

40721  
64



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA  
DE MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
"ARAGÓN"**

**LA NECESIDAD DE UN ESTUDIO PSICOLÓGICO  
Y SOCIOECONÓMICO EN EL DIVORCIO  
NECESARIO PARA DETERMINAR LA GUARDA  
Y CUSTODIA PROVISIONAL Y EN SU  
MOMENTO DEFINITIVA.**

**T E S I S**  
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE :  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
P R E S E N T A :  
**DANIEL BRISEÑO VALLE**

**ASESOR:  
LIC. ALEJANDRO ARTURO RANGEL CANSINO**

**MÉXICO**

**2003.**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**





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.

# PAGINACION

# DISCONTINUA

En el presente artículo se discute la posibilidad de que la paginación de un texto sea discontinua. Se argumenta que, si bien la paginación es un fenómeno que ocurre en el nivel de la escritura, no es un fenómeno que se produzca en el nivel de la lectura. Se sostiene que la paginación es un fenómeno que se produce en el nivel de la escritura, pero que no es un fenómeno que se produzca en el nivel de la lectura. Se argumenta que la paginación es un fenómeno que se produce en el nivel de la escritura, pero que no es un fenómeno que se produzca en el nivel de la lectura. Se sostiene que la paginación es un fenómeno que se produce en el nivel de la escritura, pero que no es un fenómeno que se produzca en el nivel de la lectura.

## **AGRADECIMIENTOS**

### **A DIOS**

Por haberme dado la vida, la oportunidad de culminar una carrera y el presente trabajo, y sobre todo por haber conocido toda la gente que me rodea.

### **A MIS PADRES**

**LUCINA VALLE RODRÍGUEZ Y LUIS BRISEÑO MUÑOZ.** con eterna gratitud, por que ha ellos les debo todo, por su gran apoyo y porque merecen todo en la vida.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

**A MI ESPOSA**

**GLORIA LÓPEZ MENDOZA.** por ser la persona que cambio mi vida, por su apoyo, amor y comprensión.

**A MIS HIJOS**

**VANESSA DANIELA Y JOAQUIN DANIEL,** por ser el mejor regalo de Dios, y mi motivo para trascender en la vida, con todo mi amor y mi cariño.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

**A MIS HERMANOS**

**JOSÉ LUIS, JAVIER, GALDINA, ISRAEL Y CESAR,** por su apoyo incondicional, comprensión y cariño  
**FELIPE,** por tu calidad humana y por tu empeño y entusiasmo por que logremos nuestros objetivos..

**A MIS SOBRINOS**

Por ser parte de mi familia.

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO**

Con respeto, por haberme abierto las puertas incondicionalmente, para poder forjarme como profesionista y darme un oficio.

**A LA ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES ARAGON**

Por haberme dado la oportunidad de estudiar en sus aulas y así conseguir un objetivo en mi vida.

**AL LIC. ARTURO RANGEL CANSINO**

Por su gran apoyo y motivación para culminar este trabajo y así lograr una meta más en mi vida.

**AL JURADO**

Por tenerme a bien en examinarme.

**AL LIC. ENRIQUE NAVA GARCIA**

Con mucho respeto, por su amistad, con gratitud por sus conocimientos compartidos, por todo lo que ha aportado a esta profesión, por su motivación y enseñanzas para ejercerla y sobre todo como un reconocimiento a su calidad humana.

**AL DESPACHO "MANUEL MATEOS"**

Por darme la oportunidad de iniciar la práctica de la profesión y por ser un semillero de litigantes.

**A MIS AMIGOS**

Por haberlos conocido y por su amistad.

**A MIS COMPAÑEROS DEL DESPACHO**

Por brindarme su amistad, comprensión y valioso apoyo.

**LA NECESIDAD DE UN ESTUDIO PSICOLÓGICO Y SOCIOECONÓMICO EN EL DIVORCIO NECESARIO PARA DETERMINAR LA GUARDA Y CUSTODIA PROVISIONAL Y EN SU MOMENTO DEFINITIVA.**

**I N D I C E**

**INTRODUCCIÓN**

**CAPITULO 1  
DEL MATRIMONIO Y LA FAMILIA**

1.1	Definición de Matrimonio.....	1
1.2	Evolución Histórica del Matrimonio.....	3
1.3	Naturaleza Jurídica del Matrimonio.....	8
1.4	Efectos del Matrimonio en relación a los menores.....	11
1.5	Obligaciones y Derechos de los cónyuges hacia los menores.....	12
1.6	Antecedentes Históricos de la Familia.....	13
1.7	Concepto de la Familia.....	17
1.8	La Familia y el Derecho.....	19

**CAPITULO 2  
DEL DIVORCIO**

2.1	Antecedentes.....	21
2.2	Concepto de Divorcio.....	27

2.3	Diferentes Formas de Divorcio.....	28
2.3.1	Divorcio Necesario.....	29
2.3.2	Divorcio Voluntario.....	32
2.3.3	Divorcio Administrativo.....	35
2.4	El Divorcio Necesario.....	37
2.4.1	Causales de Divorcio Necesario.....	38
2.4.2	El Juicio Ordinario Civil.....	41

**CAPITULO 3  
DE LA GUARDA Y CUSTODIA**

3.1	La Patria Potestad.....	45
3.1.1	Personas que pueden ejercer la Patria Potestad.....	46
3.2	Concepto de Guarda y Custodia.....	49
3.3	Evolución Histórica de la Guarda y Custodia.....	54
3.3.1	Casos de Guarda y Custodia conforme al Código Civil.....	80
3.4	Derechos y Obligaciones que impone la Guarda y Custodia.....	84
3.5	La minoría de edad.....	85

**CAPITULO 4  
PROBLEMÁTICA DE LA GUARDA Y CUSTODIA EN EL DIVORCIO NECESARIO**

4.1	Medidas Provisionales. Su fundamento.....	86
4.2	Situación Jurídica de los menores durante el juicio de Divorcio Necesario.....	90

4.3	Derechos de los menores.....	92
4.4	Criterios de Aplicación.....	97
4.5	Problemas actuales en relación a la Guarda y Custodia.....	100
4.6	Propuestas.....	103
<b>CONCLUSIONES.....</b>		<b>106</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>		<b>112</b>

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

## INTRODUCCION

Sin duda alguna, la ley en materia familiar va encaminada a proteger a los menores, a cuidar el bienestar de los mismos; concretamente en los juicios de Guarda y Custodia y del Divorcio Necesario, es cuando la ley y sobre todo, las mismas autoridades encargadas de aplicarla, tienen la obligación de cuidar el bienestar de los menores. Esto a través de la incapacidad jurídica de los mismos para hacer valer sus derechos, siendo importante resaltar que en el caso de un juicio de Divorcio Necesario, los menores aun no iniciado el procedimiento, en la gran mayoría de los casos, han sido dañados psicológicamente, moralmente y en algunas ocasiones físicamente, producto de la separación de los cónyuges y de los problemas conyugales entre los mismos.

