a estudio se reduce a una cuestión de medida y salvo en los casos extremos la costumbre de nuestra sociedad son las únicas que reglamentan el ejercicio, y en circunstancias delicadas puede ser una causa de la pérdida de la patria potestad, ya que tal facultad no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica en los términos del artículo 323 ter del Código Civil, el cual se refiere a la violencia familiar, la cual se considera como el uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves, que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma. *que atente contra si integridad física, psíquica o ambas independientemente de que pueda producir o no lesiones.*

No hay que confundir el derecho de infligir a los hijos ligeros castigos corporales, con el derecho calificado de corrección, ya que por doquier admite la costumbre que los padres tienen el derecho de castigar a sus hijos para constreñirlos a apegarse a su autoridad, pero a condición de que se trate de castigos sin gravedad, infligidos en el mismo interés del niño y de la familia.

Consideramos que éste derecho, no se debe de entender en el sentido de que los padres en todo momento tengan que corregir a sus hijos, sino que sólo se debe de

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

dar en los casos en que la conducta de este lo exige y que ha de ejercitarse siempre dentro de ciertos límites, pasados los cuales existiría abuso de este derecho y podría caer incluso en una conducta contraria a derecho, por lo que estimamos que el tratar de educar al menor debe de ser con un trato adecuado, basado en el amor que es en general más eficaz que el castigo.

En cuanto hace a la obligación de proporcionar alimentación a los menores, tal obligación se desprende de la propia ley al establecer que los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos (artículo 303 del Código Civil), asimismo se contempla en el artículo 164 del ordenamiento legal en cita, que a la letra dice:

Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden, para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos. Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientemente de su aportación económica al sostenimiento del hogar.

Esta obligación se da en atención a la inmadurez psicofísica de los menores de edad y creada con la única finalidad de satisfacer sus necesidades más elementales, esta obligación es diferente a la obligación alimentaria, como lo comentaremos más adelante, aunado a lo anterior esta obligación comprende; la comida, el vestido, la habitación y asistencia en caso de enfermedad y respecto de los menores los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del

alimentista y para proporcionarle algún oficio o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales (artículo 308 del Código Civil), y para su debido cumplimiento deberá de ser en proporción a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlos, que en éste caso son los hijos (artículo 311 del Código Civil).

Al respecto nos dice Manuel Planiol y Georges Ripert que “No debe confundirse la obligación especial impuesta a los padres para con sus hijos con la obligación mucho más general, llamada obligación alimenticia. Esta por su naturaleza es recíproca; en cambio, el deber de los padres para con sus hijos menores es unilateral también por su propia naturaleza. La obligación alimentaria dura toda la vida; el deber de los padres termina con la mayor edad de sus hijos. Después de su mayoría de edad el hijo puede tener derecho a los alimentos; pero en las condiciones ordinarias, es decir, cuando se halle necesitado; su educación, con los gastos especiales que ocasiona, ha concluido”.³⁴

En esta relación el obligado a alimentar es el padre que ejerce la patria potestad, pero se entiende que ambos progenitores estas obligados solidariamente y que si uno de ellos no posee nada, el otro deberá soportar todos los gastos del sostenimiento, el sujeto acreedor a los alimentos es el hijo sometido a la patria potestad.

Los caracteres que podemos encontrar en esta obligación son los siguientes: su carácter solidario, ya que esta obligación pesa conjuntamente sobre los dos esposos,

³⁴ PLANIOL Manuel. RIPERT Georges. Tratado Elemental de Derecho Civil. 2ª ed. Cardenas Editor y Distribuidor. Mexico 1991. p. 273.

según sus recursos; es subsidiaria puesto que sólo se impone a los padres, en razón de que los hijos generalmente carecen de bienes personales; y por su permanencia ya que en los casos de divorcio, aunque los padres pierdan la patria potestad quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos (artículo 285 del Código Civil).

Esta obligación se extingue al llegar el hijo a la mayor edad o al ser emancipado, la privación de la patria potestad y de sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de esta obligación, otro de los aspectos que podemos comentar en relación con el punto a estudio, es que en el caso de nulidad del matrimonio, no se extingue ya que el matrimonio produce sus efectos civiles en todo tiempo en favor de los hijos.

Por lo anterior consideramos que esta obligación con cargo a los padres, es una de las principales obligaciones dentro de la relación paterno-filial, ya que el deber de alimentar a los hijos es proclamado por la moral y exigido en las legislaciones positivas, la cual no es una la obligación alimentaria propiamente dicha, con un carácter recíproco, lo que significa que los padres deben de dar alimentos a sus hijos y estos a aquellos, cuando éstos lo necesiten, sin embargo, a la obligación que nos referimos, a cargo de los padres para con sus hijos es unilateral, puesto que los hijos no están obligados a prestar o cumplir esta obligación para con sus padres, ya que por su edad carecen de los medios necesarios para cumplir con esta obligación.

Una vez que ya hemos visto lo que es la guarda y custodia de menores, que como veremos más adelante se concede durante la tramitación del juicio de divorcio, mientras dure el procedimiento, o en forma definitiva al dictarse sentencia, ahora es

importante comentar el derecho con el que cuenta el cónyuge a quién se le ha privado de ese derecho, este derecho se llama derecho de visitas.

Es de gran importancia destacar, que este derecho surge por la necesidad de permitir a quien no tenga la guarda y custodia sobre sus hijos, de que siga en él ejerciendo de la patria potestad, para poder vigilar la educación, formación y asistencia moral de sus hijos, que en términos generales consiste en la posibilidad de tener entrevistas periódicas con sus hijos, mantener correspondencia postal o comunicación telefónica, obligación que no puede interferirse sino por motivos serios y legítimos en interés del menor.

Este derecho no se encuentra lo bastante regulado dentro de nuestro Código Civil, por lo que parece haber omisión al respecto, éste derecho se puede entender en el sentido que le quiso dar el legislador en el artículo 417 de la ley en cita, que a la letra dice: Los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos. No podrá impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes, En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el juez de lo familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor. Sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial.

Por lo anterior es que el derecho de visitas no es ajeno a la patria potestad, ya que sólo tiene el derecho de visitas quién conserva la patria potestad, por tanto quien

pierda la patria potestad consecuentemente perderá este derecho, lo que se demuestra con la siguientes Tesis Jurisprudencial la cual dice: "Como el derecho de visitar a los hijos deriva de la patria potestad y no se trata de un derecho absoluto que deriva exclusivamente de la filiación, sino que requiere la existencia de la patria potestad para hacerse exigible, al perderse la patria potestad, debe perderse también el derecho de visitar al menor, pues sería contradictoria que un progenitor conserve el derecho de visitarlos libremente".

Amparo Directo 5878/87. Ariela Katz Kenner. 9 de diciembre de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel Villagordoa Lozano. Secretario: Manuel Cícero Sabido. Ausente: Ernesto Díaz Infante. Informe 1988. Segunda Parte. Tercera Sala No. 149. Pág. 173.

Ahora conviene planteamos los problemas que se pueden derivar de este derecho, mismos que se encuentra íntimamente relacionado con nuestro tema a estudio, por ejemplo: cuando el cónyuge que no tenga la guarda y custodia de sus hijos, sin embargo tendrá el derecho a visitarlo y salir con sus hijos, lo que se demuestra con la siguiente Tesis Jurisprudencial citada por el maestro Manuel F. Sánchez Asencio, que dice: "Si la madre se le confiere el cuidado y guarda de su menor hijo, debe ejercitar los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, que de acuerdo con los artículos 422 y 423 del Código Civil del Estado de Guerrero, comprende la obligación de educarlo convenientemente, de corregirlo y castigarlo mesuradamente con una libertad que no tiene más límite que el notorio perjuicio físico o moral de dicho menor. El padre, por su parte, tiene el derecho de visitar al hijo, de comunicarse y tratar con él, vigilando prudentemente el cumplimiento de las obligaciones de guarda y custodia a cargo de la madre, sin pretender una

intromisión constante y absoluta que no es lógica, ni siquiera en las cosas en que el matrimonio subsiste”.

Amparo directo 3818/1968, Marta Contreras. Febrero de 1969. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mariano Azuela. 3 Sala. Séptima Epoca. Volumen 2. Cuarta Parte. Página 67. Manuel F. Chávez Ascencio. Pagina 556.

Por otro lado, puede darse el caso que entre los cónyuges se llegará a un convenio dejando la educación, formación y asistencia moral de los hijos con absoluta libertad a quien tenga la guarda y custodia del menor, también puede darse que quien tenga el derecho de visitas, efectúe actos inmorales con el fin de corromper a sus hijos, así como la tolerancia en su corrupción o no haga uso de este derecho, es decir, que teniendo a su favor este derecho no lo ejercite, lo que puede constituir una causal de divorcio, en estos casos el cónyuge que tiene la guarda y custodia podrá solicitar que se le prive de la patria potestad al otro cónyuge y como consecuencia también pierda el derecho a visitar a sus hijos, lo que deberá decretarse siempre y cuando se cuenten con las pruebas suficientes que no dejen lugar a duda a tal privación.

En el caso de que se dicte sentencia definitiva en un juicio de divorcio, esta sentencia deberá fijar la situación de los hijos, por lo cual el juez deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, por lo que se refiere a la pérdida o suspensión, lógicamente no se concederá el derecho de visitas, que como lo comentamos anteriormente al decretarse la pérdida de la patria potestad trae como consecuencia

que no se le conceda el derecho a visitar a sus hijos, y en los casos de limitación podrá concederse éste derecho pero con ciertas limitaciones.

De lo anterior podríamos decir, que en muchos de los casos el cónyuge que tiene la guarda y custodia de los hijos es el más adecuado para decidir sobre la educación, formación y atención en general de los menores, pues es quien más convive y pasa mayor tiempo con ellos, es por ello que creemos que en igualdad de derechos el otro cónyuge también tendrá el derecho y el deber de participar en la educación y formación de sus propios hijos.

Por último diremos, que éste derecho no debe interferirse sino por motivos serios como podrían ser: que los hijos fueran todavía muy pequeños o que tenga un mal estado de salud, que si bien es cierto la finalidad de éste derecho es el de procurar un mayor acercamiento entre los padres y sus hijos, también debe estar dirigido a la protección de los intereses del menor.

2.3. Instituciones jurídicas fundamentales

Cabe destacar la importancia de estas instituciones, las cuales se refieren a la persona del menor y que nos servirán para conocer el estado de incapacidad natural y jurídica en que se encuentran los menores, ya que por su propia naturaleza carecen tanto de experiencia como de inteligencia necesaria para conducirse por sí mismos en la vida, es por ello que necesitan una protección jurídica especial.

El menor de edad propiamente dicho es una persona, que por este sólo hecho es el único ser que puede ser sujeto de derechos, es decir, que cuenta con personalidad, entendiéndose por esta la aptitud o idoneidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, por lo que el menor ha pesar de su estado natural de incapacidad, nuestra legislación le da una regulación jurídica especial, pero esta protección no significa un atentado a la personalidad del menor.

2.3.1. Concepto de Minoría de edad.

El vocablo *minoridad* comprende el concepto abstracto de la menor edad. al respecto nos refiere el Diccionario Jurídico Mexicano de Investigaciones Jurídicas de la UNAM que “Desde el punto de vista biológico se llama menor a la persona que por efecto del desarrollo gradual de su organismo no ha alcanzado una madurez plena, y desde el punto de vista jurídico es la persona que por la carencia de plenitud biológica, que por lo general comprende desde el momento del nacimiento viable hasta cumplir la mayoría de edad, la ley le restringe su capacidad dando lugar al establecimiento de jurisdicciones especiales que lo salvaguarda”.³⁵

Respecto a la menor edad cabe citar lo establecido por el artículo 22 del Código Civil, el cual nos dice; que la capacidad jurídica de las personas físicas, en este caso, la capacidad del menor, 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, es por eso que el menor de edad, aunque se encuentra en éste estado natural no deja de tener capacidad jurídica y asimismo se encuentra dentro

³⁵ Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ob. cit. p. 2111.

de la protección jurídica de la ley, al designarle un representante para que puedan ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de este.

Por otro lado la *minoría de edad*, como el estado de *interdicción* y demás incapacidades establecidas en la ley, son restricciones a la personalidad jurídica del menor, lo que no debe menoscabar su dignidad, ni atentar contra la integración de la familia de la cual es integrante.

Como ya lo hemos dicho la menor edad del individuo, es la etapa en la que todavía no alcanza una plena madurez y que por ello carece de una plenitud natural y legal. *podríamos preguntarnos en que momento el menor adquiere esa plenitud*, al respecto el artículo 646 del Código Civil nos dice, que la mayor edad comienza a los 18 años cumplidos, por lo tanto estará en plenitud de disponer libremente de su persona y de sus bienes, por lo que a contrario sensu, se entiende que la *minoría de edad* abarca desde el nacimiento viable, hasta los dieciocho años cumplidos.

Por lo que hemos comentado, el menor de edad a pesar de que se encuentra dentro de la protección de la ley, *tiene ciertas limitaciones a su capacidad*, por lo que es considerado jurídicamente como un incapaz, es por ello que a continuación hablaremos de lo que debemos de entender por capacidad e incapacidad de los menores de edad.

2.3.2. Capacidad de goce y de ejercicio.

La palabra capacidad proviene del latín *capacitas*, que quiere decir aptitud o suficiencia para algunas cosas. dentro del campo del derecho esta palabra se entiende como la aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, o como la facultad o posibilidad de que esta persona pueda ejercitar sus derechos y cumplir con sus obligaciones por sí misma.

La capacidad jurídica se adquiere con el nacimiento y esta se pierde con la muerte, también resulta importante señalar, que el individuo entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido desde el momento de su concepción, lo que se perfecciona con lo dispuesto por el artículo 337 del Código Civil que nos dice, que solo se tiene por nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno vive 24 horas o es presentado vivo al Registro Civil.

Dentro del derecho mexicano la capacidad es uno de los atributos de la persona y a la cual se le estudia desde dos aspectos:

a) La capacidad de goce.- Es un atributo de la personalidad, que se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte, en virtud de la cual una persona puede ser titular de derechos y obligaciones, que corresponde a todo hombre por el sólo hecho de serlo, sin que en ello influya su sexo, edad o nacionalidad, esta clase de capacidad coincide con el concepto de personalidad ya comentado, es por ello que todo sujeto debe tenerla y que si se suprime desaparecería la personalidad, por cuanto que impide al ente la posibilidad de actuar, pero la capacidad de goce no puede quedar suprimida totalmente en el ser humano, ya que basta ser hombre para que se reconozca un mínimo de capacidad de goce según lo dispone el artículo 22 del Código Civil, que como ya lo dijimos la personalidad jurídica se adquiere antes

de nacer para ciertas consecuencias de derecho, como podría ser capacidad para heredar, para recibir en legados o para recibir en donación.

b) La capacidad de ejercicio.- Es la aptitud que requieren las personas para ejercitar por sí mismas sus derechos y cumplir con sus obligaciones, que se adquiere con la mayoría de edad o con la emancipación, esta capacidad supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales, por lo tanto la incapacidad de ejercicio impide hacer valer lo anterior, de aquí la necesidad de que la ley le designe un representante y es por eso que los menores de edad carecen de esta capacidad. Es de importancia destacar que no todas las personas la poseen, ésta supone un pleno conocimiento y una libertad de actuar, lo que se da por diversas circunstancias que limitan o destruyen la capacidad de actuar, como lo es la minoría de edad, la locura, entre otras, es por ello que los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes, lo que tiene por objeto la protección de los incapaces, que consiste en que una persona obra en nombre y en interés del sujeto incapacitado, ejercitando sus derechos y cumpliendo con sus obligaciones.

La capacidad de ejercicio se puede subdividir de la siguiente forma: a) capacidad general, referida a aquella aptitud requerida para la realización de cualquier tipo de actos jurídicos, y b) la capacidad especial, como la aptitud requerida a determinadas personas en la realización de actos jurídicos específicos, como por ejemplo, en materia de arrendamiento, en donde al arrendador se le pide que tenga capacidad para contratar (general) y el dominio o administración del bien materia del contrato (capacidad especial).