Al inicio del juicio el juzgador tiene la encomienda de salvaguardar el bienestar y los derechos de los menores, dictando las medidas provisionales convenientes, a fin de definir su situación jurídica durante el procedimiento, y no se les siga dañando, una de las decisiones más importantes por parte del juzgador es el decretar la Guarda y Custodia provisional de los menores a favor de alguno de los cónyuges, ya que de esto depende que al menor se le cause más daño o el bienestar del mismo, lo que desde el punto de vista personal es lo más importante en este tipo de juicios, ya que los menos culpables de la disolución del vínculo matrimonial son los menores, aunado esto a que por la falta de capacidad jurídica se ven imposibilitados hacer valer sus derechos, a este respecto la ley establece como medida provisional, en su artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, que los menores de doce años permanezcan al cuidado de la madre, salvo peligro que exista para su normal desarrollo, siendo insuficiente dicho precepto para buscar el bienestar de los menores, por lo que es necesario que el juez se allegue de otros elementos esto en virtud de que en la mayoría de las situaciones ambos cónyuges solicitan que se les decrete la Guarda y Custodia, en muchas ocasiones, sin importarles el bienestar de los menores, si no únicamente por el daño que le pudieran causar a su cónyuge a través de los resentimientos u otros problemas generados por la relación conyugal.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Por esto resulta importante que el juzgador antes de decretar la Guarda y Custodia provisional se auxilie de estudios psicológicos de los cónyuges y del menor así como de un estudio socioeconómicos de los cónyuges, esto para tener mayores elementos y así salvaguardar el bienestar del menor, el estudio psicológico le permitiría conocer realmente cual ha sido el daño que se le ha causado por parte de los cónyuges, como consecuencia de los problemas conyugales así como del tipo de causal de divorcio y cual de ellos sería el más apto para tener la Guarda y Custodia provisional durante el procedimiento y en su oportunidad definitiva. En el caso del estudio socioeconómico de los cónyuges permitiría conocer en que condiciones viven cada uno de los cónyuges y se determinaría cuales son las condiciones más adecuadas para que habite el menor, de esta forma el juez podrá tener elementos reales para poder decretar la Guarda y Custodia provisional para que a los menores no se les siga causando un daño, ya que como lo he mencionado se requiere que el juez tenga mayores elementos para determinar la Guarda y Custodia provisional de los menores y así poder conocer con certeza las condiciones más apropiadas para su sano desarrollo y garantizar el bienestar de los mismos, pudiendo el juzgador apoyarse para la realización de dichos estudios en instituciones como la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y la Secretaría de Salud para el caso del estudio psicológico así como en la comisión técnica del Tribunal Superior de Justicia o el D.I.F. para el caso del estudio socioeconómico.

El presente trabajo de investigación documental obedece a esta preocupación que nace del ejercicio de la actividad profesional de la que me he percatado del grave daño que pueden recibir los menores en el momento en que se decreta la guarda y custodia provisional y en su momento definitiva, debido a la carencia de conocimientos técnicos y científicos por parte del juzgador para determinar adecuadamente esta cuestión.

La presente investigación consta de cuatro capítulos cuyo contenido es el siguiente:

En el capítulo primero abordo los aspectos básicos sobre el matrimonio y la familia, desde su historia hasta el derecho vigente mexicano.

En el capítulo segundo me refiero al divorcio, y sus aspectos generales, como lo es las formas de disolución del vínculo matrimonial.

En el capítulo tercero se refiere a la Guarda y Custodia, en el cual hablo de la figura jurídica de la Patria Potestad, derecho fundamental derivado de la filiación, así como de la evolución histórica y la situación actual en nuestro derecho de la Guarda y Custodia sobre los menores.

En el capítulo cuarto explico la problemática existente en el Distrito Federal sobre la designación Judicial de la Guarda y Custodia, en los juicios de Divorcios Necesarios, en forma provisional y definitiva, proponiendo la realización de estudios de orden psicológico y socioeconómico para que el juzgador cuente con elementos científicos de peso, que le permitan resolver esta cuestión de manera justa, adecuada y siempre a favor de la integridad física y mental de los menores, y así cuidar el interés superior de los mismos, lo que constituye parte esencial de la propuesta en este trabajo.

## **CAPITULO 1. DEL MATRIMONIO Y LA FAMILIA**

### **1.1. DEFINICIÓN DE MATRIMONIO.**

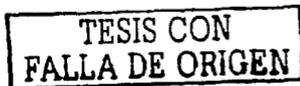
Dentro de la definición de matrimonio no existe un criterio unificado, ya que existe un sin número de las mismas, ya sea desde el punto de vista doctrinario o legislativo, que son diferentes criterios sin duda alguna.

Para abordar el tema de estudio iniciaremos con una definición desde el punto de vista etimológico: en la mayoría de las lenguas latinas la palabra matrimonio deriva de unión de matriz (madre) y morium (carga o gravamen); su significación etimológica da la idea que las cargas más pesadas que derivan de la unión recaen sobre la madre: la misma palabra sirve para significar el casamiento y el estado matrimonial, sin embargo consideramos más acertada la siguiente explicación: "El derecho romano no ve la relación matrimonial como perfectamente simétrica, si no como distinta según se considere desde el punto de vista de la mujer del marido.-Nuptiae- (siempre en plural) se refiere a la situación de la mujer que nubet ( se casa ) o es nupta ( casada ) :no son nuptiae las casada, pues sólo de la mujer se dice que es nubilis ( casadera), ceremonias iniciales del matrimonio, sino la posesión de la mujer casada, en su duración temporal. Matrimonium, en cambio, es el del marido, que adquiere como mujer una mater para su casa ( ducit uxorem = se lleva una mujer legítima ) ; de todos modos, el lenguaje acaba por confundir un poco estas diferencias. El matrimonium, como institución, se ve, pues desde el punto de vista del varón."<sup>1</sup>

Cabe resaltar que para algunos tratadistas mexicanos, el matrimonio es indiscutiblemente un acto jurídico, como lo observaremos en las siguientes definiciones.

---

<sup>1</sup> D'ORS, Alvaro. Derecho Privado Romano. Editorial Universidad de Navarra, S.A. 5ª edición, Pamplona 1983, p. 290.



Para la tratadista Sara Montero Duhalt: "El matrimonio es la forma legal de la 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."<sup>2</sup>

El maestro Manuel Chávez Asensio señala: " El matrimonio como acto constitutivo, es un acto jurídico conyugal, el que se traduce en el matrimonio, estado como comunidad íntima y permanente de vida, de un hombre y una mujer, en orden al amor conyugal, la promoción humana de ambos y la procreación responsable."<sup>3</sup>

Es importante mencionar algunas ideas del matrimonio de autores extranjeros, traducidos en los siguientes conceptos.

"Es la unión indisoluble y legítima del hombre y la mujer con el fin de procrear, educar y alimentar a los hijos y auxiliarse los esposos en la vida".<sup>4</sup>

"Matrimonio es el contrato solemne regulado exclusivamente por las leyes civiles, por lo cual se unen permanentemente el varón y la mujer para el mutuo auxilio, la procreación y la educación de los hijos."<sup>5</sup>

Tomando en consideración algunos elementos de las definiciones citadas anteriormente, definiremos al matrimonio como un contrato solemne de derecho de familia y de interés público en virtud del cual un varón y una mujer se unen válidamente para el mutuo auxilio, la procreación y educación de los hijos de acuerdo con las leyes, haciendo surgir entre los que lo contraen el estado civil de casados con todos los derechos y obligaciones.