Por lo anterior es que el menor de edad se encuentra dentro de una de las circunstancias que limitan o aniquilan la capacidad de actuar, por lo que se dice que es un incapaz, es decir, que no puede actuar en derecho, al respecto el maestro Efraim Moto Salazar nos dice que "...La incapacidad es, por tanto, el estado especial en que se halla la persona que queda privada del ejercicio de su capacidad de actuar".³⁶

Al declararse incapaz a una persona puede acarrear dos efectos, la protección del individuo o sancionarlo, en el primer caso, es en donde encontramos a los menores de edad, que por su estado especial necesitan de la protección de la ley, es importante señalar, que la capacidad de ejercicio da lugar al concepto de incapacidad que es excepcional y especial, por lo que no puede concebirse a una persona privada de todos sus derechos, ya que los incapaces como lo hemos dicho pueden ejercitar sus derechos, contraer y cumplir sus obligaciones por medio de sus representantes (artículo 23 del Código Civil).

En relación con la incapacidad, nuestro Código Civil en el artículo 450 nos dice que tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad.

II.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los

³⁶ MOTO SALAZAR, Efraim. Ob. cit. p. 138.

estupefacientes: siempre que debido a la limitación, o la alternación en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún motivo.

Por otro lado establece el artículo 451 del ordenamiento legal en cita, que los menores de edad emancipados por razón del matrimonio tienen incapacidad legal para los actos a que se refieren los artículos 641 y 643 del Código Civil.

Es por ello que los menores de edad poseen dos grados de incapacidad, la absoluta o total, cuando el menor no ha sido emancipado, y la limitada al producirse su emancipación, ya que a pesar de que tiene la libre administración de sus bienes, su capacidad se encuentra limitada, ya que durante su menor edad debe tener autorización judicial para enajenar, gravar o hipotecar sus bienes raíces o se le pueda nombrar un tutor para negocios judiciales (artículo 641 y 643 del Código Civil).

De lo anteriormente expuesto podríamos establecer, que el menor de edad por su falta de madurez o experiencia, no está plenamente consciente de sus actos, es por eso que se le considera como incapaz natural, pero también la ley al reconocer y sancionar su estado, le niega la capacidad de actuar, es por lo que se dice, que los menores de edad tienen incapacidad natural y legal.

Otro de los aspectos que debemos de tener en cuenta es lo relativo a la figura de la emancipación, que es un derecho inherente el derecho de las personas como al derecho de familia, figura que constituye una transición entre la minoría y la

mayoría de edad, asimismo determina una semicapacidad de ejercicio en el menor emancipado como lo disponen los artículos 641 y 643 del Código Civil.

Concepto: "... La emancipación es el estado en virtud del cual el menor adquiere una capacidad del actor restringida, restringiéndose así el ejercicio de la patria potestad. El matrimonio de un menor de 18 años, produce de derecho la emancipación, aunque el matrimonio se disuelva posteriormente el cónyuge emancipado que siga siendo menor, no recaerá en la patria potestad (Art. 641 del Código Civil).³⁷

Esta figura produce una serie de efectos como son:

a) En relación con la patria potestad.- El artículo 443 Fracción II dispone, que la patria potestad se acaba con la emancipación derivada del matrimonio, y como consecuencia se acaba el derecho de usufructo a favor de quienes ejercen la patria potestad y el menor podrá elegir su domicilio, profesión u oficio que más le convenga.

b) En relación con la tutela.- El artículo 602 fracción I del Código Civil, establece que la tutela se extingue por la muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad.

Por ultimo es de importancia establecer, que el menor emancipado cuenta con una capacidad de ejercicio limitada, ya que por ese sólo hecho tiene la libre administración de sus bienes, pero necesita de autorización judicial para enajenar,

³⁷ Idem. p. 143.

gravar o hipotecar sus bienes raíces, y de un tutor para comparecer en juicio (artículo 643 del Código Civil).

2.4. Su otorgamiento en el procedimiento como medida provisional.

Como lo veremos un poco más adelante, el otorgamiento de la guarda y custodia de menores en particular en el caso de divorcio necesario, puede otorgarse como una medida provisional, ya sea en casos urgentes o al admitirse la demanda y sólo mientras dure el procedimiento correspondiente.

Es por lo anterior, que será de importancia para el desarrollo de nuestro trabajo, la medida provisional de la guarda y custodia de menores durante el procedimiento, ya que como lo establece el artículo 283 del Código Civil, la sentencia de divorcio resolverá en definitiva la situación de los hijos y en especial la custodia y al cuidado de los hijos, *que podrá modificarse cuando cambien las circunstancias que dieron origen a esa resolución*, es por ello que cuando hablemos de guarda y custodia de menores, nos referiremos a la que se otorga sólo mientras dura el procedimiento en el divorcio necesario.

2.4.1. Concepto de Medida Provisional.

Dentro de la doctrina pudimos encontrar varias formas en que se les puede llamar, providencias o medidas cautelares, medidas de seguridad, providencias

precautorias, medidas de garantía entre otras, las cuales consideramos que se deben de entender como sinónimos.

Concepto: "Son los instrumentos que pueden decretar el juzgador a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un *grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad*, con motivo de la tramitación de un proceso".³⁸

Aunado a lo anterior, para el maestro Eduardo Cautore, las medidas provisionales, son las medidas de conocimiento sumario con comienzo de ejecución provisional, las cuales se dictan en aquéllos casos en los cuales existe un riesgo previsible.

Es de gran importancia destacar, que el objeto de la adopción de estas medidas es el establecer un régimen interino mientras dure el procedimiento, ya que en la practica de nuestros tribunales por la gran carga de trabajo, los juicios de divorcio en algunos casos se prolongan durante mucho tiempo, es por ello que se hace necesaria la utilización de estas medidas, las cuales regulan las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges y con mayor importancia la protección de los hijos, en particular sobre su guarda y custodia, ya que de esta se derivan las demás obligaciones que tienen los padres para con sus hijos, con el único fin de procurar un pacifico desarrollo de los acontecimientos hasta que se dicte sentencia definitiva. Algunos de los caracteres que pudimos encontrar de estas medidas son los siguientes:

³⁸ Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas Ob. cit. p.2091.

Su provisionalidad, ya que se decretan en forma provisional, es decir, mientras dura el procedimiento, con la única finalidad de evitar algún daño.

Su accesoriedad, esta característica sólo se justifica por el riesgo que corre el derecho que se debate o ha de debatirse en el proceso principal, por lo que las medidas provisionales son accesorias a éste.

Su preventividad, estas medidas tienen un carácter meramente preventivo, ya que su finalidad es el preservar y proteger a los miembros de la familia y se deben de limitar a lo estrictamente indispensable para evitar males ciertos y futuros.

2.4.2. Naturaleza Jurídica.

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de las medidas provisionales, comenzaremos por señalar que estas se encuentran en el artículo 282 del Código Civil, las cuales se dividen en dos tipos, las que se refieren sobre las personas de los cónyuges y de sus hijos, y las relativas a los bienes.

Estas medidas por ser dictadas en materia familiar, son consideradas de orden público, porque al decretarse se busca el bienestar común de los miembros de la familia; son heterónomas, ya que se originan no por voluntad de las partes sino por voluntad de la propia ley que las contempla; tienen un carácter principalmente preventivo, para evitar un mal cierto y futuro o en su caso evitar que esta medida se decrete demasiado tarde, otra de los caracteres de estas medidas resulta en el sentido de que son unilaterales ya que se decretan imponiendo deberes y obligaciones sólo a

una de las partes en conflicto, esto en perjuicio de quien no ha sido vencido en juicio previamente. Otro de los caracteres de las medidas provisionales es su carácter de accesorias, lo que se fundamenta en lo dispuesto por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles, que a la letra dice; Las resoluciones judiciales con el carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia interlocutoria o en la definitiva. Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente.

Por lo tanto las resoluciones tomadas en materia de guarda y custodia de menores, como a las que se refiere el artículo 282 del Código Civil, no causan estado ya que pueden ser modificadas mientras subsistan las condiciones que las motivaron, pero tales modificaciones requieren la existencia de una causa de verdadera importancia, lo que se da en razón de que los hijos no pueden estar pasando continuamente de la guarda de un cónyuge al otro, pudiendo darse por motivos sin importancia, lo que traería consecuencia graves en el desarrollo del menor.

2.4.3. En el Derecho Adjetivo.

En este punto hablaremos de aquellas disposiciones jurídicas dentro del Código de Procedimientos Civiles, que se relacionan con la figura de la guarda y custodia de menores, entre esas disposiciones hablaremos de la separación de los cónyuges

como acto prejudicial y de las disposiciones que se contemplan en el capítulo de las controversias de orden familiar.

2.4.3.1. Como acto prejudicial.

En nuestro Código de Procedimientos Civiles se reglamenta el procedimiento en el caso de la separación de los cónyuges, en el que se establece, que el que intente demandar a su cónyuge, podrá solicitar en forma verbal o escrita al Juez de lo Familiar la separación, y el Juez sin más trámite, salvo que exista una circunstancia que lo ameriten podrá practicar diligencias que le permitan dicta una resolución, sobre la procedencia de la separación.

En el supuesto de que el Juez concediera tal separación, deberá dictar lo necesario para que se efectúe materialmente la separación de los cónyuges, en esta resolución deberá determinar la situación de los menores, (artículo 213 del Código de Procedimientos Civiles), tomando en cuenta la obligación a que se refiere el artículo 165 del Código Civil, asimismo deberá tomar en cuenta las disposiciones del artículo 282 en su fracción VI, ya que el Juez al conceder la separación, también resolverá sobre la situación de los hijos, es decir, a quien de los cónyuges le otorgará la guarda y custodia de sus hijos.

Por lo que podemos observar, este acto prejudicial, es también una medida provisional, como lo señala el artículo 282 fracción II del Código Civil, que al dictarse también tiene que resolverse sobre quien de los cónyuges tendrá la guarda y

custodia de sus hijos, y que por lo tanto existe una íntima relación con nuestra materia a estudio, que se encuentra en la fracción VI del citado artículo.

2.4.3.2. En las controversias del Orden Familiar.

Para el desarrollo de este punto comenzaremos por hacer saber a los lectores que nuestra propuesta se refiere a los casos de divorcio necesario, que al demandarse necesariamente se debe de invocar una de las causales enumeradas en el artículo 267 del Código Civil, por otro lado la vía para su tramitación es la Ordinaria Civil, por lo que su procedimiento se regirá por lo dispuesto en el Título Sexto, del Código Civil.

En relación con la materia a estudio que es la guarda y custodia de menores, esta en el Divorcio Necesario, se demanda como una prestación accesoria, en razón que en el divorcio necesario lo que se solicita es la disolución del vínculo matrimonial.

Por otro lado dentro de nuestro Código de Procedimientos Civiles en el Título Decimosexto Capítulo Único, se establecen las reglas que deben de seguirse en las controversias de orden familiar, en relación con este tema es importante comentar, que los problemas inherentes a la familia son considerados de orden público, por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad, en donde el Juez de lo Familiar podrá intervenir de manera oficiosa, especialmente tratándose de menores, de alimentos y cuestiones relacionadas con la violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar a la familia como a sus miembros, lo anterior se puede entender en el sentido de que los menores son de gran importancia

para el derecho como para nuestra sociedad y que para su protección los Jueces de lo Familiar podrán decretar medidas precautorias para preservar la integridad física y mental de estos.

Por lo anterior es que al demandarse la Guarda y Custodia de menores, como prestación principal, se proveerá como Controversias del Orden Familiar, rigiendo su procedimiento los artículos 940 al 956 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dentro de este capítulo que comentamos se establece también que el Juez exhortara a los interesados a un avenimiento, lo que para el caso que nos interesa se traduce en que el Juez exhortara a los cónyuges a que lleguen a un acuerdo y darse por terminada la controversia, lo cual traería como consecuencia lógica que no se disputaran la guarda y custodia de sus hijos. Este artículo 942 nos sigue diciendo que no se requieren formalidades especiales para acudir ante el Juez de lo familiar cuando se solicite la declaración, preservación, restitución 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 surgen entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes, educación de los hijos, oposición de padres y tutores y en general de todas las cuestiones familiares similares que se reclamen la intervención judicial, sin embargo dispone, que esta disposición no es aplicable a los casos de divorcio o de pérdida de la patria potestad, en este mismo artículo nos dice que tratándose de violencia familiar prevista en el artículo 323 ter del Código Civil, el Juez exhortara a los involucrados en audiencia privada, a fin de que convengan los actos para hacerla cesar, y en caso de que no lo hicieran, el juez del conocimiento determinará las medidas procedentes para la protección de los menores, que en este caso de la guarda y custodia de menores de manera

provisional, podría darse si el cónyuge que esta en ejercicio de este derecho hiciera uso de la fuerza física o moral, así como omisiones graves de manera reiterada, atentando contra la integridad física, psíquica o ambas independientemente de que pueda producir lesiones, lo que traería como consecuencia un mal desarrollo y una plena integración al núcleo social.

En este Capítulo Unico del las Controversias del Orden Familiar, su procedimiento es con la finalidad de solicitar la declaración, preservación, restitución o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, que para el caso de la guarda y custodia provisional de menores, se trata de la declaración de que se tiene este derecho sobre los menores.

El procedimiento a seguir en términos generales es el siguiente: se tienen nueve días para dar contestación a la demanda, en el auto que ordene el traslado el Juez señalara día y hora para la celebración de una audiencia que se llevará a cabo dentro de los treinta días, en dicha audiencia las partes aportaran las pruebas que así procedan y que haya ofrecido, si por cualquier circunstancia no puede celebrarse, está se verificara dentro de los ocho días siguientes, la sentencia se pronunciará de manera breve y concisa, en el mismo momento de la audiencia de ser así posible o dentro de los ocho días siguientes. Procedimiento que aún y cuando se establece que las pruebas ofrecidas por las partes se desahogaran en una audiencia, esto no es del todo cierto, en razón de que si se ofrecieran Testimoniales, Confesionales y Periciales, en la practica suelen ser algo tardado su preparación, por lo que consideramos que al igual que el procedimiento del Juicio Ordinario Civil, este procedimiento no seria lo mejor para nuestros fines, que es una mayor y mejor protección de los menores de edad, en razón de que pudiera darse el caso que en el

juicio de divorcio necesario como sucede en la practica su tramitación y su resolución se extendiera durante varios años, y si el cónyuge que tiene la guarda y custodia provisional de los menores de siete años, que como lo dispone el artículo 282 fracción VI del Código Civil, se otorga a la madre durante la tramitación del procedimiento, esta incurriera en graves faltas que impida que se desarrolle adecuadamente el menor o en casos graves que le infringiera golpes, maltratos o amenazas de muerte, por lo que todo este tiempo podría ser demasiado y poner en peligro al menor, toda vez que es suficiente un instante para causar tales males.

Es importante anotar lo dispuesto por el artículo 956 del Código de Procedimientos Civiles, el cual dispone que en todo lo no previsto y en cuanto no se oponga a lo ordenado por el presente capítulo, se aplicarán las reglas generales de este Código.

Por ultimo y en relación con la anterior es importante transcribir las siguientes tesis jurisprudenciales:

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 DE ELLAS DEPENDA QUE SE SALVAGUARDE A LA FAMILIA, CON INDEPENDENCIA DE QUE PERMANEZCA O SE DISUELVA EL VINCULO MATRIMONIAL (CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL). Las reglas y formas especiales sólo pueden aplicarse a los casos específicos a que las destinó el legislador. Como el divorcio necesario no se encuentra dentro de los casos que

prevé, 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, relativo a la suplencia de la deficiencia de los planteamientos de derecho de las partes, cuando la aplicación de esta figura procesal de 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 esa institución, y la razón a la que obedece su establecimiento, que expresamente consigna en el artículo 940, a saber que los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público por constituir aquí, 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 que el legislador no incluyó al divorcio necesario dentro del procedimiento para las controversias del orden familiar fue porque rigiéndose 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 la preservación y unidad familiar. Por la importancia social de la familia, prevista en el artículo 4o, 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 de 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 Epoca, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 56, Agosto de 1992, Tesis: 3a./J. 12/92, Página: 23.

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. Cinco votos. Ponente: Mariano Azula Guitrón. Secretaria: María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

Tesis de Jurisprudencia 12/92. Aprobada por la Tercera Sala de este alto Tribunal en sesión privada celebrada el tres de agosto de mil novecientos noventa y dos. Cinco votos de los señores ministros: Presidente José, Trinidad Lanz Cárdenas, Mariano Azula Guitrón, Sergio Hugo Chapital Gutiérrez, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez y Miguel Montes García.

DIVORCIO NECESARIO. NO LE SON APLICABLES LAS DISPOSICIONES RELATIVAS A LAS CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR. Si bien la disolución del vínculo conyugal, es una cuestión que evidentemente afecta a la familia, no está contemplada en aquellos negocios a que

alude el artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; por lo que al no tener regulación específica para su tramitación, le resultan aplicables las reglas de juicio ordinario, a excepción del divorcio por mutuo consentimiento en sus dos supuestos, que sí se contempla regulado en forma especial, tanto en el Código sustantivo como en el adjetivo. Consecuentemente, no es de aplicarse al divorcio necesario, la regla específica contenida en el artículo 943, segundo párrafo, del código procesal invocado, en atención a que las normas de ese carácter sólo deben aplicarse a los casos a que el legislador las destine.

Octava Epoca, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: VIII Diciembre, Página: 194.

Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 3941/88. Carlos Reyes Reygadas. 27 de febrero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Rafael Corrales González. Secretario: Neófito López Ramos.

Véase: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación número 56, pág. 23, tesis por contradicción 3a./J.12/92.

2.4.4. En el Derecho Sustantivo.

En este punto nos referiremos a diversos supuestos que se encuentran en el Código Civil y que se refieren, a quien de los padres les corresponde el ejercicio de la guarda y custodia de sus hijos, como en los casos de la separación de hecho de los cónyuges, que al hablar de esta nos referimos a un matrimonio perfectamente bien

constituido, otro de los casos es el de dos personas que no se han casado, pero que viven en concubinato, y que se llegaran a separar, ¿a quién le correspondería la guarda y custodia de los hijos?, por ultimo nos referiremos a los hijos nacidos fuera del matrimonio de sus padres, y a quien de ellos le corresponde la guarda de sus menores hijos.

2.4.4.1. En la separación de cónyuges.

Por lo que se refiere a los hijos nacidos dentro del matrimonio, el artículo 414, del Código Civil nos dice, que quienes ejercen la patria potestad sobre los hijos son los padres, por lo tanto quienes tienen la guarda y custodia de los hijos de matrimonio son los padres.

Como ya lo hemos dicho en repetidas ocasiones, en el desenvolvimiento normal de las relaciones matrimoniales, la guarda y custodia de menores como elemento integrante de la patria potestad, se subsume en ésta y el ejercicio de la patria potestad importa el ejercicio completo y acabado de la guarda y custodia de menores.

Los padres que se encuentren legalmente casados y hayan procreado hijos y que por diversas circunstancias se llegaran a separar y que como consecuencia no vivan juntos, podrán convenir de mutuo acuerdo quien de ellos deberá de ejercer la guarda y custodia de los menores, como sucede el caso de divorcio voluntario, pero en el caso de que existiera una controversia al respecto, como pasa en el divorcio contencioso, para que jurídicamente les sea otorgada la guarda y custodia de sus

hijos, tendrán que concurrir ante el Juez de lo Familiar, quien determinará a cual de ellos le va a otorgar la guarda y custodia de sus hijos, ya que cuando las relaciones de los padres se desestabilizan, debe de establecerse quien de los progenitores es el más adecuado para que se le otorgue la guarda y custodia de sus hijos.

Para entender un poco más lo anteriormente expuesto, es indispensable saber a que menores se les considera nacidos dentro del matrimonio, lo que se establece en el artículo 324 del Código Civil que a la letra dice; Se presumen hijos de los cónyuges:

I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio.

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga éste de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

Por eso que en el divorcio necesario, en nada influye la separación de los padres y mucho menos sobre la titularidad de la patria potestad, puesto que las obligaciones y derechos que emanan de esta siguen vigentes, como la guarda y custodia, ya que de cualquier modo se deberá de atribuir a uno de los cónyuges sea provisional o definitiva, pero si se diera el caso de que uno de los padres fuera condenado a la pérdida de la patria potestad, en consecuencia también se perderá la guarda y custodia sobre sus hijos, por otro lado es importante comentar que en el caso de que se otorgara la guarda y custodia provisional o definitiva a uno de los cónyuges, el Juez en todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con el otro

padre, salvo que exista peligro para el menor, esta medida es a lo que se le llama régimen de visitas (artículo 283 segundo párrafo, parte final del Código Civil).

2.4.4.2. En la separación de concubinos.

Para entrar al estudio de este apartado primeramente debemos de establecer lo siguiente:

Artículo 383.- Se presumen hijos del concubinario y de la concubina.

I.- Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato;

II.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.

En este caso si hubiesen procreado hijos y llegará a producirse una separación, al respecto nuestra ley sustantiva no hace referencia sobre el particular, por lo que se deberán aplicar las mismas reglas concernientes a los casos de divorcio, pero podríamos aplicar en este lo que establece el Título Quinto, Capítulo III, del Código de Procedimientos Civiles, el cual se refiere a la separación de personas como acto prejudicial, que ya se ha comentado en párrafos anteriores.

Al aplicar estas disposiciones a la separación de concubinos, el concubinario o la concubina podrán solicitar en forma verbal o escrita al Juez de lo Familiar la

separación, como un acto prejudicial y en el caso de que se concediera, en esa resolución deberá de determinar la situación de los hijos, tomando en cuenta lo dispuesto por el artículo 165 del Código Civil, además de las disposiciones a que se refiere el artículo 282 fracción VI del referido Código.

Lo anterior se deduce de lo dispuesto por el artículo 216 del Código de Procedimientos Civiles, el cual nos dice, que los derechos contemplados en ese Capítulo, también podrán ejercerlos la concubina y el concubinario, cuando tengan un domicilio común con las características del domicilio conyugal, a que se refiere el artículo 163 del Código Civil, entendiéndose como domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges.

2.4.4.3. En la unión libre.

En este apartado cabría aplicar las manifestaciones en relación a la guarda y custodia de menores en la separación de concubinos, pero en este caso a tratar nos referiremos a la unión libre de dos personas que sin constituirse un concubinato, llegaran a procrear hijos.

Primeramente diremos, que la ley consagra la igualdad de los hijos nacidos dentro del matrimonio, con los nacidos fuera de él, es por esta protección que los hijos nacidos en unión libre, es decir, fuera del matrimonio de sus padres, tienen los mismos derechos que los nacidos dentro del matrimonio de sus padres y que como lo hemos comentado, ambos padres tendrán de manera conjunta la guarda y custodia de sus hijos.

Como acontece dentro de nuestra sociedad, poco a poco se han incrementado las relaciones extramatrimoniales, que por no tener perfectamente establecido un matrimonio pueden llegar a surgir conflictos entre esas personas por diversas circunstancias, por lo que se hace necesario saber que sucedería con los hijos que nacieran de esta relación, y con mucho más interés saber quien de ellos tendrá la guarda y custodia de sus hijos.

La patria potestad como lo hemos dicho nace de la procreación, que en el caso de los hijos nacidos dentro del matrimonio, nace sólo por el matrimonio de sus padres, pero en cuanto a los menores que nacen fuera del matrimonio de sus padres, podemos decir, que la filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio resulta con relación a la madre, por el solo hecho del nacimiento, y respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por sentencia que declare la paternidad (artículo 360 del Código Civil).

Aunado a lo anterior, la patria potestad de los hijos nacidos fuera del matrimonio la ejerce el padre y la madre que lo haya reconocido, siempre y cuando vivan juntos, luego entonces la patria potestad y la custodia del hijo será ejercida por ambos, en el caso de que no vivieran juntos y lo reconocen en el mismo acto, la patria potestad será ejercida por ambos progenitores, pero convendrán quien de ellos ejercerá la custodia del hijo. En el supuesto de que no lleguen a un acuerdo, el Juez de lo Familiar oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá sobre lo que creyere más conveniente a los intereses del menor (artículo 380 del Código Civil).

Si los padres no viven juntos y el reconocimiento se efectúa sucesivamente, la patria potestad corresponde no obstante ambos consortes y la custodia del hijo pertenece

al que primeramente lo hubiere reconocido, salvo convenio en contrario entre los padres y siempre que el juez de lo familiar no juzgare conveniente modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y el Ministerio Público (artículo 381 del Código Civil).

Por último también consideramos importante comentar, que con relación a la nulidad del matrimonio, el cual tiene a su favor la presunción de ser válido, y que sólo se declarará nulo cuando la sentencia que así lo declare cause ejecutoria, en este caso el padre y la madre propondrán la forma y en términos del cuidado y custodia de sus hijos, el Juez resolverá según su criterio, esta determinación la podrá modificar en todo tiempo y de acuerdo a las circunstancias del caso, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 259, 422, 423, y 444 fracción III del Código Civil.

2.5. Como medida provisional, como lo establece el artículo 282 fracción VI, del Código Civil para el Distrito Federal.

Comenzaremos por establecer los efectos del divorcio en relación con los menores, por un lado tenemos los que se producen en el divorcio voluntario y por otro los que se producen en el divorcio necesario, ya que en el divorcio administrativo sólo se establece como efecto la disolución del vínculo conyugal, en los dos primeramente mencionados existe otra división, los efectos que se decretan provisionalmente durante la tramitación del juicio y los definitivos que se resuelven en la sentencia definitiva, pero que pueden llegar a modificarse si las circunstancias lo ameritan.

En relación con los efectos provisionales en el divorcio voluntario, el artículo 273 del Código Civil consigna en su fracción I, que en el convenio que se presenta ante el juez, se deberá designar la persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio, de lo que se desprende que desde un principio los cónyuges se pueden poner de acuerdo en quien tenga la guarda y custodia de sus hijos, y por lo que se refiere a los efectos definitivos, estos como en el divorcio necesario son los mismos.

Ahora hablaremos de los efectos tanto provisionales como definitivos en el divorcio contencioso, ya que en este es en donde encontramos la medida provisional en cuanto a la guarda y custodia de menores en el divorcio necesario.

El artículo que interesa para nuestra propuesta es el 282 del Código Civil, el cual establece que al admitirse la demanda de divorcio o antes si hubiera urgencia y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes, estas medidas como ya lo dijimos, tienen como característica que deben de ser urgentes, por tal motivo son dictadas al admitirse la demanda de divorcio o antes si hubiere urgencia, debiendo resaltar que “solo se dictan mientras dure el juicio”.

La fracción VI ya comentada dispone; Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubiere designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de este acuerdo, el cónyuge que pida el juicio 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.

Analizando esta fracción se desprende, que lo adecuado es que los padres se pongan de acuerdo en quién de ellos tendrá la guarda y custodia de los hijos, en caso de que no haya un acuerdo, se dispone que el que promueva el divorcio propondrá a la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos, lo que puede ser razonable en muchos casos, ya que existe la presunción de que el que demanda es el cónyuge inocente y que tiene más derecho para designar una persona e inclusive puede ser el mismo.

En relación con la disposición de que salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre, esta medida de carácter provisional que se dicta y tiene vigencia mientras dura la tramitación de un divorcio, se entiende en virtud de que la madre por su propia naturaleza es quien proporciona los mayores cuidados y atención durante los primeros años, con eficacia, esmero y cuidado, que hacen que se desarrollen adecuadamente los seres humanos, sin embargo como lo comentaremos en el siguiente capítulo, consideramos que esta medida no se debe de aplicar en forma absoluta y mecánica.

Los Jueces en la practica al dictar el auto que admitir la demanda de divorcio, en donde la madre es quien invoca una de las causales para su procedencia, le otorgan a la madre la guarda y custodia provisional de los hijos menores de siete años, si bien es cierto lo hacen para proteger la integridad física y mental del menor, consideramos que no se debe de aplicar en forma absoluta y mecánica en todos los casos, ya que la madre en muchas ocasiones como sucede en la vida real, puede

ocasionar daños graves para el desarrollo del menor durante todo el tiempo en que dure la tramitación del divorcio o hasta en un solo instante, daños que se ocasionan en razón de que la madre fuera entre otras cosas alcohólica, drogadicta, prostituta o tenga problemas emocionales por la separación de su esposo, circunstancias que por lógica no tiene conocimiento el Juez al darle entrada a la demanda de divorcio, ya que si tuviera conocimiento de ello no le otorgaría la guarda y custodia de sus hijos, pero sin embargo se le otorga sin que previamente se escuche a la otra parte quien le diera a conocer tales circunstancias, por otro lado y toda vez que los Jueces en materia familiar pueden actuar de oficio, puede ser que en algunos casos si se le brinde a la otra parte la oportunidad de manifestar a lo que su derecho convenga en relación con el otorgamiento de esta medida, pero ante tal uniformidad de criterios consideramos que esto resulta ser algo inadecuado, en razón de que no se debe dejar al arbitrio de una persona, en este caso al Juez de lo Familiar, que se conceda o no la oportunidad al padre para luchar por la guarda y custodia de sus hijos aun cuando sea en forma provisional, ya que al término del procedimiento se resolverá quien de los cónyuges la obtendrá en forma definitiva, salvo que cambien las circunstancias del caso, por otro lado y como consecuencia de lo anterior, se debe de crear alguna disposición a la que se apeguen todos los Jueces, que tenga como única finalidad la uniformidad de criterios, procurando principalmente proteger la integridad de los niños y lograr que exista una mayor igualdad entre las partes.

CAPITULO TERCERO.

LA DESIGUALDAD JURÍDICA ENTRE LOS CÓNYUGES Y LA ANTICONSTITUCIONALIDAD, AL OTORGARSE LA GUARDA Y CUSTODIA PROVISIONAL DE MENORES DE SIETE AÑOS, SÓLO A LA MADRE.

3.1. Principios generales de derecho durante el procedimiento.

Son aquellos rasgos o peculiaridades esenciales en el desenvolvimiento de todo proceso, en relación con estos dentro de nuestra doctrina existen enormes divergencias y variaciones de criterios, es por ello que los autores en materia procesal cada uno tiene su propio punto de vista al respecto, por ejemplo, para Eduardo Pallares, los llama principios rectores del procedimiento, entre los cuales sólo enunciaremos los siguientes: principio de acumulación procesal, de adaptación del proceso, de adquisición procesal, de concentración, de congruencias de las sentencias, de consumación procesal, del contradictorio, de acumulación, de publicidad, de prueba por escrito, de subrogación y subsistencia, de las cargas, dispositivo, de economía procesal, de eficacia procesal, de eventualidad, de igualdad, de impulsión procesal, de iniciativa de las partes, de inmediación, de libertad de las normas, de las formas, de protección, de publicidad, de sustitución e inquisitivo.

Para de Pina y Castillo, los clasifica en: principio lógico del proceso (son los medios más seguros y expeditos para descubrir la verdad y descubrir el error),

principio jurídico (tiende a proporcionar a los litigantes la igualdad en la contienda y la justicia en la decisión), principio político (propone introducir en el proceso la máxima garantía social de los derechos con el menor sacrificio de la libertad individual).

Sin embargo para todos los autores como para nosotros el principio de igualdad es de los más importantes y el que más nos interesa para el desarrollo de nuestra propuesta, ya que lo que buscamos por un lado es que se prevenga al máximo la integridad física y mental de los menores, ante un posible daño por parte de la madre, que como ya lo comentamos en la realidad puede darse esta situación, y por otro lado que exista una igualdad entre los cónyuges al concederse la guarda y custodia provisional de los hijos que hayan procreado y que sean menores de siete años, durante la tramitación de su divorcio.