<sup>2</sup> MONTERO DUAHAL, Sara. Derecho de Familia, Editorial Porrúa, S. A. México 1987, p. 97.

<sup>3</sup> CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas. Editorial Porrúa, 2ª edición, México, 1990, p. 47.

<sup>4</sup> IDEM.

<sup>5</sup> DE DIEGO, citado por CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Común Civil y Foral, Editorial Reus, S.A., vol. 1 Madrid, 1914, p. 68.

Estos deberes y obligaciones exigen que la colaboración conyugal sea permanente y prolongada o mientras subsista el lazo conyugal y esto con el propósito de lograr los fines del matrimonio, que es la ayuda mutua y la perpetuación de la especie.

Desde el punto de vista legislativo haremos referencia a las definiciones que aparecen en el Código Civil para el Distrito Federal así como en el Código Civil del Estado de México.

La primera de ellas, esto es en el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 146 define el matrimonio como "Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada".

El Código Civil del Estado de México, en su artículo 4.1, define al matrimonio de la siguiente manera: "El matrimonio es una Institución de carácter público e interés social, por medio de la cual un hombre y una mujer voluntariamente deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia".

## **1.2. EVOLUCION HISTORICA DEL MATRIMONIO.**

El origen a las primeras uniones entre los seres humanos, como lo es el matrimonio, surge a través de los instintos primarios para satisfacer sus necesidades primordiales así como para sobrevivir, entre otros fines para la búsqueda de alimentos y el instinto reproductor con el fin de darle continuidad a la especie, lo cual continuando con el proceso evolutivo llega a constituirse en el matrimonio.

Resulta difícil precisar en qué preciso momento apareció la pareja como cede familiar lo que sí podemos establecer que la pareja humana en el transcurso del

tiempo se establece como una forma y organización social, este producto del desarrollo del hombre.

Dentro de la evolución histórica del matrimonio se encuentran las etapas siguientes:

*La Promiscuidad Primitiva*, etapa predominante en las comunidades primarias, en las cuales, debido a las condiciones en que se daba esta relación era imposible determinar la paternidad, motivo por el cual, la organización Social de la familia giraba en torno a la madre, dando origen así al matriarcado.

*El Matrimonio por Grupos*, este consistía en la unión sexual por grupos, dándole diversas denominaciones a la familia, en razón de las limitaciones que podía cada tribu. Un dato importante que de alguna, manera nos muestra la fase evolutiva del matrimonio es el hecho de que el grupo interrelacionado sexualmente se componía por miembros de una misma generación, prohibiéndose la unión de ascendientes con descendientes, una de las características importantes era la limitación de cohabitar entre hermanos y hermanas, y posteriormente entre medios hermanos y primos.

*El Matrimonio por Rapto*, fue una de las formas más continuas de la realización del matrimonio, debido a factores como lo son: la escasez de mujeres de un pueblo o tribu, la prohibición de matrimonios entre los mismos integrantes de una organización social, este tipo de matrimonio consistía en el hecho de que el raptor se casaba únicamente con la raptada y la consideraba como un objeto de su propiedad, en virtud de que era el botín de guerra exigiéndole obediencia plena y fidelidad, en caso de faltar a estas exigencias se le castigaba totalmente.

Es importante resaltar que respecto a los hijos, éstos tienen una paternidad cierta, consecuencia de la exclusividad de la mujer raptada, adquiriendo derechos hereditarios, y surgiendo el parentesco en la línea paterna.

*El Matrimonio por compra*, en este tipo de matrimonio, a la mujer se le considera como un objeto material, y por consiguiente entran al comercio, considerándose al hombre como alguien productivo y a la mujer improductiva, se le vendía con la intención de que de alguna manera se hiciera cargo de todos los gastos que el padre había erogado o invertido en la crianza y manutención de la misma por lo que el padre se consideraba como su dueño y al venderse al hombre era su nuevo dueño y podía ejercer actitudes autoritarias y de dominio.

Se consolido este tipo de matrimonio de civilizaciones como Grecia y Roma, así mismo surgieron algunas modalidades como son: por Servicio y por Intercambio el primero de ellos fue el más predominante y consistía en que el novio, en lugar de pagar dinero en especie, se obligaba a pagar con servicios al padre o a la misma familia de la novia, por consiguiente esta modalidad "se consolida ya definitivamente en la monogamia, adquiriendo el marido un derecho de propiedad sobre la mujer, quien se encuentra totalmente sometida a su poder. Toda la familia se organiza jurídicamente reconociendo la Potestad del esposo y padre a la vez, para reglamentar la filiación en función de la paternidad, pues está es conocida".<sup>5</sup>

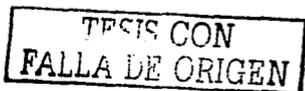
La otra modalidad del Matrimonio por compra consistente en el por intercambio, consistía en el que la mujer no se compraba si no que se permutaba con ellas.

En este tipo de matrimonios en general se denota la característica de existir una actitud denigrante y violenta en contra de la mujer.

El Matrimonio Consensual, en este tipo de matrimonio es fundamental manifestar libremente la voluntad de las partes para que se pueda llevar a cabo, consistiendo en la unión de una sola mujer con un solo hombre, en el cual podemos apreciar el avance evolutivo respecto a las etapas que lo antecedieron, el matrimonio en

---

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo I, 18ª edición, Editorial Porrúa, Mexico 1982, p 277



cuestión lo encontramos principalmente en el Derecho Romano, el cual fue llamado "matrimonio por usus", es decir, por el hecho de vivir como casados sin ninguna ceremonia particular que le diera realce, y se disolvía con la misma facilidad con que se había iniciado cuando, antes de transcurrir un año de vida común, la mujer se ausentaba del hogar por tres noches seguidas más que disolver el matrimonio como comunidad de vida, la ausencia trinitica de la mujer lo hacía era impedir que ella cayera bajo la manus (potestad) de su marido. Es decir, ambos permanecían libres uno respecto del otro y podían separarse por la voluntad unilateral o mutua".<sup>7</sup>

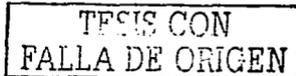
**EL MATRIMONIO EN MÉXICO.** Se divide en tres periodos siendo estos el prehispánico, el colonial y el independiente.

Prehispánico, en éste periodo el matrimonio se planeaba entre los parientes de los futuros esposos, sin tomar en consideración la opinión de los mismos, la ceremonia se realizaba bajo las solemnidades que en esa época se acostumbraban, considerándose como un culto. Los arreglos de la celebración eran llevados a cabo por los ancianos, quienes previamente se encargaban de esa encomienda, el día de la ceremonia se invitaban a los amigos de los novios, maestros y personas importantes quienes llevaban adornos y arreglos para los novios.

La Familia prehispánica se basa en su organización en el régimen patriarcal. No obstante, de que se practicara la poligamia, solo una mujer se consideraba como legítima, así como los hijos de la misma, quienes adquirirían el derecho a heredar.

En la época Colonial, la institucionalidad del matrimonio es de gran trascendencia, esto se debe a la integración de sistemas socio políticos, impuestos por los Españoles, haciendo notar que los mismos celebraban el matrimonio de acuerdo al sacramento es decir a las leyes eclesiásticas, regulándose por la influencia de la legislación española.

<sup>7</sup> SANCHEZ VALVERDE, Julio. La Sagrada Institución del Matrimonio a través de la Historia, 5ª edición, Editorial Ediciones Mexicanas, México 1982, p 45.



En esta época se consideraba el matrimonio como el acto mas noble importante definiéndolo como: ayuntamiento o enlace de hombre y mujer, una de las leyes importantes fue la de "Las Leyes de Toro ", las cuáles regulaban la filiación legitima e ilegítima, ya que en relación al matrimonio los temas de mayor interés eran acerca de la patria potestad, del poder que ejercen los padres sobre los hijos así como establecer la legitimidad de los hijos procreados dentro del matrimonio.

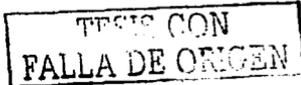
Se consideraba al matrimonio como un sacramento y por sus efectos como un acto ceremonial.

México Independiente, en esta época surgen reformas en la sociedad novohispana, las primeras Leyes nacieron el día 23 de julio de 1859, las cuales regulaban la institución del matrimonio en México, considerándolo como un sacramento. A partir de entonces el estado Republicano reglamenta al matrimonio como base y apoyo de la formación social, ya que le otorgo el carácter de civil en atención al interés público, esto para fortalecer la separación de la Iglesia del Estado.

El primer Código de materia Familiar que se avocó a regular el matrimonio fue el del Estado de Veracruz, esto en el año de 1859, esto a partir de las Leyes de Reforma las cuáles fueron expedidas por Juárez, en donde el matrimonio deja de ser un acto religioso para convertirse en un contrato sujeto a una autoridad Civil, siendo considerado esto de naturaleza meramente Civil. Siguiendo el Código Civil para el Distrito Federal, creado el 13 de diciembre de 1870, fue inspirado en el de Napoleón posteriormente se sustituyo por el del año de 1884.

Podemos aseverar que el matrimonio es un acto jurídico en virtud de que adquiere un rango de solemnidad y legalidad dentro de la sociedad ya que a partir de esta etapa histórica este se le considera como el acuerdo de voluntades, sujeto al Estado de derecho.

Ley de Relaciones Familiares, fue expedida el 9 de abril de 1917, en la cual disponia que sería aplicable a todos los matrimonios existentes en esa fecha, así como a



los celebrados con anterioridad y que no eran renunciables, adoptándose único régimen el de separación de bienes.

### 1.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO.

Al matrimonio se le han atribuido diferentes naturalezas jurídicas como son las siguientes:

- Como un Acto Jurídico.
- Como un Contrato.
- Como un Estado Civil.
- Como una Institución.
- Como un Acto de Poder Estatal.

A continuación explicaremos cada una de ellas.

**El Matrimonio como Acto Jurídico.** Se le considera como acto Jurídico porque surge de la manifestación de los contrayentes, acorde con las normas que lo regulan, y una vez que se realiza produce consecuencias jurídicas ya establecidas por la Ley. Sin embargo debido a la gran clasificación, sobre los actos jurídicos, surge la controversia de determinar que clase de acto jurídicos es el matrimonio.

Siendo menester señalar que los actos jurídicos privados se realizan exclusivamente entre particulares y los actos jurídicos públicos son llevados a cabo con la intervención del órgano del Estado, existiendo los actos jurídicos mixtos que se realizan con la intervención de órganos del Estado

**El Matrimonio como un Contrato.** Se le ha invertido diversas opiniones al respecto, en el sentido de que la naturaleza jurídica del Matrimonio más que un contrato es un convenio, ya que los mismos se clasifican en convenios en estricto sentido y en contratos. Los primeros tienen por objeto, modificar o extinguir derechos y obligaciones y los segundos crear o transmitir consecuencias jurídicas. Por lo que podemos afirmar que



el matrimonio viene hacer un contrato, esto debido al acuerdo de voluntades de los contrayentes y su exteriorización, que producirá derechos y obligaciones. Inclusive nuestra Constitución en su artículo 130 reformado actualmente hacia la afirmación de que "El matrimonio es un contrato civil...".

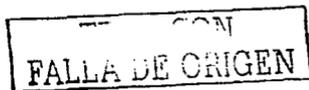
Para algunos autores el matrimonio consiste en un contrato de adhesión toda vez que los cónyuges, no tienen la libertad de poder estipular derechos y obligaciones de uno y otro, distintos a los preestablecidos por la Ley, por lo que debido a esto se le considera como un contrato de adhesión, en donde el Estado impone el régimen legal y los contrayentes adhieren su voluntad al mismo.

Juan Jacobo Rousseau, en su obra el Contrato Social, dice , "El Matrimonio es el más excelente de todos los Contratos. Aun considerándolo únicamente en el orden civil es el más excelente, porque la Sociedad Civil esta más interesada en él. Es el mas antiguo porque fue el primer contrato que celebraron los hombres. Inmediatamente que Dios hubo formado a Eva de una de las costillas de Adán y que hubo presentado a este, nuestros dos primeros padres celebraron un contrato de Matrimonio, Adán tomo a Eva por esposa ...Eva tomo recíprocamente a Adán por su esposo".<sup>8</sup>

Difiriendo de que el matrimonio sea un contrato de adhesión, esto en virtud de que el autor cita el pasaje bíblico de Adán y Eva para clasificarlo como el contrato más antiguo, por lo que en aquel tiempo no existía el derecho, siendo imposible que fuera un contrato y mucho menos de adhesión.

Existen algunas corrientes que le niegan al matrimonio la naturaleza jurídica de un contrato, argumentando que el matrimonio no encuadra en esta figura, esto debido a que los contratos se refieren fundamentalmente al aspecto patrimonial de las relaciones jurídicas, y el matrimonio comprende únicamente relaciones personales de carácter moral y no patrimonial.

<sup>8</sup> ROUSSEAU, Juan Jacobo. El Contrato Social. Coleccion Sepan Cuantos, Editorial Porrúa, México 1982, p 56



**El Matrimonio como un estado Civil.** Es todos sabido que a través de contraer matrimonio se adquiere el estado civil de casados, dejando atrás el de solteros. Esa figura, establece entre los contrayentes una comunidad debida total y permanente, esta característica de permanencia, es la que configura la categoría de estado civil, lo que se llama estado de las personas., siendo una situación de carácter permanente en la que se encuentra un sujeto en relación con la nación, con los miembros de su familia o con la sociedad misma. El estado Civil de casados, es la situación de los consorte frente a la familia y a la sociedad, este estado civil solo puede cambiarse mediante las formas de extinción del vinculo matrimonial como lo son: la muerte, la nulidad o el divorcio. Mientras no sé de cualquiera de los supuestos mencionados no se extingue el estado de casado.

**El Matrimonio como una Institución.** Se le considera como una Institución, entendiéndose por esta como un conjunto normativo de carácter imperativo que regula todo un todo orgánico y persigue una finalidad de interés público cosa que aplicada al matrimonio, es aceptable debido a que la figura en cuestión, esta debida mente regulado por un todo orgánico en la parte correspondiente del Código Civil para el Distrito Federal y en lo relativo a las actas del registro civil, en lo referente al matrimonio en el titulo quinto y por lo que concierne a las actas en el Titulo Cuarto, Capitulo VII.