También dada la importancia de éste principio para el desarrollo de todo procedimiento, al aplicarse debidamente traerá como consecuencia la exacta aplicación de todos los demás principios procesales, ya que todos se encuentran íntimamente ligados entre sí. Este principio básicamente se basa en que las partes en un juicio deben tener un mismo trato y se les deben de dar las mismas oportunidades para poder hacer valer sus derechos y ejercitar sus defensas, sin tomar en cuenta su calidad de actor y demandado, es decir, es la oportunidad que se les brinda a cada una de las partes para que hagan valer sus derechos.

En el Código de Procedimientos Civiles, encontramos éste principio en lo dispuesto por el artículo 398 fracción III que establece: Los Tribunales, bajo su

más estricta responsabilidad, al celebrar la audiencia de pruebas y alegatos deben observar las siguientes reglas:

III. Mantener la mayor igualdad entre las partes, de modo que no se haga concesión a una de ellas sin que haga lo mismo con la otra.

La garantía de igualdad, se puede entender como la posibilidad y capacidad de cualquier persona para ser titular de los mismos derechos y contraer las mismas obligaciones, por lo que es un elemento de la misma sustancia del sujeto en su situación de persona humana frente a sus semejantes, independientemente de las condiciones jurídicas parciales y particulares que aquél pudiese reunir, y que lo coloca en una situación en que esta todo hombre desde que nace, por lo que el estado y sus autoridades tienen la obligación de considerar a los gobernados en un mismo plano, sin atribuir distinciones y diferencias por concepto de raza, sexo, religión, nacionalidad, etc.

La garantía de igualdad, se proyecta en el sentido de la no distinción de los hombres, ya sea por sus cuestiones personalísimas como la raza, estatura, sexo, entre otros, por factores adquiridos, jurídicos o extrajurídicos, siendo esta aquella por virtud de la cual todo individuo goza de los mismos derechos subjetivos públicos, independientemente de sus características congénitas o adquiridas.

Es por lo anterior, que en nuestra propuesta lo que se propone es que antes que se dicte la medida provisional de la guarda y custodia de los hijos menores de siete años, el juzgador lo haga tomando en consideración la igualdad que existe entre las

partes, lo que traería como consecuencia inmediata una mayor protección para el menor en su integridad física y mental, porque una vez que el Juzgador se percate quien de los cónyuges es el más adecuado para el ejercicio de este derecho, será a ese a quien se le otorgue la guarda y custodia provisional de sus hijos.

3.2. Principio de Igualdad, establecido en el artículo 4 Constitucional y en el Código Civil para el Distrito Federal.

Todo individuo como ente de razón posee ciertos atributos tales como la raza, el carácter, el color de la piel, etc., y en ejercicio de su libre albedrío se proyecta en actos extrajurídicos y jurídicos que lo coloca en un estado jurídico determinado, por lo que si fuera el caso, de que a un solo individuo se le aplicara un acto de autoridad, éste acto para ser válido a la luz de nuestra Constitución, debe de aplicarse por igual a los otros individuos colocados en el mismo supuesto.

Por lo que respecta al artículo 4 Constitucional, en su parte conducente se establece la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, principio que desde hace mucho tiempo ha existido en el Derecho Mexicano, desde un punto de vista civil, político, social y cultural, por lo que tanto la mujer como el hombre, por el hecho de ser gobernados se les concede la titularidad de las garantías que se consagran en nuestra Constitución y más aún las de seguridad jurídica, como lo son la garantía de audiencia y la de legalidad que se comentaran más adelante.

Es pertinente destacar, que si bien el artículo 4o. de la Constitución General de la República estatuye que el hombre y la mujer son iguales ante la ley, lo cierto es,

que la norma constitucional reconoce un régimen propio por lo que se refiere a las cuestiones familiares, dado que al respecto puntualiza que la ley ordinaria “...protegerá la organización y el desarrollo de la familia...”, de lo cual se desprende claramente que en éste aspecto en particular, debe atenderse fundamentalmente a las circunstancias específicas que se encaminen a proteger el desarrollo de la familia y en especial a proteger el desarrollo de los menores, aspectos que recoge el legislador y lo plasma en el artículo 282 del Código Civil.

Por otro lado nuestra Carta Magna establece, que el hombre y la mujer “son iguales ante la ley”, lo que se hizo tomando en cuenta las diferencias naturales de carácter sico-somático que existen entre una mujer y un hombre, pero tales diferencias hacen que nunca puede existir ninguna igualdad jurídica entre ellos, por lo menos de una forma absoluta en determinadas situaciones consagradas en la ley, dada la propia naturaleza de la mujer y del hombre.

Un ejemplo de que la ley no es igual para las mujeres, lo mismo que para los hombres dada su propia naturaleza de cada uno de ellos, lo cual es totalmente entendible, es en la materia laboral, en donde la mujer goza de diversos derechos establecidos en la Ley Federal del Trabajo, como por ejemplo: en el caso de que la mujer trabajadora se encuentre embarazada, derechos que por simple lógica no pueden ser aplicados para el hombre dada su propia naturaleza. En el caso que nos interesa, consideramos que si se debe de aplicar la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, ya que se encuentran en las mismas circunstancias, puesto que ambos gozan del derecho de la patria potestad sobre sus hijos, y que el juzgador al otorgar la guarda y custodia provisional debe de tomar en cuenta que los cónyuges son iguales ante la ley, por lo que deberá de proporcionarles la misma oportunidad

para aportar los elementos necesarios que influyan en el ánimo del juez, para que este pueda tomar la decisión que más favorezca al interés superior del menor, lo que implica dar prioridad al bienestar de niños y niñas ante cualquier otro interés que vaya en su perjuicio, lo que es el fin primordial que se persigue al otorgarse la guarda y custodia sea esta en forma definitiva o provisional, esto fue lo que nos motivó para la realización de este trabajo de tesis.

En relación con la igualdad jurídica, entre los cónyuges en nuestro Código Civil, consideramos necesario la transcripción de los preceptos legales que sostienen esta igualdad, dentro de los cuales encontramos los siguientes:

Artículo 2- La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer: en consecuencia, la mujer no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles.

Artículo 20- Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trata de evitar perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados.

También encontramos este principio dentro del Capítulo III del Código Civil, denominado "De los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio", dentro de este capítulo, se encuentra claramente una igualdad entre los cónyuges, lo que se comprueba con la transcripción de los siguientes artículos:

Artículo 162- Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el esparcimiento de sus hijos. Por lo que hace al matrimonio este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

Artículo 163- Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutarán de autoridad propia y consideraciones iguales.

Los tribunales, con conocimiento de causa, podrán eximir de aquella obligación a alguno de los cónyuges, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezca en lugar insalubre o indecoroso.

Artículo 164- Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientemente de su aportación económica al sostenimiento del hogar.

Artículo 168- El marido y la mujer tendrán en el hogar la autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente.

Por lo anteriormente expuesto podemos concluir que al lograrse una igualdad entre las partes en cuanto a la guarda y custodia provisional de los menores de siete años, como consecuencia inmediata se protegerá con mayor eficacia la integridad física y mental de los menores de edad, y con ello se otorgara su ejercicio al cónyuge que resulte ser el más adecuado.

3.3. La Anticonstitucionalidad del artículo 282 fracción VI parte final del Código Civil para el Distrito Federal, al otorgar el Juez de lo Familiar, la guarda y custodia provisional de los hijos menores de siete años sólo a la madre.

El estado reconoce a todo individuo una serie de derechos llamados subjetivos públicos, estos son una barrera que protege al individuo frente al estado y que también son las facultades reconocidas al individuo por la ley por el solo hecho de serlo, sin atender al sexo, a la edad o nacionalidad, pero suele confundirse el término de derechos subjetivos con el de garantías individuales, nuestra

constitución cae en esta confusión en sus primeros 28 artículos, al hablar de garantías individuales y no de derechos subjetivos públicos, tratándose de términos distintos, ya que los derechos subjetivos son las facultades reconocidas al individuo por ley, por el solo hecho de ser hombres, y las garantías individuales son las normas que a creado el estado para proteger y hace valer esos derechos subjetivos públicos a todo gobernado, en relación con esto nuestra Carta Magna en los artículos 14 y 16 establece los preceptos que mejor hacen valer los derechos subjetivos públicos, de estos artículos hablaremos un poco más adelante.

El artículo 282 fracción VI del Código Civil para el Distrito Federal, precepto legal del cual emana nuestra propuesta, prevé la guarda y custodia de menores en forma provisional, la cual se puede otorgar a la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de estos, por otro lado, en defecto de ese acuerdo, se dispone que el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos, y que el Juez previo el procedimiento que fije el Código respectivo resolverá lo conducente, sobre esto surge una interrogante, ¿ a que procedimiento se refiere este artículo?, a ésta interrogante se dio contestación en el capítulo anterior, al establecer que al demandarse el Divorcio Necesario necesariamente debe de fundarse en una de las causales enumeradas en el artículo 267 del Código Civil, teniendo como finalidad la disolución del vínculo matrimonial, pero también en esa misma demanda como una prestación accesoria se puede solicitar la guarda y custodia provisional de menores si los hubiera, solicitud que bien puede ser a petición de parte o de oficio, en este caso la vía sería la Ordinaria Civil, por otro lado puede ser que se demande en forma independiente la Guarda y Custodia de Menores, es decir, que el que demanda solicita sólo la guarda y custodia de sus hijos, sin que se disuelva el

vínculo conyugal, en este caso el procedimiento se regirá por las disposiciones a que se refiere el capítulo de las Controversias del Orden Familiar, por lo anterior y como ya lo hemos dicho tanto el procedimiento del Juicio Ordinario como el de las Controversias del Orden Familiar, los términos aplicables a estos procedimientos suelen ser demasiado extensos para resolver la guarda y custodia provisional de menores durante la tramitación de un divorcio, sea en forma definitiva o como medida provisional, poniendo en peligro su integridad física y mental, ya que como lo hablaremos más adelante puede darse el caso que durante la tramitación de un divorcio, se ponga en peligro la integridad del menor, por lo anterior es que nace nuestra propuesta, para lograr que en el otorgamiento de la guarda y custodia de menores de siete años, se brinde a las partes una mayor igualdad para hacer valer sus derechos y por otro lado se sugiere que en la práctica de nuestros Tribunales se resuelva rápidamente quien de los padres es el más adecuado para el ejercicio de la guarda y custodia de sus hijos, por lo menos al inicio del procedimiento, en virtud que las resoluciones en materia familiar pueden modificarse si las circunstancias del caso cambian, pero el Juzgador ya tendrá la certeza de que el menor no sufrirá ningún daño durante la tramitación del procedimiento, y en su caso en Sentencia Definitiva confirmara su otorgamiento o se le otorgara al otro cónyuge siempre y cuando compruebe que él es el más adecuado para su ejercicio.

Como lo hemos comentado en varias ocasiones, el Juez al otorgar la guarda y custodia provisional de los menores de siete años en el mismo auto que admite la demanda de divorcio, la concede a la madre, que como ya lo hemos dicho sin que la otra parte manifieste lo que a su derecho convenga, es por ello que consideramos que tal disposición es violatoria del artículo 14 constitucional, violando en específico la garantía de audiencia prevista en dicho artículo, ya que se esta

privando al demandado de la convivencia constante con sus hijos sin haberlo oído previamente, ya que un Juez puede proceder injustamente cuando sólo escucha a una de las partes, aun cuando decida en justicia.

Lo que proponemos es la creación de una disposición dentro del artículo 282 fracción VI del Código Civil, en la que se brinde la oportunidad al cónyuge demandado de manifestar a lo que su derecho convenga en relación con el otorgamiento de la guarda y custodia en forma provisional de los menores de siete años, por otro lado, si bien es cierto que al darse contestación a la demanda de divorcio y solo hasta ese momento se le esta dando oportunidad al demandado de hacer valer sus derechos, durante ese lapso entre el auto que admite la demanda y se produce la contestación o en su caso la reconvencción, pasa mucho tiempo en el que se pudiera ocasionar un daño al menor, por lo que podemos concluir que esa disposición que se propone tiene como finalidad la protección de la integridad física y mental de los menores, al sugerir que esta medida provisional se resuelva lo más rápido posible y como consecuencia inmediata de ello, que se brinde la oportunidad al cónyuge demandado de manifestar a lo que su derecho convenga, y con ello los Jueces se apeguen a esta disposición para contar con un mismo criterio y se decida en justicia sobre quien de los padres es el más adecuado para el ejercicio de este derecho.

La disposición que se comento en el párrafo anterior, traerá como consecuencia lógica que en nuestra ley procesal, se establezca un procedimiento en el cual los dos cónyuges sean oídos en justicia, para que el juzgador una vez que haya oído a ambas partes en conflicto, resuelva lo conducente de una manera que sean consideradas las partes por igual, en este sentido cabe aplicar lo dispuesto por el

artículo 283 del Código Civil, el cual establece; las sentencias de divorcio fijarán en definitiva la situación de los hijos, y en especial la custodia y el cuidado de los hijos, de oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, *allegándose 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, como es de notarse esta disposición se aplica a la sentencia definitiva de divorcio, pero creemos que tal disposición bien se podría aplicar antes a la medida provisional de la guarda y custodia, en el sentido de que el Juez debe de allegarse los elementos necesarios para dictarla, debiendo de escuchar a ambos progenitores por igual, pero al contrario el Juez al dictar esta medida al admitirse la demanda de divorcio lo hace sin que previamente se allegue de los elementos necesarios, de esta forma esta violando lo dispuesto por el artículo 16 Constitucional, que si bien su resolución esta fundada en la ley, no así se encuentra debidamente motivada, aún y cuando la dictar para la protección de la integridad de los menores, al momento de dar trámite a la demanda de divorcio no cuenta con los elementos necesarios para considerar que la madre si esta en condiciones de desempeñar este derecho.

Para poder entender más él porque al dictarse está medida se violan las garantías constitucionales de los artículos 14 y 16, en el siguiente punto estudiaremos cada uno de estos artículos en particular, vinculándolos con nuestra propuesta, ya que estas garantías que se consagran en estos artículos, garantizan la aplicación de la ley en cuanto a los procedimientos seguidos ante nuestros tribunales, con el objeto de proteger la integridad física, la libertad y los bienes de los gobernados, es decir, constituyen un instrumento constitucional establecido en la propia Constitución.

3.3.1. Artículo 14 Constitucional.

Este artículo es uno de los más importantes dentro de nuestro ordenamiento constitucional, ya que en él se encuentran otras garantías por medio de las cuales el gobernado tiene una mayor protección dentro de su esfera jurídica, estas garantías son: la de irretroactividad (párrafo primero), la de audiencia (párrafo segundo) y la de legalidad (párrafo tercero y cuarto).

Para entender más a fondo la esencia de éste artículo por lo que se refiere a la expresión “nadie”, entendiéndose ésta a contrario sensu, significa que todo gobernado, sin distinción de raza, religión, sexo, lengua, etc., está protegido por esta garantía, otro término importante dentro de este artículo, se refiere a la expresión “mediante juicio”, que equivale a la idea de procedimiento, que es una secuencia de actos concatenados entre sí, afectos a un fin común que les proporciona unidad, ese fin es la realización de un acto jurisdiccional, es por ello que para que la privación de cualquier bien tutelado por nuestras leyes sea jurídicamente válido, es necesario que dicho acto proceda de una función jurisdiccional, es decir, a través de un procedimiento, en donde el afectado pueda producir su defensa.

Por lo que se refiere al acto de autoridad que se supedita en esta garantía, sólo es operante un acto de privación, entendiéndose por este una merma o menoscabo a la esfera de la persona o una impedición para el ejercicio de un derecho, que para el caso que nos ocupa se traduce en que, al otorgarse la guarda y custodia provisional de los menores de siete años a la madre, en ese momento se está privando al padre de la convivencia con sus hijos de una manera constante, ya que como lo

comentamos en capítulos anteriores el padre puede gozar del derecho de visitas, que nosotros consideramos que no es lo mismo estar en forma permanente con los hijos, que verlos de vez en cuando, ya que los niños ante esta circunstancia no pueden desarrollarse adecuadamente.

Consideramos también, que la garantía más importante para nuestro interés es la de audiencia, ya que esta adquiere gran alcance tutelar para el gobernado, pero que sin embargo el Juez al no escuchar las manifestaciones que pudiera tener el presunto demandado, otorga la guarda y custodia provisional de los menores a la madre, sin que previamente sea oído el presunto demandado, violando de esta forma dicha garantía constitucional, porque no cuenta con los suficientes motivos para concederla al cónyuge que resulte ser el más adecuado para su ejercicio, ya que como lo exponemos puede darse el caso que la madre incurriera en conductas graves que pudieran ocasionarle al menor grandes daños que no lo hagan desarrollarse adecuadamente.

Esta garantía se cumple mediante los siguientes requisitos; que a quien se le pretenda privar de un bien jurídico, se le siga previamente un juicio, que se substancie ante tribunales previamente establecidos, en donde se observen las formalidades esenciales del procedimiento y que el fallo se dicte conforme a las leyes existentes con anterioridad al hecho, al no cumplirse con tales requisitos nadie puede ser privado de la vida, de su libertad o sus propiedades, posesiones y derechos.

Las garantías que se consagran en éste artículo deben de darse en su conjunto indispensablemente, por lo que resulta evidente que al violarse una sola de ellas se esta violando por completo el artículo 14 Constitucional, por lo que el gobernado es aquí en donde encuentra una verdadera y sólida protección a sus bienes jurídicos, puesto que tal garantía corresponde a todo gobernado y que por ende los atributos accidentales de la persona tales como la nacionalidad, raza, religión, sexo entre otros, no excluyen a ningún sujeto de la tutela de ésta garantía.

En cuanto a los bienes jurídicos tutelados por esta garantía encontramos: la vida, la libertad, la propiedad, la posesión y los derechos, dentro de éstos últimos la garantía de audiencia adquiere un mayor alcance, pues dentro de ella se comprende cualquier derecho subjetivo, sea real o personal, lo que se robustece con el criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que ha refutado que todo acto procesal condicionado por esta garantía, no sólo son los fallos de fondo, sino las decisiones interlocutorias y demás autos proveídos en el juicio, por lo tanto todo acto de autoridad debe de fundarse en esta garantía.

Aunado a lo anterior, esta garantía consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga "se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento", estas formalidades son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que de manera genérica se traducen en los siguientes requisitos:

- 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias.
- 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa.
- 3) La oportunidad de alegar.
- 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas.

Por lo expuesto es que el Juez al conceder a la madre la guarda y custodia de sus hijos menores de siete años, esta violando la garantía constitucional de la previa audiencia, ya que antes de dictar el acto privativo, el cual se hace consistir en privar de la guarda y custodia de sus hijos al padre, aún en forma provisional, no cuenta con los motivos suficientes para decretar esta medida y sin que previamente el padre sea escuchado en juicio.

3.3.2. Artículo 16 Constitucional

Este al igual que el artículo 14 Constitucional, es una de las mayores protecciones que concede nuestra Carta Magna a cualquier gobernado, ya que del mismo texto de este artículo se establece el término “ nadie ”, que se puede traducir a “ ninguna persona ”, es decir, que todo sujeto es titular de esta garantía sin distinción de su situación económica, estado civil, sexo, al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido, que no alude únicamente a las resoluciones definitivas o que pongan fin a un procedimiento, sino que se refiere en sentido amplio, a cualquier acto de autoridad en ejercicio de sus funciones, por otro lado también ha establecido, que aún cuando se trate de actos de mero trámite, la autoridad

responsable está obligada a acatar lo establecido por el artículo 16 constitucional, ya que el mismo resulta aplicable a todo acto de autoridad.

El acto de autoridad que se supedita a esta garantía consiste en una simple molestia, entendiéndose por esta una mera perturbación o afectación a cualquiera de los bienes jurídicos que establece el propio artículo, sin embargo en los actos privativos como los de molestia, se deben de observar las garantías consagradas en los artículos 14 y 16 Constitucional.

Los bienes que protege esta garantía son; la persona, la familia, el domicilio, los papeles y las posesiones, el aspecto que más nos interesa para nuestro trabajo es el de la familia, en relación con esta, el acto de molestia no debe de implicar que se realice precisamente en alguno de los miembros de la familia, sino que es necesario que el acto de molestia se realice en alguno de los derechos familiares del propio individuo integrante de la familia, por ende el acto de molestia debe necesariamente recaer en los derechos familiares del gobernado, como puede ser su estado civil, como los derechos y obligaciones inherentes a la condición padres o de hijos. Al respecto el maestro Ignacio Burgoa nos refiere que: "Molestia en la familia, significa molestia en los derechos familiares del individuo, Por ende tal como lo hemos afirmado, el perjuicio que una persona puede experimentar por un acto de molestia a través del elemento familia, debe, necesariamente, recaer en los derechos familiares del gobernado, entendiéndose por tales todos los que conciernan a su estado civil, así como a su situación de padre, de hijo, etcétera"³⁹

³⁹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales, Porrúa, México 1986, p. 462

Por otro lado la garantía que mayor protección imparte al gobernado es la de legalidad, contemplada en la primera parte del artículo 16 Constitucional, la cual condiciona cualquier acto de molestia, misma que se traduce en la expresión “fundamentación y motivación”.

La fórmula “funde y motive la causa legal del procedimiento”, es un requisito de forma, que se ha transformado en un requisito de fondo para hacer más efectiva esta garantía y de esa manera exigir que no sólo se exprese el motivo, sino también que éste exista realmente y que sea bastante para provocar el acto.

Fundamentación: Consiste en que los actos que originan la molestia al gobernado, deben de basarse en una disposición normativa general, es decir, que ésta prevea la situación concreta para la cual sea procedente realizar el acto de autoridad y que exista una ley que lo autorice, pudiéndose aplicar a éste término el principio de que la autoridad sólo puede hacer lo que la ley le permite, pudiéndose también entender, que la autoridad ha de expresar con precisión el precepto legal aplicable al caso concreto.

El fundamentar impone a las autoridades una serie de obligaciones, como que tenga la facultad dada por la propia norma para que pueda emitir el acto de molestia, que ese acto se prevea en dicha norma, que su sentido y alcance se ajuste a la disposición normativa que lo rijan, y que el acto derive de un mandamiento escrito, en cuyo texto se expresen los preceptos específicos que lo apoyen, por lo que se refiere a la fórmula “mandamiento escrito”, es fácil de entender, ya que ningún acto de autoridad puede estar procedido de una orden verbal. Lo expuesto

puede resumirse en que las autoridades deben citar la ley y los preceptos de esta, que apoyen el acto de autoridad, es decir, que se precise en concreto el precepto legal en que pretenda sustentarse el acto.

Motivación: Este concepto implica, que existiendo una norma jurídica al caso o situación concretos respecto de los que se pretende cometer el acto autoritario de molestia, sean aquellos a que alude la disposición legal fundatoria, es decir, que las circunstancias y modalidades del caso en particular encuadren dentro del marco general correspondiente al establecido por la ley.

Por este concepto se entiende, que debe de señalarse con precisión las circunstancias especiales, las razones particulares o las causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto, siendo necesario también que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas, también se considera como la adecuación entre la norma fundatoria del acto de molestia, al caso específico en el que éste va a operar o surtir efectos, y que deben formalizarse en un mandamiento escrito, es importante comentar que tanto la fundamentación como la motivación del acto de autoridad, debe de ser en el momento, sin que se pueda expresar con posterioridad al acto de autoridad.

Por lo tanto, todo acto de autoridad debe estar suficientemente fundado y motivado, de manera que si los motivos o causas que tomó en cuenta el juzgador para dictar un proveído no se adecuan a la hipótesis de la norma en que pretende apoyarse, no se cumple con el requisito de fundamentación y motivación, que

exige el artículo 16 Constitucional, en relación con nuestra tema a estudio, si bien es cierto el Juez al dictar la medida provisional de la guarda y custodia sobre los menores de siete años, lo hace fundándose en el artículo 282 fracción VI, no lo hace con los suficientes motivos para dictar esa medida, puesto que al momento de dictar el auto que admite la demanda de divorcio, ya que si bien es cierto lo hace para proteger la integridad física y mental de los menores, no cuenta con los elementos de convicción necesarios para dictarla, ya que sólo cuenta con las simples manifestaciones que pudiera alegar la madre para que se le concediera la misma, sin que escuche lo que pidiera decir el padre al respecto, como que la madre fuera una alcohólica, prostituta, estuviera incapacitada física o mentalmente etc., para que no se le otorgara la guarda y custodia de los hijos, por lo que se hace necesario la creación de una disposición que brinde la oportunidad al padre de manifestar lo que ha su derecho convenga en relación con el otorgamiento de la guarda y custodia provisional de los hijos menores de siete años a la madre y de esta forma proteger la integridad del menor, que es el principal fin de nuestra propuesta y con ello se otorgue el ejercicio de este derecho al padre que resulte ser el más adecuado.

3.4. Adición al artículo 282 fracción VI, parte final del Código Civil para el Distrito federal.

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:

I.- (Derogada)

II.- Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles;

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

IV.- Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal;

V.- Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede en cinta;

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

De la transcripción del artículo 282 del Código Civil podemos establecer varios puntos que nos llevarán a la esencia misma de nuestra propuesta:

a) Que la guarda y custodia de menores, es una medida provisional que se dicta al admitirse la demanda de divorcio o antes si hubiere urgencia, medida que sólo tiene vigencia durante el tiempo que dure el procedimiento del divorcio, que como sucede en la practica puede ser en algunas ocasiones de mucho tiempo, en virtud de que su tramitación es en la vía Ordinaria Civil y para dictarse resolución deben de estar desahogadas todas las pruebas ofrecidas por las partes.

b) Que los mismos cónyuges de común acuerdo pueden designar a la persona que tenga a su cuidado a sus hijos, pudiendo ser uno de estos, éste acuerdo consideramos que se aplica más al divorcio por mutuo consentimiento, ya que en este caso los cónyuges están obligados a presentar un convenio en el que se establezca lo conducente, pero en nuestro trabajo nos referimos al divorcio necesario, puesto que en él existen intereses contrapuestos, dado que cada cónyuge luchara por obtener la guarda y custodia de sus hijos.

c) Por lo que se refiere a que el Juez previo el procedimiento que fije el código respectivo resolverá lo conducente, surge una interrogante ¿a qué tipo de procedimiento se refiere este artículo?, esta interrogante ya fue resuelta en puntos anteriores, por lo que se tiene por reproducido a la letra, para no incurrir en repeticiones innecesarias.

d) En relación al ultimo párrafo de este artículo consideramos que la medida de que salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre, no se debe de aplicar en forma absoluta y mecánica, que como ya lo hemos dicho el Juez debe de allegarse de los elementos necesarios para decidir lo que mayor le favorezca a los intereses del menor.

En este capítulo nos referiremos a lo que en esencia es nuestra propuesta, iniciando por hacer saber a los que lean nuestro trabajo, que en ningún momento negamos que la madre dada la condición física y natural de los menores de siete años, y por ser de interés de la propia Sociedad, es quien proporciona los mayores cuidados y atención durante los primeros años de los hijos, con la eficacia, esmero y cuidados necesarios para el normal desarrollo del menor; sin embargo en la sociedad actual, por diversas cuestiones en algunas familias y en todas las clases sociales puede darse el divorcio, el cual trae como consecuencia la separación legal de los padres, y en razón de ello se tenga que decidir quien de ellos deberá de ejercer la guarda y custodia de sus hijos menores de edad, éste gran problema fue lo que nos motivo para decidir nuestro tema, por considerar que los hijos no tienen la culpa de los problemas de sus padres, en donde ellos son los que más sufren ante su separación, y que les puede acarrear consecuencias emocionales que no los hagan desarrollarse adecuadamente, ante tal circunstancia el legislador plasmo éste problema en el artículo 282 fracción VI del Código Civil, el cual previene como medida provisional en los juicios de divorcio, el poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos, y en caso de desacuerdo el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos, y que salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre, ésta excepción se funda en la presunción legal de que la madre es la más capacitada para cuidar a los menores, por lo que para destruir esa presunción es menester que el otro progenitor demuestre el peligro para el normal desarrollo de los hijos, al respecto cabe citar la siguiente jurisprudencia: .

CUSTODIA DE MENORES. EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, QUE LA CONCEDE A LA MADRE RESPECTO DE LOS HIJOS MENORES DE SIETE AÑOS, ES ACORDE CON LO PREVISTO POR EL ARTÍCULO CUARTO CONSTITUCIONAL. El último párrafo del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, establece un principio general, rector de la decisión de guarda y custodia de los menores de siete años, consistente en que éstos deben permanecer al lado de su madre “salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos...”. El espíritu de este principio, evidentemente, tuvo como sustento que el legislador atendiera a la realidad social y a las costumbres imperantes dentro del núcleo social nacional, en el que en términos generales, corresponde a la madre la atención y cuidado de los menores; consecuentemente, legalmente la madre tiene a su favor la presunción de ser la más apta para cuidar a los hijos procreados, a menos que el padre demuestre que la conducta de aquélla puede ser dañina a la salud e integridad de los hijos. Es pertinente destacar que si bien el artículo 4o. de la Constitución General de la República, estatuye que el hombre y la mujer son iguales ante la ley, lo cierto es que la norma constitucional reconoce un régimen propio en lo que se refiere a las cuestiones familiares, dado que al respecto puntualiza que la ley ordinaria “... protegerá la organización y el desarrollo de la familia...”; de lo cual se desprende claramente que en este aspecto en particular, debe atenderse fundamentalmente a las circunstancias específicas que se encaminen a proteger el desarrollo de la familia y dentro de éste concepto, por consiguiente, a proteger el desarrollo de los menores; aspectos que recoge el legislador ordinario y los plasma en el artículo 282 del Código Civil

Novena Epoca, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VIII, Agosto de 1998, Tesis: I.9o.C.53 C, Página: 845, Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Amparo directo 5689/98. Luis Tovar Zuñiga. 25 de junio de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: José, Castro Aguilar. Secretario: Antonio Rebollo Torres.

La disposición que contempla el artículo a estudio, se entiende en el sentido de que para evitar un daño grave a los menores de siete años, se otorgara la guarda y custodia a la madre, pero consideramos que no se debe de aplicar en forma mecánica tal disposición, que como lo comentamos con anterioridad al admitirse la demanda de divorcio, el juzgador aún no cuenta con los elementos necesarios para dictar tal medida, sin que escuche al otro cónyuge, puesto que su otorgamiento tiene como efecto inmediato que el padre deje de tener contacto directo y constante con sus hijos, lo cual no puede ser remediado en Sentencia Definitiva, ya que ese acto privativo se causa de inmediato en forma irreparable, al suspenderse el trato entre el padre y sus hijos en la relación paterno-filial, que si bien es cierto el padre puede visitar a sus hijos, si así lo considera pertinente el Juez, consideramos que no sería lo más adecuado para el normal desarrollo del menor.

Es por ello que el criterio sustentado por este artículo, no debe de aplicarse indiscriminadamente a todos los casos, ya que en la actualidad existen casos aislados que escapan al marco legal de este artículo, en los que al adoptarse esa medida resulta ser contraproducente para el menor, ya que como ocurre en todas las clases sociales, en algunas familias la madre puede ser la causante de maltratos, golpes, y en casos extremos puede ocasionar la muerte de sus hijos, por lo que

resultaría ilógico que el Juez sabedor de tales circunstancias le conceda la guarda y custodia a la madre, pero para éste efecto deberá de acreditarse fehacientemente que la madre incurre reiteradamente en conductas u omisiones que afecten el desarrollo del menor, además creemos que debe de tomarse en consideración la edad, su sexo, las condiciones ambientales en que pueda desarrollarse y la habilidad del padre o de la madre para atender a sus hijos, al respecto cabe citar las siguientes Tesis Jurisprudenciales;

MENORES DE EDAD. GUARDA Y CUSTODIA DE LOS. Si bien es cierto que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que cuando se trata de menores de edad lo más benéfico para su desarrollo y estabilidad es que se encuentren bajo el cuidado de su madre, también lo es que esto no significa que tal criterio deba aplicarse indiscriminadamente a todos los casos, pues es obligación del juzgador tomar en cuenta, el interés del menor sobre cualquier otro.