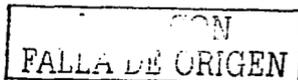
El Matrimonio, por lo tanto, constituye una Institución por que los preceptos que regulan el acto de su celebración al establecer elementos esenciales y de valides los que fijan los derechos y obligaciones de los cónyuges.

El maestro Rojina Villegas sostiene que "significa el conjunto de normas que rigen el matrimonio. Una Institución juridica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y que persiguen una misma finalidad".<sup>9</sup>

**El Matrimonio como un acto de Poder Estatal.** Esta tesis sostiene que el matrimonio es un acto del poder estatal por que sus efectos se dan en razón del pronunciamiento de una autoridad, en este caso el C. Juez del registro Civil, por lo que el

---

ROJINA VILLEGAS Rafael. Op. Cit. p. 281.



Estado declara unidos a los consortes a nombre de la Ley, siendo este pronunciamiento el que constituye el matrimonio.

Así mismo, el tratadista español José Castán Tobeñas, sostiene que "El matrimonio es un acto del Estado, suponiendo con miras sobre todo a la legislación italiana, que es el Estado quien constituye el matrimonio a través de la declaración del Oficial del Registro Civil. El consentimiento de los esposos es solo un presupuesto de aquel acto del Estado. El matrimonio no es un contrato, ni un negocio bilateral, si no un acto unilateral del Estado, que solo presupone la declaración de la voluntad de los esposos sin las cuales el acto no podría surgir."<sup>10</sup>

Así podemos manifestar que para la existencia del matrimonio se requiere de la presencia al C. Juez del registro Civil quien hace la declaración legal, reconociendo dicha unión a nombre del Estado.

#### **1.4. EFECTOS DEL MATRIMONIO EN RELACIÓN A LOS MENORES.**

Uno de los efectos más importantes del matrimonio en relación a los hijos, es la filiación, definida en el diccionario de Derecho del maestro Rafael de Pina como: "Relación de parentesco existente entre la prole y sus progenitores".<sup>11</sup>

Toda vez que, el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 324 manifiesta lo siguiente:

Se presumen hijos de los cónyuges salvo a prueba en contrario:

- I. Los hijos nacidos dentro del matrimonio;
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días a la disolución del matrimonio;

<sup>10</sup> CASTAN TOBEÑAS, Jose. Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo V. Editorial Reus, España 1976. p 106

<sup>11</sup> PINA, Rafael de y Rafael de PINA VARA. Diccionario de Derecho Editorial Porrúa S.A. 6ª México 1979, p. 264.



Si un menor fue procreado dentro de los supuestos anteriores puede ser registrado civilmente por la madre, acudiendo al Registro Civil presentando el acta de matrimonio, y el Juez del Registro Civil, asentará en el acta de nacimiento del menor como padre al cónyuge y por consiguiente el apellido paterno de éste, al menor, sin necesidad de requerir la presencia del mismo, fundándose para ello en lo previsto por el artículo 63 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice:

"Artículo 63. Se presume, salvo prueba en contrario, que un hijo nacido en matrimonio es hijo de los cónyuges".

Otro de los efectos del matrimonio en relación a los menores, surge en caso de disolución del mismo, ya sea en el caso de divorcio voluntario o necesario, los cónyuges para poder consumir el divorcio tendrán que definir la situación jurídica de los menores procreados por el matrimonio, consistente en el caso del divorcio voluntario el artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal dispone como requisito para que proceda dicho divorcio, acompañar a la solicitud un convenio en el cual se designe que persona tendrá la Guarda y Custodia, de los menores, la forma de atender los alimentos de los mismos.

En el caso de la disolución del matrimonio en el divorcio necesario la Ley establece en su artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal el Juez dictará medidas provisionales, algunas de las cuales entran en nuestro tema de estudio son: La Guarda y Custodia de los menores, los alimentos de los mismos, así como las visitas y convivencias entre los hijos y los padres.

## **1.5. OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LOS CÓNYUGES HACIA LOS MENORES.**

Una de las obligaciones que tienen los cónyuges hacia los hijos es el dar alimentos, los cuales comprenden comida, vestido, habitación, atención médica así como

gastos para su educación, dicha obligación esta establecida por el artículo 303 del Código Civil para el Distrito Federal que a su letra dice "Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos." Así como, asegurar el cumplimiento de dicha obligación en caso de disolución del vinculo matrimonial

Otra de las obligaciones es el cuidado hacia los menores, con la finalidad de lograr un sano desarrollo, a fin de que se cumpla dicha obligación el Código Civil para el Distrito Federal, en el capítulo III del título Sexto, se lo dedica a la Violencia Familiar, en caminado a evitar el maltrato hacia los miembros de la familia, incluidos los menores.

En cuanto a los derechos que tienen los cónyuges hacia los menores, consiste en que en el supuesto de separación o de divorcio, podrá vigilar el bienestar así como visitar y convivir con el menor, por medio de un régimen de visitas que establezcan los cónyuges mediante un convenio y sea aprobado el mismo por el Juez de lo Familiar esto a través de ejercer la Patria Potestad, y este derecho se pierde, cuando por orden judicial se ordena la pérdida de la misma, generalmente cuando esto sucede se pierden todos los derechos. Está derecho lo contempla el segundo párrafo del artículo 416 del Código Civil para el Distrito Federal, que dispone: "...y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución Judicial".

Otro de los derechos del padre hacia el menor, consiste en ser respetado en su persona.

## **1.6. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA FAMILIA.**

Los conceptos más antiguos acerca de la esencia de la institución familiar y sus cambios a través del tiempo, se encuentran en los cinco libros de Moisés en los que se manejaba la creencia en que el régimen patriarcal fue el origen de la familia. Esta concepción la adoptaron algunos de los pensadores más destacados en diferentes

épocas: en Grecia fueron Platón y Aristóteles, en Roma Tacio, en los tiempos modernos, Juan Bautista Vico. Aristóteles demostró que la esencia familiar es la unión de lo masculino y lo femenino, donde nace un impulso natural con el fin de la procreación.

Juan Jacobo Bachofen, escribió su historia respecto de la familia, afirmando que primitivamente debió haber existido en la humanidad una etapa de promiscuidad sexual y que la familia evoluciona del matriarcado al patriarcado.

El etnológico Luis Enrique Morgan, sistematiza la teoría matriarcal y afirma que en su evolución, la familia a pasado por cuatro etapas: "1) La familia consanguínea; 2) La familia punalúa; 3) La familia sindiásmica y 4) La familia monogámica".

Por lo que históricamente entendemos que los primeros nexos que se establecen entre los hombres primitivos son de tipo biológico o familiares, por lo tanto, la familia es la primera organización primitiva que se conoce. Según los estudios de Morgan y Engels."<sup>12</sup>

Las primera organizaciones familiares fueron las siguientes:

*La Familia Consanguínea.*- En la cual el matrimonio se daba por grupo generacional y el vínculo hermano -hermana presuponía que el matrimonio. Existía la poligamia como un derecho del hombre para tener relaciones sexuales con cualquier mujer y la poliandria como derecho de la mujer de tener relaciones sexuales con cualquier hombre. Está familia existió en el esclavismo y la barbarie.