Novena Epoca, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: II, Agosto de 1995, Tesis: II.2o.C.T.7 C, Página: 559, Segundo Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Segundo Circuito, Amparo directo 344/95. Elisa Rivera Uribe. 19 de abril de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: Laura Rojas Vargas.

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.

Octava Epoca, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: I Primera Parte-1, Página: 364, Amparo directo 8362/87. Concepción Perla Bellot Campos. 15 de diciembre de 1987. Cinco votos.

Ponente: Mariano Azuela Guitrón. Secretaria: María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

La Tesis Jurisprudencial antes citada se entiende que si se acredita fehacientemente que la madre incurre en conductas u omisiones que afecten el desarrollo del menor, no debe de otorgársele la guarda y custodia definitiva de sus hijos menores de siete años.

Por otro lado consideramos que el artículo 282 fracción VI parte final, no contempla la mínima posibilidad, de que se diera el caso de que la madre en el ejercicio de la guarda y custodia de sus hijos menores de siete años, pudiera ocasionar graves daños tanto físicas como emocionales a sus hijos, durante el tiempo en que dure el procedimiento de divorcio.

En cuanto a las causales que consideramos que podrían ser motivo para no conceder la guarda y custodia provisional a la madre encontramos entre otras, que esta sufra alguna enfermedad contagiosa que hiciere peligrar la salud de los hijos.

claro que esa enfermedad deberá de acreditarse con los medios más idóneos, otras causas que pueden ser considerada como graves, es el maltrato dado por la madre a sus hijos, castigos exagerados sin ningún motivo, el mayor afecto, la falta de responsabilidad y cordura para su educación, su notoria despreocupación y el descuido de la persona del menor, como también que la madre haya tenido fuera del matrimonio hijos de distintas personas, que tiene la costumbre de mentir, así como que en el lugar en que vive, no permite un desarrollo sano del menor y un estado de estabilidad en cuanto a su formación moral, educativa, familiar y económica, también puede suceder de que la madre le profiera amenazas de muerte al menor, en éste último caso cabe citar la siguiente tesis;

MENORES, PERDIDA DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS, AL PADRE QUE LES PROFIERA AMENAZAS DE MUERTE. La amenaza de muerte que un padre le haga a su hijo, máxime cuando éste es de corta edad, constituye un acto sumamente grave por la fuerte impresión que puede causar en la mente del menor, al pensar que el sentimiento de seguridad y cariño que le hace depender del progenitor, ha desaparecido o se ha debilitado, creando una situación que no sólo no debe reiterarse, sino impedirse a toda costa, para evitarle mayores males, y por tanto es infundado sostener que se obra con precipitación al privar al padre que haya proferido dichas amenazas, de la guarda y custodia de sus hijos, con base en un hecho aislado, sin reiteración, que no tiene la gravedad que se le atribuye, y que solamente constituye un altercado entre cónyuges.

Séptima Epoca, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 19 Cuarta Parte, Página: 40, Amparo directo 4948/69. Mario Ochoa Altamirano. 1o. de julio de 1970. 5 votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas.

En el caso de que el menor de edad, se encontrara en la etapa de lactancia y la madre fuera toxicómana, ebria habitual o padezca alguna enfermedad grave o contagiosa, esto puede ser otra causa por la que no se le debería de conceder la guarda y custodia a la madre, por lo menos no al inicio del procedimiento, por lo que la regla que se refiere, a que los menores de siete años deben quedar al cuidado de la madre no debe de ser absoluta, ya que el principio fundamental en esta materia, es el interés superior del menor, por lo que el Juez no debe de otorgarle la guarda y custodia a la madre, sobre la base de simples manifestaciones que aporta la madre en su escrito inicial de demanda y mucho menos cuando ella incurra en graves hechos inmorales que afecten la crianza y educación de sus hijos, es de importancia comentar que esas causales a que nos referimos, deben ser de verdadera importancia, ya que el menor no puede estar pasando continuamente del cuidado de un padre al otro por motivos pequeños o triviales, porque esta inestabilidad engendraría consecuencias nocivas, especialmente en cuanto a su educación y sentimientos, puesto que el principio fundamental que debe de inspirar al Juzgador al otorgar la guarda y custodia, es el mejor interés de los menores.

En caso de que la madre incurriera en tales depravaciones como las ya mencionadas, se deberá de otorgar la guarda y custodia de los hijos menores de siete años al padre, pero si ambos padres incurrieran en estas faltas, existe la posibilidad de que se otorgara a otras personas, que como ya lo hemos dicho se deberán de preferir a los consanguíneos más próximos, es decir, a los abuelos, y que al decretarse la guarda y custodia provisional de los menores a estos, no implica la perdida de la patria potestad de los padres, sino que es sólo una limitación a su ejercicio, lo que se comprueba con la siguiente Tesis Jurisprudencial:

GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DECRETADA EN FAVOR DE LOS ABUELOS PTERNOS. NO SIGNIFICA LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD DE LA MADRE. (LEGISLACION DEL ESTADO DE COAHUILA). La guarda y custodia de una menor decretada en favor de los abuelos paternos no implica, la pérdida de la patria potestad, por parte de la madre sino una limitación en el ejercicio de ese derecho que aunque con efectos suspensivos no los tiene definitivos de acuerdo con el artículo 260 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Coahuila, ya que el juez en todo tiempo podrá modificar su determinación tomando en cuenta las nuevas circunstancias del caso.

Séptima Epoca, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 217-228 Cuarta Parte, Página: 131.

En el caso de que faltaran los abuelos, se podrán confiar a una institución sea privada o perteneciente a la Administración Pública, sólo mientras dura el trámite del divorcio de sus padres, esta medida sólo podría justificarse en casos extremos, como por ejemplo en caso de estarse ante una situación de Violencia Intrafamiliar, en donde no hay otra solución para evitar un peligro físico o moral a los hijos o una grave perturbación en su desarrollo.

Por otro lado consideramos, que si el Juez le diera oportunidad al padre de ser escuchado antes de que se le otorgara a la madre la guarda y custodia de los hijos, y este alegara el adulterio de su esposa, esta circunstancia debería de ser tomada en consideración por el juez para determinar la inhabilidad de la madre para ejercer la

guarda y custodia de sus hijos, toda vez que para el ejercicio de este derecho se exige que los padres cuenten con una buena conducta ante la sociedad, ya que esta circunstancia puede provocar en el menor una desadaptación en el hogar de su madre y un peligro moral para los hijos, también en casos extremos pueden darse malos tratos por parte de la propia madre como del otro adultero.

Una situación que puede darse, es que la madre después de algún tiempo de estar separada del hogar, y durante ese tiempo el padre haya cuidado a los hijos adecuadamente, y después de algunos días de estar en el domicilio conyugal, resultaría ilógico que después de todo ese tiempo ahora se presentara alegando supuestamente una causal de divorcio, y primero que el padre, demandara el divorcio y como consecuencia de ello se le otorgara la guarda y custodia provisional de sus hijos menores de siete años, medida que no sería lo más adecuado para el desarrollo integral del menor, ya que durante el tiempo que ha vivido con su padre, tiene un ritmo de vida de acuerdo a sus necesidades, que al modificarse puede traer como consecuencia grandes problemas emocionales al menor que le dejarían huella durante gran parte de su vida.

Por lo que hace a la culpabilidad o no de los cónyuges, para que se les otorgue la guarda y custodia de sus hijos, debemos comentar que como sucede en la practica, al dictarse la Sentencia Definitiva suele otorgarse la guarda y custodia al cónyuge que resulte ser inocente, pero por tratarse de una medida provisional, no se debe de negar el derecho de tener a sus hijos al presunto culpable de la disolución del matrimonio, ya que al inicio del procedimiento no se sabe quien de los cónyuges resultara ser el culpable, esto podría crear que se otorgara la guarda y custodia al cónyuge inocente, tenga o no aptitud para criarlos y educarlos, por otro lado nada

tiene que ver la relación entre el marido y la mujer con la conducta que tengan estos con sus hijos, por que se puede ser un mal esposo, pero un buen padre, por ello es que creemos que no debe ser objeto de pena la supuesta culpabilidad del cónyuge, porque si así fuera, los hijos pasarían a ser como una especie de trofeo conferido al vencedor.

Alguna de las causas que no debemos de considerar como causal, es el hecho de que la madre permanezca fuera de su casa durante determinadas horas del día destinadas a desempeñar un trabajo, que de ninguna manera es causa para quitarle la guarda y custodia del hijo, ya que tales ausencias se reputan razonablemente justificadas, por tener como finalidad la de cumplir con las tareas que pueden proporcionarle lícitamente los medios económicos para subsistir y obtener así los recursos que le permitan dar vivienda, educación y sustento al menor, y más aun si la madre al poseer una situación económica estable garantiza la satisfacción de las diversas necesidades del menor, aun cuando el padre posea una situación económica mas elevada.

Uno de los casos que no podemos dejar de pasar, es que durante la tramitación del divorcio los hijos menores de siete años que se confiaron a la madre para su guarda y custodia, llegarán a cumplir más de la edad limite establecida, esa circunstancia dará derecho al padre para reclamar en la vía incidental que se le otorgue el cuidado de sus hijos, ya que las resoluciones en materia familiar pueden ser modificadas, si cambian las circunstancias que dieron motivo a la resolución, que en este caso fue la edad de los menores.

Por todo lo anterior es que consideramos que para que el juez decida sobre la guarda y custodia provisional de los menores, debe de allegarse de todos los elementos de convicción que influyan en su animo para dictar la medida provisional a que nos referimos, pudiendo en su caso recabar dictámenes periciales y de ser necesario pedir la comparecencia del menor, al respecto cabe comentar que en un principio la voluntad de los menores, para decidir con cual de sus padres quería vivir mientras durara la tramitación del divorcio de sus padres no se tomaba en cuenta, pero sin embargo con el transcurso del tiempo se han dictado varios fallos en los que se han tomado en cuenta sus deseos, ya que es él menor quien resulta afectado por la decisión que se adopte, la voluntad del menor para elegir con quien de sus padres desea estar se deberá de realizar por medio de una comparecencia, la cual consideramos que no se deberá de confundir con la forma en que se desahoga la prueba confesional, sino que se deberá de realizar como una simple plática con el menor, en donde se le preguntaran cosas que hagan que se desprenda quien de sus padres es el más adecuado para el ejercicio de este derecho, esta platica puede realizarse aún fuera de las instalaciones de los Tribunales, a través de un especialista o en su caso con el propio Juez si este lo considera necesario, esto se da en razón de que él menor es quien resulta afectado por la decisión que se adopte, para que de esta forma y aunado a los medios de convicción aportados en el juicio, él Juez pueda contar con los elementos suficientes para determinar quien de los padres es el más apto para hacerse cargo de la guarda y custodia de los hijos, tomando en cuenta siempre lo que más le convenga al menor para su educación, formación moral y desarrollo en general.

Al respecto cabe mencionar, que la ley fue creada para prevenir casos futuros, pero en este caso el artículo a tratar no contempla la mínima posibilidad de que una

madre al verse ante la situación del divorcio pueda ocasionarle grandes problemas emocionales, y como consecuencia al encontrarse ante esa situación quisiera desquitarse con sus hijos, culpándolos de la separación de sus padres, llegando al grado de golpearlos, maltratarlos, dejarlos de alimentar e incluso hasta causarles la muerte y en algunos otros casos ser una mala influencia para los menores, en el caso de que esta sea una prostituta, alcohólica, toxicómana, entre otras cosas, es por ello que éste artículo debería de prevenir a futuro esta situación, para proteger mejor la integridad física y mental del menor y no esperar hasta que acontezca para que se legisle al respecto.

En cuanto al procedimiento que se debe de seguir para decidir la guarda y custodia de menores, de acuerdo con el autor Argentino Augusto Cesar Bellusio, el cual nos señala que sobre la tenencia provisional, termino que en nuestro derecho mexicano, es sinónimo de guarda y custodia, *esta se deberá de adoptar sumariamente y sin otro requisito esencial que el de oír a ambos cónyuges*, esto se demuestra con la siguiente tesis jurisprudencial;

PATRIA POTESTAD. VIA SUMARIA. ES CORRECTA PARA VENTILAR CUESTIONES SOBRE. (LEGISLACION DEL ESTADO DE COAHUILA).

Las controversias de carácter familiar deben tramitarse en la vía sumaria de conformidad con lo dispuesto por el artículo 430, fracción VII, del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Coahuila, y participan de esa naturaleza, conforme al artículo 380 del Código Civil aplicable a esa entidad federativa, las controversias sobre el ejercicio de la patria potestad. En esas condiciones, el procedimiento judicial relativo al ejercicio de la patria potestad, y, por tanto, a la guarda y custodia de una hija menor de edad del actor y demandada, cuando

hubiere manifestado haberla procreado fuera de matrimonio y que no vivían juntos, es correcto que se ventile en la vía sumaria por apegarse a las disposiciones legales invocadas.

Séptima Epoca, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 217-228 Cuarta Parte, Página: 244, Amparo directo 3355/86. Laura Andrea Villagrán Martínez. 25 de marzo de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ernesto Díaz Infante, NOTA: Esta tesis también aparece en: Informe de 1987, Tercera Sala, tesis 306, pág. 220 (apareció con el Rubro: "Vía sumaria. es correcta para ventilar cuestiones sobre patria potestad (Estado de Coahuila).

Esta Tesis Jurisprudencial consideramos que se debe de aplicar también a la medida provisional de la guarda y custodia de menores, esto quiere decir, que esta medida que se dicta al admitirse a tramite la demanda de divorcio y que solo tiene vigencia mientras dura su tramitación, debe de resolverse lo más rápidamente posible y como requisito esencial escuchar a las partes antes de decidir a quien de los padres se le deberá de conceder la guarda y custodia de sus hijos, es por ello que una parte de nuestra propuesta versa en el lograr que se establezca un procedimiento a seguir, en el cual a diferencia del Ordinario Civil y el de las Controversias del Orden Familiar, sea lo más rápido posible para evitar que se causen daños al menor, procedimiento que aún cuando sea para resolver una cuestión de carácter provisional, no es menos importante y de mayor intereses por tratarse de menores.

Una vez que ya hemos expuesto los motivos que nos encaminaron a decidir nuestro tema de tesis, ahora expondremos lo que en esencia es nuestra propuesta, la cual trata en adicionar al artículo 282 del Código Civil una disposición que tienda a proteger la integridad física y mental de los menores, como una mayor igualdad entre las partes, por lo que este artículo pudiera quedar de la siguiente manera:

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:

I.- (Derogada)

II.- Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles;

III.- Señalar y asegurar los alimentos que deben dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos;

IV.- Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal;

V.- Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede en cinta;

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 para determinar quien de los cónyuges es el más adecuado para ejercer la guarda y custodia provisional de sus hijos, deberá de allegarse de todos aquellos elementos que lo hagan estar plenamente seguro de quien de los cónyuges es el más adecuado para el ejercicio de este derecho.

Salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre, **siempre y cuando no incurra en actitudes depravadas que hagan peligrar la integridad física y mental del menor.**

3.5.La creación en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, de un capítulo único en donde se regule sobre la Guarda y Custodia provisional de menores.

En este punto que es parte integrante de nuestra propuesta, cabe comentar que dentro del Código de Procedimientos Civiles encontramos algunos capítulos que se refieren a la Materia Familiar, dentro de estas encontramos a la Separación de Personas como Acto Prejudicial, el del Divorcio por Mutuo Consentimiento y el denominado de las Controversias del Orden Familiar, éste último se encuentra en el título Décimo Sexto, Capítulo Unico, que establece disposiciones aplicables a

los problemas inherentes a la familia, por considerar a ésta de orden público y asimismo por constituir la base de la integración de la sociedad.

Como ya lo hemos comentado en el capítulo anterior, nuestra propuesta va dirigida a aquellos casos, que no deben de escapar a la ley, en donde la madre al demandar el Divorcio Necesario, y existieran hijos menores de siete años, el Juez de lo Familiar a petición de parte o de oficio, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 282 fracción VI del Código Civil para el Distrito Federal, le otorga la guarda y custodia provisional de sus hijos, y la madre como ya lo hemos comentado al estar en el ejercicio de éste derecho le infringiera graves daños tanto física como psicológicamente que no permitieran desarrollarse adecuadamente, o en casos extremos golpearlos al grado de causarles la muerte, estos casos no deben ni tienen que dejarse pasar por el legislador, ya que en nuestra Sociedad desgraciadamente sedan con mucha frecuencia en todas las clases sociales.

Toda vez que éste punto se refiere a la segunda parte de nuestra propuesta, que es la creación en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, de un capítulo en el que se establezcan las reglas a seguir para el otorgamiento de la guarda y custodia provisional de menores, debemos de retomar lo que hemos dicho en capítulos anteriores en relación con el procedimiento a que se refiere el artículo 282 fracción VI del Código de Procedimientos Civiles, por lo que es importante hacer saber de nuevo, que al demandarse el Divorcio Necesario necesariamente debe de fundarse en una de las causales enumeradas en el artículo 267 del Código Civil, causales que tienen como finalidad la disolución del vínculo matrimonial, pero también en esa misma demanda como una prestación accesoria se puede solicitara la guarda y custodia provisional de menores si los hubiera, solicitud que bien puede ser a petición de parte o de oficio, en este caso la vía sería la Ordinaria

Civil, por otro lado puede ser que se demande en forma independiente la Guarda y Custodia de Menores, es decir, que el que demanda solicita sólo la guarda y custodia de sus hijos, sin que se disuelva el vínculo conyugal, en este caso regirá el procedimiento que se refiere a las Controversias del Orden Familiar, por lo que creemos que tanto el procedimiento del Juicio Ordinario como el de las Controversias del Orden Familiar, los términos aplicables a estos procedimientos suelen ser demasiado extensos para resolver la guarda y custodia de menores durante la tramitación de un divorcio, sea en forma definitiva o como medida provisional, poniendo en peligro la integridad física y mental del menor, por lo anterior es que nace nuestra propuesta, que es el lograr que en el otorgamiento de la guarda y custodia de menores de siete años, se brinde a las partes una mayor igualdad para hacer valer sus derechos y por otro lado se sugiere que en la práctica de nuestros Tribunales se resuelva rápidamente quien de los padres es el más adecuado para el ejercicio de este derecho, por lo menos al inicio del procedimiento, en virtud que las resoluciones en materia familiar pueden modificarse si las circunstancias del caso cambian, pero al crearse la disposición que se sugiere el Juzgador ya tendrá la certeza de que el menor no sufrirá ningún daño durante la tramitación del procedimiento, y en su caso al dictar la Sentencia Definitiva que declare disuelto el matrimonio, resolverá también si se confirma la medida provisional otorgada al inicio del procedimiento o se modificara la misma otorgandola al otro cónyuge siempre y cuando compruebe que él es el más adecuado para su ejercicio.

También en este último punto es importante el hablar un poco de lo que es en parte nuestra propuesta, que es la creación de una disposición dentro del artículo 282 fracción VI del Código Civil, en la que se brinde la oportunidad al cónyuge

demandado de manifestar a lo que su derecho convenga en relación con el otorgamiento de la guarda y custodia en forma provisional de los menores de siete años, por otro lado si bien es cierto que al darse contestación a la demanda de divorcio y solo hasta ese momento se le esta dando oportunidad al demandado de hacer valer sus derechos, durante ese lapso entre el auto que admite la demanda y se produce la contestación pasa mucho tiempo en el que se pudiera ocasionar un daño al menor, por lo que podemos concluir que la disposición que se propone dentro del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, tiene como finalidad la protección de la integridad física y mental de los menores, al sugerir que esta medida provisional se resuelva lo más rápido posible y como consecuencia inmediata de ello, que se brinde la oportunidad al cónyuge demandado de manifestar a lo que su derecho convenga, y con ello los Jueces una vez que hayan oído a ambas partes en conflicto, resuelva lo conducente de una manera que sean consideradas las partes por igual, en este sentido cabe aplicar lo dispuesto por el artículo 283 del Código Civil, el cual establece: las sentencias de divorcio fijarán en definitiva la situación de los hijos, y en especial la custodia y el cuidado de los hijos, de oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, *allegándose 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, como es de notarse esta disposición se aplica a la sentencia definitiva de divorcio, pero creemos que tal disposición bien se podría aplicar antes a la medida provisional de la guarda y custodia, en el sentido de que el Juez se debe de allegar los elementos necesarios para dictarla, debiendo de escuchar a ambos progenitores por igual, y de esta forma conceder el ejercicio del derecho en comento, al cónyuge que resulte ser el más adecuado para el debido ejercicio de este derecho.

En relación con lo anterior, y para los efectos de corroborar que los procedimientos ya mencionados, no serian los más adecuado para resolver la guarda y custodia provisional de menores, ya que los términos que se aplican en ambos suelen ser muy extensos, aun y cuando estos proporcionan una mejor defensa, como mayores formalidades y establecen plazos más amplios para el ofrecimiento y recepción de pruebas, pero que sin embargo el interés del menor debe ser considerado como de interés supremo, sobre cualquier otro, nos referiremos a cada uno de estos en cuento a sus términos.

El divorcio necesario como ya lo hemos dicho se tramita en la vía Ordinaria Civil, aplicándose a este todas y cada una de esas disposiciones, en donde los términos aplicables a este procedimiento son los siguientes; se conceden *nueve días* para contestar la demanda, en caso de que se produzca una contestación a la demanda y se opongan excepciones y defensas, con las mismas se dará vista a la parte actora. y en el supuesto caso de que la parte demandada ejercitara la acción reconvenzional, con esta se correría traslado al actor, para que en el término de *seis días* la conteste, una vez contestada la demanda o en su caso la reconvección el Juez señalara fecha y hora para la celebración de la Audiencia Previa y de Conciliación dentro de los *diez días* siguientes, el día en que tenga verificativo dicha audiencia se mandara abrir el juicio a prueba por el termino comun de *diez días* para ambas partes, al día siguiente en que termine este periodo, se dictara auto que admite las pruebas ofrecidas por las partes, en dicho auto se señalara fecha y hora para el desahogo de las mismas, tomando en cuenta el tiempo para su preparación dentro de los *treinta días* siguientes a su admisión. Al llegar el día señalado para la Audiencia de Ley se desahogaran las pruebas que estén preparadas hasta ese momento, en caso de haber pruebas pendientes por desahogar

se señalara nueva fecha para su desahogo dentro de los *quince días* siguientes, si se hubieran ofrecido pruebas que tuvieran que desahogarse fuere del Distrito Federal o del País, se recibirán dentro de un término de *sesenta y noventa días* respectivamente, al desahogarse la ultima prueba pendiente y sólo hasta ese momento, se pasaran los autos al Juez para dictar Sentencia Definitiva que en derecho corresponda, dentro del término de ley.

Con lo anterior se demuestra que el procedimiento aplicable al divorcio necesario puede ser en algunas ocasiones demasiado extenso, porque permite que mientras no se hayan desahogado todas las pruebas ofrecidas por las partes no se puede pasar a dictara Sentencia Definitiva, en la cual entre otras cosas se resuelva sobre la guarda y custodia de menores.

Por lo que se refiere al procedimiento que se establece en el Capítulo de las Controversias del orden familiar, que se regula por los artículos 940 al 956 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se dispone en cuanto a los términos, que con las copias respectivas y de los documentos que en su caso se presenten se correrá traslado a la parte demandada, para que comparezca dentro del término de *nueve día*, debiendo las partes ofrecer pruebas en dichas comparecencias, al ordenarse el traslado el juez señalara día y hora para que tenga verificativo la audiencia en la que las partes aportarán las pruebas que así procedan y que hayan ofrecido, dicha audiencia se llevara acabo dentro del los *treinta días* contados a partir del auto que ordene el traslado, si por cualquier circunstancia la audiencia no puede celebrarse, ésta se verificará dentro de los *ocho días* siguientes, en el mismo momento de la audiencia de ser asi posible o dentro de los *ocho días* siguientes se pronunciará sentencia de manera breve y concisa. Es importante

señalar que en todo lo no previsto y en cuanto no se opongan a lo ordenado por el capítulo de las Controversias del Orden Familiar, se aplicaran las reglas generales del Código de Procedimientos Civiles.

Por lo anterior es que también consideramos que en este procedimiento los términos aplicables suelen ser demasiado extensos, para la materia en estudio, es por lo que tratamos de establecer un procedimiento en el cual se brinde la oportunidad al cónyuge al que se le ha privado de la posesión de sus hijos, de que se le escuche antes de dictar esta medida provisional a favor de la madre, pues si se diera el caso de que la madre incurriera en alguno de los casos ya mencionados. debe ser considerada como inhábil para el ejercicio la guarda y custodia de sus hijos, en este supuesto sería ilógico que se le concediera la misma, y como consecuencia de lo anterior, también se propone que el procedimiento para decidir la guarda y custodia provisional de menores se resuelva lo más rápidamente posible, para que de esta forma evitar que la madre durante todo el tiempo que dure el juicio de divorcio, no pueda ocasionar daños tanto físicos como mentales al menor, ello en razón de que la única finalidad de nuestra propuesta es el prevenir lo que pudiera pasar durante la tramitación de un divorcio en el caso en particular, ya que en la practica de nuestros Tribunales pueden durar mucho tiempo.

El porque de nuestra propuesta surge en razón de que existen algunos casos aislados dentro de nuestra sociedad, en donde ha ocurrido que una vez que el Juez Familiar ha otorgado a la madre la guarda y custodia de sus hijos en forma provisional, puede resultar contraproducente para el desarrollo del menor, ya que como lo hemos dicho en los casos en que la madre incurra en alguna falta grave de las mencionadas en puntos anteriores, puede ocasionar algún daño físico y mental

al menor, circunstancia que si tuviera conocimiento el Juez resultaría ilógico que se concediera a la madre la guarda y custodia de sus hijos, es por ello que se propone que los términos aplicables para decidir la guarda y custodia provisional de menores se reduzcan al mínimo, con la única finalidad de prevenir lo que pudiera pasar en esos casos, porque como se dice, más vale prevenir que lamentar y más aun por tratarse de la persona de los menores de edad, que son uno de los valores más protegidos por la sociedad como por el estado.

No podemos dejar de comentar que en la practica en algunos Juzgados Familiares, los Jueces al tener conocimiento de que en los Juicios de Divorcio Necesario esta de por medio un menor, dictan en el auto que admite a tramite la demanda darle vista a la parte demandada para que manifieste lo que ha su derecho convenga, en estos casos el demandado tendrá conocimiento de que se le dio vista hasta que sea emplazado, lo que para el objetivo de nuestra propuesta, resulta ser igual de tardado y se pone en peligro la integridad del menor por los motivos ya indicados con anterioridad, en virtud de que si la parte actora no impulsa el procedimiento, pasara mucho tiempo para que se le haga saber al demandado la intención de la madre a que se le otorgue la guarda y custodia de sus hijos menores de siete años.

De lo anterior podemos encontrar en primer lugar, que no existe disposición alguna que uniforme criterios entre los Jueces Familiares, para que le den vista o no al padre para que manifieste lo que su derecho convenga, con la solicitud de la madre a que se le otorgue la guarda y custodia provisional de sus hijos, en segundo lugar si la parte actora no da impulso procesal y no emplaza a juicio a su colitigante, durante todo ese tiempo como ya lo hemos comentado, la madre pudiera incurrir en alguna de las causas graves comentadas, lo que seria perjudicial para la

integridad física y mental del menor, por lo que consideramos que se deben de unificar criterios al respecto a través de una disposición por medio de la cual se proporcione a ambas partes la misma oportunidad para que hagan valer sus derechos para poder determinar lo que mejor le convenga a los intereses del menor y por otro lado que se resuelva con mayor prontitud, para que durante el tiempo en que dura un divorcio necesario, no se ponga en peligro la integridad del menor.

Por último expondremos lo que consideramos que debe de tomar en cuenta el legislador para la creación en el Código de Procedimiento Civiles de un Capítulo en el cual se regule el procedimiento a seguir para otorgar la guarda y custodia provisional de menores, tomando en cuenta las siguientes consideraciones:

a) Que ante todo se debe de proteger él intereses del menor, esto quiere decir, que se debe de dar prioridad al bienestar de los niños y niñas ante otro interés que vaya en su perjuicio, que en este caso se traduce en que si bien los padres tienen el derecho de convivir permanentemente con sus hijos menores de edad, este derecho se ve rebasado por el bienestar de los hijos, si estos se encuentran ante una situación de Violencia Intrafamiliar.

b) Tratar de evitar o en su caso hacer cesar alguna conducta que genere violencia Intrafamiliar, por violencia familiar se entiende, el uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves, que de manera reiterada ejerza, en este caso, uno de los padres o ambos al menor que atente contra su integridad física o psicoemocional.

En relación con lo anterior la Ley de los Derechos de las niñas y niños en el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el día 31 de enero del año 2000, entrando en vigor al día siguiente de su publicación, en su artículo 3 fracciones XV y XVI, establecen que Maltrato Físico, es todo acto de agresión que cause daño a la integridad física de los niños y niñas y por Maltrato Psicoemocional, a los actos u omisiones cuya forma de expresión pueden ser, silencios, prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, amenazas, insultos, actitudes de descuido, devaluatorias o de abandono que provoquen en la niña o niño en cualquiera de sus esferas cognoscitiva, conductual, afectiva y social.

c) Tener siempre en cuenta los derechos de los niños, que según lo dispuesto por la Ley de los Derechos de los niños y niñas en el Distrito Federal, derechos que se deben de aplicables a todos los niños del mundo, en razón de su incapacidad natural y legal para hacerse valer por ellos mismos, en el artículo 5 de dicho ordenamiento legal, se establecen los derechos de las niñas y de los niños, de manera enunciativa, más no limitativa, derechos que se deben de aplicar a todo el mundo, que en forma general son los siguientes:

- 1.- A la vida, Integridad y Dignidad.
- 2.- A la identidad, Certeza Jurídica y Familia
- 3.- A la Salud y Alimentación.
- 4.- A la educación, recreación, información y participación.
- 5.- A la Asistencia Social

6.- Y los demás que les reconozcan otros ordenamientos legales.

Por último estableceremos la forma en que en la practica se podría cumplir con los objetivos señalados en el presente trabajo de tesis:

a) Al admitirse a trámite la demanda de divorcio necesario y si fuera el caso de que existieran de por medio menores de edad, y con mayor interés menores de siete años, a petición de parte o de oficio, el Juez de lo Familiar en el auto que admite la demanda, sin perjuicio de mandar correr traslado al demandado con las copias respectivas para que produzca su contestación, en el mismo auto y en relación con la guarda y custodia de menores, mandara citar a ambas partes en conflicto, para que asistan a una comparecencia en donde se resuelva entre otras cosas, quien de los padres ejercerá el derecho en comento, en dicho auto también se acordara que los padres presenten a sus menores hijos, asimismo se ordenara la asistencia del Ministerio Público adscrito al Juzgado, dicha comparecencia tendrá verificativo lo más rápido posible para evitar que el menor sufra algún daño durante la tramitación del divorcio de sus padres.

b) Para tal finalidad en el mismo auto admisorio, el Juez mandara notificar personalmente a las partes, por conducto del Notificador adscrito al Juzgado Familiar, quien se constituirá en el domicilio conyugal, notificación que podrá realizarse al día siguiente en que se dicte el auto que admite a tramite la demanda, haciéndoles saber a las partes que deberán comparezca en forma personal a más tardar al día siguiente en que le fue notificado el auto, señalando la fecha y hora para esa comparecencia, para los efectos de manifestar a lo que su derecho convenga en relación con el otorgamiento de la guarda y custodia provisional de sus hijos.