*La Familia Punalúa.*-El matrimonio se sigue dando por grupos y se excluye a los hermanos del intercambio sexual y recíprocos. Los hijos de una madre no tienen relaciones entre sí; todos los hombres y las mujeres consideran a todos los hijos como suyos, se conserva la poligamia y la poliandria y el parentesco se da por línea materna. Las razones que motivaron la poliandria son diversas sin existir acuerdo sobre cuales serían las determinantes. Se atribuyen a causas de carácter económico derivadas a la

---

<sup>12</sup> VID ENGELS, Federico. El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado, en Marx y Engels, Obras Escogidas, Moscú, Editorial Progreso, p. 482-628.

escasez de satisfactores que hacían urgente la disminución o no crecimiento de la población. en estas condiciones se sacrificaban a las mujeres mediante el infanticidio de la niñas, de tal manera que la edad adulta existían mas hombres que mujeres esto aunado a la necesidad de mayor fuerza de trabajo dentro de núcleo familiar, permitió la admisión de dos o mas hombres compartiendo una sola mujer.

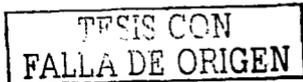
La poliandria es un tipo de familia que implica o lleva al matriarcado, la mujer ejerce a autoridad y fija los derechos y obligaciones de los distintos miembros.

*La Familia Sindiasmica.*- Aquí la unión conyugal se realiza por pareja y no por grupos como en la consanguínea y punalúa. Permanece la poligamia y desaparece la poliandria.

*La Familia Monogámica.*- Esta organización perdura en la actualidad y consiste en la unión conyugal de una pareja con predominio absoluto del varón y el parentesco determinado por línea paterna, aunque sigue existiendo la poligamia. Sin embargo la unión debe consistir exclusivamente entre un solo hombre y una sola mujer. La monogamia parece ser la forma más usual y extendida creación de la familia entre la mayor parte de los pueblos. Esta ha demostrado un gran arraigo como la forma que conlleva la igualdad de derechos entre la pareja; en la mayor parte de los países del mundo contemporáneo registran a la monogamia como la única forma legal y moral de constitución de la familia, de manera tal, que el matrimonio que contraiga un sujeto sin haber extinguido un matrimonio anterior, es nulo absoluto, constituye conducta ilícita, y puede ser incluso sancionado penalmente.

Los nexos de las familias primitivas ampliaron las relaciones sociales entre ellas, llegando a formar el clan, que es una organización social primitiva que agrupaba a un conjunto de familias. Por lo que surgieron diversas organizaciones sociales en las cuales normalmente se agrupaban las familias como son:

La Gens, que fue una organización social primitiva que rebasa el ámbito de las relaciones familiares he inclusive algunos aspectos social y religioso. Estos



aspectos son los que distinguen a un gens de otra dentro de la misma tribu, aunque siguen existiendo relaciones consanguíneas o familiares.

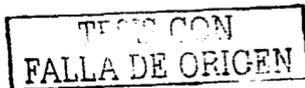
La Patria, es un conjunto de Gens de la misma tribu que tienen rasgos comunes y en la cual las relaciones sociales y políticas se van incrementando y los nexos familiares ya no cuentan.

La Tribu, surge cuando se amplían las relaciones de las Patrias. Siendo un conjunto de Patrias donde se acentúan a un mas las relaciones sociales y sobre todo políticas.

Se siguen desarrollando las organizaciones sociales hasta formar la Confederación de Tribus, que es una organización social formada por la unión de varias Tribus que tienen rasgos comunes y que habitan en un territorio que comparten sus miembros.

En el México Independiente. La Familia va adquiriendo mas fuerza, en virtud de ser la institución que representa, el núcleo de la sociedad, tanto el hombre como la mujer que van a formar una pareja, el padre les manifiesta como deben de obrar y cuales son sus actividades, así como cual deberá ser su moral sexual, posteriormente se estableció un nuevo genero de familia, la consensual establecida por el español con la India, posteriormente constituyeron la base de la colonia.

El matrimonio, en esta etapa histórica, se considera como el complemento, la consumación y principalmente el motivo para formar a la familia, la cual se adaptará al medio de vida que heredaron sus padres, la Poligamia y la Bigamia quedan prohibidas, ya que el matrimonio solo podrá celebrarse entre un hombre y una mujer, los sacerdotes desempeñan una función muy importante, ya que era los que daban parte a las Sociedades Civiles de los matrimonios que se realizaban. A fines de 1865 Maximiliano proveyó lo relativo para promulgar la Ley del Registro Civil en el imperio, que era la Institución que reglamenta todo con lo que se relaciona con las situaciones familiares.



En el México actual. La familia nos da una nueva imagen de la mujer, quien participa con igualdad y libertad, prevaleciendo el dialogo y las decisiones son compartidas, los hijos se educan en las escuelas y la familia debe aportar lo necesario para su integración a la Sociedad. La adolescencia tiene gran influencia sobre la familia, ya que al paso del tiempo adquiere la autorización de sus padres para contraer matrimonio, y puedan ser responsables con sus obligaciones.

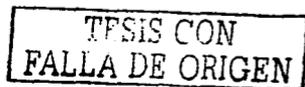
Anteriormente las familias eran numerosas, por las necesidades de trabajo, en la producción que existía, actualmente tienen a desaparecer, ya que surge la paternidad responsable y la planeación familiar, como un medio de control de población. En la actualidad la mujer y el hombre son considerados en un plano de igualdad, ante la sociedad así como ante la Ley, siendo está una de las grandes diferencias al tipo de familia en otras etapas históricas, a este respecto, el maestro Chávez Asencio realiza la afirmación siguiente: "La mujer que había sido objeto de intercambio, pasa a ser sujeto de intercambio de relaciones interpersonales. El acercamiento de los sexos permite una mayor comunicación, de lo que cada uno posee, y hace que la relación hombre y mujer, en el seno de la familia, sea más rica (entre padres y entre hermanos, etc.). En un clima de pluralidad exige una mayor comunicación, como fuente de unión entre diferentes miembros de la familia es difícil pero mas necesaria en la actualidad"<sup>13</sup>

Una de las funciones primordial de la familia, es la educación de los hijos, la cual debería ser muy completa, puesto que los tiempos actuales así lo exige, ya que es indispensable que la familia alcance un nivel intelectual eficiente, par adecuarse a las necesidades que exigen nuestra sociedad. Ya que es considerada como la base de esta.

## **1.7. CONCEPTO DE LA FAMILIA.**

Sobre la familia, el maestro Rojina Villegas manifiesta que "La familia en el derecho moderno esta determinada por virtud del matrimonio y del parentesco

<sup>13</sup> CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. Cit. p.116.



consanguíneo, comprendiéndose, además, de manera excepcional el parentesco por adopción " 14

La Familia tiene un ideal jurídico y ético, sobre la base del matrimonio, es decir la familia legítima o matrimonial.

La Jurista Sara Montero Duhalt, al respecto el concepto de familia manifiesta: "La familia es el grupo humano primario, natural e irreducible, que se forma por la unión de la pareja hombre- mujer." 15

Describimos a la familia como aquella que se funda en el matrimonio, y que no basta la existencia de una colectividad entre padres he hijos, sino mas bien es necesario que se presenta la característica de moral, convivencia y respeto que le permitan cumplir con su misión social.

La Familia es considerada como un organismo social, ya que esta constituida por las necesidades naturales, tal como la unión sexual, la procreación, el amor, la cooperación, y que no únicamente es regulada por el derecho, puesto que influyen otros aspectos como la religión, la costumbre y la moral. La familia se considera como la Institución que fue creada por el amor, y que es protegida por el matrimonio, mismo que se encuentra regulado por el derecho y aceptado por la sociedad.

Se puede deducir que la familia es aquella que determina al matrimonio, como una relación, mas o menos duradera, reconocida socialmente, y de la cual se origina la paternidad legítima, como lazo de parentesco entre un hombre y los hijos de su esposa, sean o no hijos fisiológicos.

A la Familia se le considera como un organismo social se orden natural, basada en la diferencia de sexos y en la diferencia correlativa a las funciones y cuya misión consiste no solamente en asegurar la perpetuidad del especie humana, sino

---

14 Ibidem. p. 211.

15 MONTERO DUAHLT, Sara Op. Cit. p.2.



también el único modo de existencia que conviene a sus aspiraciones y a sus caracteres específicos.

## 1.8. LA FAMILIA Y EL DERECHO.

El papel de la familia dentro del derecho constituye uno de los temas más importantes en la ciencia jurídica. Todo orden jurídico vigente debe tutelar a esta institución básica y célula de la sociedad. En nuestro derecho vigente, la familia tiene un lugar especial, por ejemplo, el artículo 4º constitucional en su párrafo primero reconoce la importancia de esta institución al decir:

**"El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia".**

Este párrafo adopta el criterio de la mayoría de las legislaciones extranjeras al expresar que la ley en general protegerá la organización y el desarrollo de la familia, lo que es claramente un ejemplo palpable de la importancia que la familia tiene en nuestro derecho vigente, además, su protección está elevada a rango de garantía social.

Otro ejemplo de la trascendencia que la familia tiene para nuestro derecho vigente es el párrafo segundo que dispone:

**"Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos".**

El precepto en comento dispone el derecho de toda persona a decidir de forma libre sobre el número de hijos que desea tener, sin que haya restricción legal alguna, sin embargo, de la redacción se desprende que la procreación de los hijos debe basarse en programas de información.

Por otra parte, el párrafo quinto del mismo artículo dispone otro derecho de la familia mexicana, disfrutar de una vivienda que sea digna y decorosa:

**"Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo".**

Además de lo anterior, la ley civil de cada una de las entidades federativas y la federal protegen de forma más específica la institución familiar a través de otras figuras como el matrimonio, base de la familia, las obligaciones de los padres o tutores como son los alimentos, inclusive, nuestros legisladores ahora se han preocupado por regular, prevenir y en su caso sancionar todas las conductas que tienen lugar dentro de la familia, las cuales por mucho tiempo habían pasado como algo íntimo, pero que causaban serios daños a la familia: maltratos, golpes, amenazas, violaciones, etc., conductas que en la actualidad están definidas como *violencia intra familiar* y constituyen actos que denigran al núcleo familiar, por eso, ellos están contemplados como causales de divorcio e inclusive son constitutivas de delito de acuerdo con lo dispuesto por el Código Penal para el Distrito Federal.

Es indudable que la familia sigue siendo la base o estructura de la sociedad mexicana y como consiguiente, del Estado, por ello, el derecho la tutela de manera tan completa como lo podemos observar en los distintos códigos sustantivos civiles de las entidades de la Federación y por supuesto, la del Distrito Federal, prototipo de ellas.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

## CAPITULO 2. EL DIVORCIO

### 2.1. ANTECEDENTES.

**DERECHO ROMANO.**- El divorcio fue admitido desde el origen de la cultura Romana, aunque en un principio era poco usual. Así, encontramos que el divorcio podía darse por repudio de la mujer, este derecho lo tenía el esposo, cuando la mujer estaba sujeta a la manus del mismo y la disolución matrimonial era por voluntad unilateral.

El divorcio podía darse de dos formas:

a) *Bona gratia*, la cual se daba por la voluntad de ambos esposos, no requiriendo ninguna formalidad, ya que el desacuerdo disuelve lo que consentimiento había unido.

b) La segunda forma de divorcio se le denomina repudiación, y este consiste en la voluntad de uno de los cónyuges, para facilitar la prueba de la repudiación, bajo Augusto la Ley Julia del adulterio exige que el que intente divorciarse por repudio, notifique al otro cónyuge en presencia de siete testigos, en forma oral o por una acta escrita que era entregada por un "manumitido".

En opinión del maestro Floris Margadant: "Los Romanos consideraban que no debía subsistir un matrimonio si una de las partes se daba cuenta de que la *affectiu maritalis* había desaparecido. No tenía validez, si quiera, un convenio de no divorciarse. Augusto, con su política de fomentar la frecuencia de uniones fértiles, no tomaba medidas en contra del repudium, opinando que así sería más fácil que una unión estéril cediera su

lugar a nuevas uniones que quizá darían hijos a la patria. Lo que hizo fue rodear la notificación del repudium de ciertas formalidades (presencia de siete testigos)".<sup>15</sup>

La Legislación del emperador Constantino (año 331 ) estableció que ni el esposo ni a la esposa les era lícito el divorcio por cualquier causa, las cuales se limitaban a tres: Para la mujer debía ser el adulterio, el maleficio o ser alcahueta y en el esposo ser homicida, el maleficio o ser violador de sepulcros.

Dentro del Derecho Romano existían dos clases de adulterio: cuando la mujer casada que tuviera comercio carnal con cualquier hombre que no fuese su marido; el otro supuesto era cuando el marido que se unía a una mujer casada.

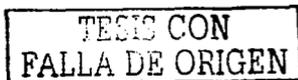
El Doctor Floris Margadant nos hace referencia que: "cuando Justiniano sube al trono, se encuentra con cuatro clases de divorcios, para ninguno de los cuales se necesitaba una sentencia Judicial:

- a) Por mutuo consentimiento.
- b) Por culpa del cónyuge demandado en los casos tipificados en la ley.
- c) Ein mutuo consentimiento, y sin causa legal, en cuyo caso el divorcio es válido, pero da lugar a un castigo del cónyuge que hubiera insistido en el divorcio (típica ilustración de una disposición legal minus quan perfecta ).
- d) *Bona gratia*, es decir, no basado en la culpa de uno de los cónyuges, pero sí fundado en circunstancias que harían inútil la continuación del matrimonio (impotencia, cautividad prolongada ) o inmoral (voto de castidad )."<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> FLORIS MARGADANT S. Guillermo, Derecho Romano, 15ª edición, editorial Esfinge S.A., Edo de México 1988 p 211

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 212.



**EL DIVORCIO EN MÉXICO.**- En la época precortesiana se reconocían como causas de divorcio el hecho de que la mujer fuera penderciera, impaciente, descuidada, perezosa, sufriera una larga enfermedad fuera estéril o por infidelidad de la misma. En el caso del hombre cuando no pudiera mantener a la mujer o a sus hijos o el maltrato físico hacia ésta.