Para los efectos de esta disposición el juzgador debe de prevenir todas aquellas circunstancias por las cuales no se pudiera notificar a las partes al día siguiente en el que se admite la demanda, por lo que debe de tomar en cuenta si el demandado no se encontrara en su domicilio, o sale temprano a trabajar y llega tarde del trabajo, en este caso el Actuario estará facultado de oficio para que se constituya en el domicilio conyugal en días y horas inhábiles, ello en razón de que se trata del interés superior del menor, lo anterior también se da toda vez que se trata de un caso urgente, ya que como lo establece el artículo 64 del Código de Procedimientos Civiles, el Juez puede habilitar días y horas inhábiles para actuar o para que se practiquen diligencias cuando hubiere causa urgente que lo exija, y que otro caso más urgente que proteger la integridad física y psicoemocional de los menores.

Por otro lado esta disposición tendría como fundamento que si bien es cierto los C. Actuarios tienen que practicar las notificaciones dentro de los tres días siguientes a que reciban el expediente, la ley establece salvo que el juez o la ley dispusieran otra cosa, por lo que puede ser permitido que el mismo día o más tardar el día siguiente en que se dicte el auto que admite la demanda se pasen los autos a éste, para que se constituya en el domicilio conyugal, haciéndoles saber a las partes el día y hora para que comparezca al local del Juzgado, para que manifieste lo que a su interés convenga en relación con la guarda y custodia de sus hijos.

Por lo que se refiere a que se le tiene que notificar personalmente al demandado, el día y hora para su comparecencia a que nos referimos en párrafos anteriores, el artículo 114 fracción IV del Código de Procedimientos Civiles, establece que será notificado personalmente en el domicilio señalado por los litigantes, cuando se estime que se trata de un caso urgente y así se ordene, por lo que al tratarse de

salvaguardar la integridad del menor, se debe de considerar como un caso urgente y grave, ya que la figura de la guarda y custodia tiene como finalidad proteger y cuidar la integridad de los menores de edad.

c) Sin perjuicio de lo anterior en el mismo acto en el que se cite para tal comparecencia, con los documentos exhibidos como base de la acción y las copias respectivas, se correrá traslado al demandado para que dentro del término de nueve días conteste la demanda de divorcio interpuesta en su contra, en razón de que en dicha comparecencia el Juez además de exhortar a las partes a una reconciliación, acordara quien de los padres es el adecuado para el ejercicio de la guarda y custodia provisional de sus hijos, una vez que haya escuchado a ambas partes o si lo estima necesario después de haber tenido una entrevista con el menor.

Esto quiere decir que el demandado sin perjuicio de que comparezca a manifestar algo con relación a la guarda y custodia de sus hijos, tiene que dar contestación a la demanda, por lo que en el día y hora señalado para esa comparecencia puede o no presentar su escrito de contestación o esperar hasta el último día para presentarla, salvo que en dicha comparecencia se llegare a un acuerdo, en el que se de por terminado el procedimiento.

d) En los casos en que una vez que se notifico debidamente al demandado, de la fecha en que debería de comparecer a hacer valer su derecho en cuanto a la guarda y custodia de sus hijos, y no asistiera a dicha comparecencia, se hará constar en el acta que se levante, con lo cual estaría manifestando su poco interés e inhabilidad para el ejercicio de este derecho y como consecuencia de ello se concederá el ejercicio de este derecho al otro cónyuge.

Por otro lado, una vez que haya transcurrido el término concedido al demandado para que diera contestación a la demanda, sin que lo haya hecho, constituyéndose en rebeldía, el Juez a petición de parte o de oficio, y en razón de que de autos no hay constancia alguna que permita inferir que la permanencia de los menores al lado de la madre ponga en riesgo su normal desarrollo y con el objeto de no sacarlos del ámbito en que han estado, podrá con base a esto decretar a favor de la madre la guarda y custodia provisional de sus hijos.

e) El día señalado para la mencionada comparecencia estando presentes ambas partes, él o los menores, el Ministerio Público y especialistas como psicólogos o trabajadoras sociales, en primer termino el Juez exhortara a las partes a una avenencia, proporcionándoles todas las clases de alternativas y dándoles a conocer todas las consecuencias en caso de continuar con el procedimiento, en el caso de que llegaran a un convenio en cuanto al divorcio y convinieran en ya no continuarlo, por lógica la guarda y custodia de menores ya no tendría razón de ser, pero en el caso contrario de que las partes desearan continuar con la contienda, pero sin embargo hubieran llegado a un acuerdo con relación a quien de ellos ejercería el derecho en comento, tampoco tendría razón de ser la guarda y custodia de menores, convenio que al incumplirse traería como consecuencia el derecho a promover en la vía incidental su cumplimiento, esto se da en razón de que en materia familiar las resoluciones pueden modificarse, sin cambian las circunstancias que le dieron origen a dicha resolución.

En el supuesto en que las partes decidieran continuar con el divorcio y no convinieran nada en cuanto a la guarda y custodia de sus hijos, se continuara con la comparecencia, en el que se concederá la palabra primero a la madre y después al padre, para que manifiesten lo que su derecho convenga en relación con esta

medida, al terminar ambos padre, el Juez sólo si lo considera tendrá una platica en privado con el menor, asistido de un especialista en psicología o en trabajado social, en dicha platica se le preguntaran cosas que proporcionen indicios al Juzgador para determinar cual padre sería el más adecuado para su ejercicio, pudiéndole preguntar por ejemplo, nombre, edad, si estudia, con quien vive y desde cuando, quienes son su padres, si quiere a cada uno de sus padre o con quien esta más tranquilo etc.

f) En la misma comparecencia y si el Juez lo estimara necesario, podrá mandar realizar estudios psicológicos, tanto a los padres como a los menores, para determinar si sé esta frente a un caso de Violencia Intrafamiliar, por lo que para ese efecto girara oficios al Centro de Atención a Víctimas de Violencia Intrafamiliar (C.A.V.I), de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, quien mandará citar a las partes para la realización de dicho estudio.

g) Si el Juez una vez que ya escucho a ambas partes, como al menor, considerara que sus alegaciones no son suficientes para otorgarles la guarda y custodia de sus hijos, es decir, que el Juez ante la duda de quien de los padres es el más idóneo para el ejercicio de este derecho, *por considerar que al concederse a la ligera podría ocasionar grandes problemas a los menores, o que se estuviera ante un problema de Violencia Intrafamiliar, el Juez podrá conceder la guarda y custodia provisional a otras personas sólo mientras dura el juicio de divorcio, prefiriendo a los ascendientes en segundo grado, es decir a los abuelos, lo cual no implica la perdida de la patria potestad de los padres, sino que es sólo una limitación a su ejercicio.* por lo que sí el Juez considera pertinente esta medida, en el acto de la comparecencia a que nos referimos, los menores podrán ser enviados

provisionalmente a un albergue de asistencia pública o privada, como por ejemplo el albergue de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, siendo las trabajadoras sociales las personas encargadas para que lleven a los menores a alguna de estas instituciones, en relación con esta medida consideramos que sería aplicable mientras se les hace saber a los padres de ambos cónyuges dicha resolución, quienes también serán citados para que se acuerde si son los padres de la madre o los del padre quienes ejerzan este derecho.

h) En el caso de que en la mencionada comparecencia manifestaren las partes que no existen personas que puedan hacerse cargo de los menores durante la tramitación del divorcio, en este caso y una vez que el Juez se haya percatado de la existencia de posible actos de violencia Intrafamiliar, podrá confiar a los menores provisionalmente a una institución de asistencia pública o privada especializada sobre el cuidado de los menores, esta medida sólo podría justificarse en casos extremos en que no haya otra solución, para evitar un peligro físico o moral a los hijos o una grave perturbación en su desarrollo.

i) Otra medida que consideramos adecuada para la protección del menor durante la tramitación del divorcio de sus padres, es que el Juez al no estar seguro de otorgar la guarda y custodia provisional de menores a los padres, y no existiendo ascendientes en segundo grado o considerando que enviarlos a una institución de beneficencia pública o privada no es lo más adecuado para el desarrollo del menor, podrá designar un tutor durante el tiempo en que dura el divorcio y se resuelva en definitiva sobre la guarda y custodia del menor.

Esta medida tiene como fundamento que la figura de la tutela tiene como finalidad el cuidado preferente de la persona de los incapacitados, que en este caso es el menor de edad, y por otro lado su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores.

Por lo anteriormente expuesto, es que creemos necesario que el legislador tomando en cuenta el interés superior del menor, pueda crear en el Código de Procedimientos Civiles un capítulo en el cual se brinde la oportunidad a ambos padres de luchar por la guarda y custodia provisional de sus hijos, por lo que para ello el Juzgador deberá procurar siempre la igualdad entre las partes, por otro lado que se establezca que esta medida se resuelva lo más rápido posible, para prevenir que al menor se le causen daños irreparables durante el tiempo en que dure la tramitación del divorcio de sus padres, ya que el menor podría ser expuesto a ser receptor de Violencia Intrafamiliar, y siempre tomando en cuenta que la persona del menor es uno de los intereses más protegidos por nuestra sociedad como por el estado.

j) Por último en todo lo no previsto en el capítulo que se propone y en cuanto no se oponga a lo ordenado por el mismo, se aplicarán las reglas generales del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Esperamos que con este trabajo de tesis sea de gran utilidad para tomar un poco de conciencia, en el sentido de que los menores de edad necesitan mucho cuidado y protección para que puedan desarrollar adecuadamente a lo largo de su vida.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Que el menor por naturaleza necesita de la protección de nuestra Sociedad como del Derecho, por lo que sus intereses deben de estar por encima de cualquier otro que vaya en su perjuicio.

SEGUNDA.- La guarda y custodia de menores en forma provisional, no se debe de aplicar en forma absoluta y mecánica a todos los casos, ya que si bien es cierto el artículo 282 fracción VI al disponer que salvo peligro para el normal desarrollo de los menores de siete años, se le otorgará a la madre su guarda y custodia provisional durante la tramitación del divorcio, no se toma en cuenta la posibilidad de que al otorgarse a la madre esta medida, pudiera ocasionarle graves daños al menor que no lo hagan desarrollarse adecuadamente, por lo que aquellos casos que en la realidad acontecen escapan a lo dispuesto por éste artículo.

TERCERA.- Consideramos que no es nada justo para el padre, que al inicio del procedimiento se le otorgue a la madre la guarda y custodia de los menores de siete años a la madre, ya que se le esta privando de la convivencia constante con sus hijos, sin que previamente se le brinde la oportunidad de manifestar lo que a su derecho convenga en relación con esta medida o en su caso probar que la madre no es la más adecuada para el ejercicio de este derecho.

CUARTA.- En ningún momento negamos que por naturaleza la madre es quien proporciona los mayores cuidados y atención durante los primeros años, con eficacia, esmero y cuidado, que hacen que nos desarrollemos adecuadamente en los primeros años de nuestra vida, pero sin embargo, al no darse la oportunidad al padre de manifestar algo en relación con esta medida provisional, no se esta

aplicando debidamente el principio de igualdad entre las partes, ya que en este caso ambos cónyuges se encuentran en el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos.

QUINTA.- Que el Juez de lo Familiar al dictar esta medida provisional, lo hace sin contar con los suficientes elementos que lo hagan estar perfectamente seguro del otorgamiento de esta medida, al cónyuge que considere ser el más adecuado para el desempeño de este derecho.

SEXTA.- La medida provisional de la guarda y custodia de menores de siete años a favor de la madre, si bien es cierto se concede para proteger a los menores, el Juez de lo Familiar no cuenta con los suficientes motivos para concedérsela, porque en ningún momento ha escuchado lo que pudiera decir el padre en su defensa, como que la madre fuera alcohólica, drogadicta, prostituta etc.

SEPTIMA.- Que en nuestra Sociedad existen casos en donde la madre al estar en el ejercicio de la guarda y custodia provisional de sus hijos, ocasiona graves daños tanto físicos como emocionales al menor, estos casos escapan a ley, ya que el Juez al dictar esta medida lo hace sin que previamente se allegue de los elementos necesarios para considerar si es o no apta para su ejercicio.

OCTAVA.- Es necesario que se adicione al artículo 282 fracción VI, una disposición por medio de la cual se brinde a ambos cónyuges la oportunidad de demostrar quien de ellos es el más adecuado y en esa medida el Juez pueda contar con más elementos para decidir lo que mejor le convenga a los intereses del menor.

NOVENA.- Que se debe de resolver en una forma más rápida el otorgamiento de esta medida, aunque sea en forma provisional, para que en ningún momento se ponga en peligro la integridad física y mental de los menores al estar con el padre que pudiera infringirle algún maltrato durante la tramitación del divorcio, ya que en la Sentencia definitiva una vez que el Juez cuente con todos los elementos de prueba podrá en su caso confirmarla o revocarla, si considera que la madre o el padre son inadecuados para el ejercicio de este derecho.

BIBLIOGRAFIA.

BARBERO, Domenico. Sistema de Derecho Privado II, Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1967, 485 pp.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalía BUENROSTRO BAEZ. Derecho de Familia y Sucesiones, Harla, México, 1990, 493 pp.

BELLUSCIO, AUGUSTO Cesar. Derecho de Familia, Tomo I, Parte General, Matrimonio, Depalma, Buenos Aires, 1979, 629 pp.

BELLUSCIO, AUGUSTO Cesar. Derecho de Familia, Tomo II, Matrimonio, Nulidad e Inexistencia, Relaciones Jurídicas Personales entre Cónyuges, Depalma, Buenos Aires, 1979, 485 pp.

BELLUSCIO, AUGUSTO Cesar. Derecho de Familia, Tomo III, Matrimonio (Divorcio), Depalma, Buenos Aires, 1981, 826 pp.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales, Porrúa, México, 1986, 768 pp.

CASTAN VAZQUEZ, La Patria Potestad, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, 1015 pp.

CHAVEZ ASECIO, Manuel F. La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, 4ª ed., Porrúa, México, 1997, 547 pp.

CHAVEZ ASECIO, Manuel F. La Familia en el Derecho, Relaciones Juridicas Conyugales, Porrúa, México, 1990, 231 pp.

D ANTONIO, Daniel Hugo. Patria Potestad, Astrea, De Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1979, 208 pp.

DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Introducción, Personas, Familia. Volumen I, 29ª ed., Porrúa, México, 1995, 406 pp.

FASSI, SANTIAGO Carlos. Estudios de Derecho de Familia, Platense, Buenos Aires, 1962, 440 pp.

FLORES GOMEZ GONZALEZ. Fernando. Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil, 3ª ed., Porrúa, México, 1981, 386 pp.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia, 14ª ed., Porrúa, México, 1995, 790 pp.

IBARROLA, Antonio de. Derecho de Familia, 4ª ed., Porrúa, México, 1993, 608 pp.

LOPEZ DEL CARRIL, Julio J. Derecho de Familia, Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1984, 859 pp.

MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. El Matrimonio. Sacramento-Contrato-Institución. Mexicana, México 1965, 296 pp.

RAMIREZ VALENZUELA, Alejandro. Elementos de Derecho Civil, Limusá, México, 1988, 201 pp.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Persona Compendio de Derecho Civil I, Introducción y Familia, 26ª ed., Porrúa, México, 1995, 537 pp

SANCHEZ MEDAL, Ramón. Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México, 1ª ed., Porrúa, México, 1979, 142 pp.

STILERMAN, Martha N. Menores, Tenencia, Régimen de Visitas, 2ª ed., Universidad, Buenos Aires, 1992, 216 pp.

LEGISLACION.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código Civil para el Distrito Federal con Jurisprudencia.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Código Penal para el Distrito Federal.

Ley de los Derechos de los niños y niñas en el Distrito Federal.

FUENTES COMPLEMENTARIAS.

Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo I, II, III, 8ª ed, Porrúa y UNAM, México 1995.

DE CASSO Y ROMERO. Diccionario de Derecho Privado, Labor, México 1980.

Jurisprudencias.