Quien conocía del divorcio era el gran sacerdote quien reprendía al culpable y las tres primeras veces amonestaba a los esposos, requiriéndose de una cuarta vez para decretar el divorcio; sancionando a la mujer en caso de ser culpable a seguir viviendo en la casa del esposo y si era por adulterio la mandaba matar, en caso de que el esposo fuera el culpable, recogían a la mujer sus parientes y la podían casar con otro.

El México Colonial se regía bajo la legislación Española la cual se basaba en el Derecho Canónico, y el divorcio que se admita era el de separación, en el cual los cónyuges no podían celebrar un nuevo matrimonio hasta un tanto falleciera el otro cónyuge. Cabe destacar que el divorcio se rigió fundamentalmente por la ley de siete partidas, hasta que surgieron posterior a la independencia, la creación de códigos civiles o de proyectos, esto en el ámbito local.

Posteriormente surgieron legislaciones mejor estructuradas, las cuales es importante citar a continuación:

En 1859 Benito Juárez, expide la Ley del matrimonio civil, en la cual el matrimonio pasó a ser un acto que se rige por las leyes civiles, y establece la separación, pero en ningún caso deja en aptitud de que los esposos contrajeran nuevo matrimonio, con la salvedad de que si llegara a fallecer alguno de ellos entonces si podía contraer nupcias el otro cónyuge.

En 1871 se crea el Código Civil, en el cual no se aprueba el divorcio vincular, ya que se considera al matrimonio como una unión indisoluble, motivo por el cual

reglamenta únicamente la separación de cuerpos. En su capítulo V reglamenta la figura del divorcio.

El artículo 239 de aquella Ley disponía que "El divorcio no disuelve el vínculo matrimonial, suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, que se expresan en los artículos de este código".

Para efectos de que se pudiera dar trámite al divorcio, este código exigía que hubieran transcurrido dos años por lo menos desde la celebración del matrimonio.

En su artículo 240 establece como causas de divorcio las siguientes:

Primera.-El adulterio de uno de los cónyuges.

Segunda. La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no solo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer.

Tercera. La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal.

Cuarta. El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la convivencia en su corrupción.

Quinta. El abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongada por mas de dos años.

Sexta. La servicia del marido con su mujer o la de ésta con aquél.

Séptima. La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.

En 1884 surge un nuevo código el cual en su artículo 227 establece como causas de divorcio las siete que el anterior Código manejaba pero agrega a ellas otras seis:

"El hecho de dar a luz un hijo, durante el matrimonio, que haya sido concebido antes de celebrarse el contrato y que judicialmente se declare ilegítimo; la propuesta del marido para prostituir a la mujer, o permitir de alguna manera dicha prostitución; la violencia hecha por uno de los cónyuges para que el otro cometiera algún delito; el conato de alguno de los cónyuges para tolerar o corromper a los hijos; el abandono del domicilio conyugal sin causa justificada; la servicia; la acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro; el hecho de negarse a ministrar alimentos conforme a la ley; los vicios incorregibles de juego y embriaguez; la enfermedad crónica e incurable que fuera contagiosa o hereditaria, anterior al matrimonio; la infracción a las capitulaciones matrimoniales; y el mutuo consentimiento".<sup>17</sup>

Don Venustiano Carranza, introdujo en México el divorcio vincular, expidiendo dos decretos, el primero de ellos el 29 de diciembre de 1914 y el segundo el 29 de enero de 1915.

En el decreto del año de 1914 manifiesta en su artículo primero "El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por librea y mutuo consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado o en cualquier tiempo, por causas que hagan imposible e indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima".

Se reconoce el divorcio vincular para el cual se requieren determinadas causas, entre las cuales están las siguientes:

- a) Impotencia incurable para la cópula.

---

<sup>17</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. pp. 349



b) Enfermedades crónicas e incurables que fuesen contagiosas o hereditarias.

c) Situaciones contrarias al estado matrimonial, por abandono de la casa conyugal o por ausencia, pues al no realizarse la vida en común no podían cumplirse los fines matrimoniales.

d) Faltas graves de alguno de los cónyuges que hicieran irreparable la desavenencia conyugal: delitos de un cónyuge contra el otro, de un cónyuge contra los hijos y de un cónyuge contra terceras personas.

e) Los graves hechos inmorales de prostitución de la mujer, la tolerancia del marido para prostituirla, o la ejecución de los actos directos par su prostitución así como la corrupción de los hijos.

f) El incumplimiento de las obligaciones conyugales en cuanto a alimentos y abandono en condiciones aflictivas de un cónyuge o de los hijos.

Posteriormente, en el año de 1917 surge la ley de Relaciones Familiares, la cual es expedida por Venustiano Carranza, en la que se da un paso definitivo en materia de divorcio, ya que en su artículo 74 manifiesta. "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

En el artículo 102 de la citada ley, establecida que los cónyuges recobraban su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio, con excepción por lo dispuesto en el artículo 140 respecto de la mujer y, cuando el divorcio se haya declarada por causa de adulterio, en tal supuesto el cónyuge culpable no podía contraer nuevo matrimonio si no pasados dos años de haberse pronunciado la sentencia de divorcio.

Cabe destacar que en ésta ley se conserva el divorcio por separación de cuerpos en el caso de enfermedades crónicas e incurables, contagiosas y hereditarias, dejando a la voluntad del cónyuge sano pedir divorcio vincular o simple separación del lecho y habitación, también toma en cuenta las causas de divorcio que reguló el Código de

1884, pero suprime la infracción a las capitulaciones matrimoniales agregando, como causa el cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible en cualquier otra circunstancia, o tratándose de persona diversa de dicho consorte, siempre que tal acto tuviera señalado en la ley, una pena no menor de un año de prisión.

El día 26 de marzo de 1928, fue publicado en el diario oficial de la federación con nuevo Código Civil para el Distrito Federal, en materia común y para toda la república en materia federal, el cual fue expedido por el H. Congreso de la Unión, mismo que entro en vigor a partir del 1 de Octubre de 1932, sustituyendo a la ley de Relaciones familiares de 1917, en donde se reproducen las mismas causas de divorcio que ésta manejaba. Suprimiendo la infracción de las capitulaciones matrimoniales como causal e introduce nuevas causas: los vicios no sólo de embriaguez consuetudinaria, sino el uso inmoderado de drogas, enervantes y el hábito del juego.

El Código Civil de 1932, es el que actualmente rige en el Distrito Federal, con algunas reformas realizadas a lo largo de la historia, y en cuanto hace a nuestro tema de estudio, la última variación fue realizada en el año 2000. En esencia, pasaron de 18 causales de divorcio a 21, incorporando algunas novedades como la violencia intra familiar. Dichas causales se encuentran como sabemos en el artículo 267 del mismo ordenamiento.

## **2.2. CONCEPTO DE DIVORCIO.**

Etimológicamente, el vocablo "divorcio" se deriva de la palabra latina "Divortium", la cual proviene del verbo "Divirtiere" que significa lo que estaba unido, separación, formar líneas divergentes, etc.



Para el autor Galindo Garfias: "El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en la vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas establecidas por la ley"<sup>18</sup>

En la anterior definición podemos apreciar que se introducen factores como el hecho de que es un acto inter vivos, que se tiene que decretar por un Juez de lo familiar y que tiene que fundamentarse en alguna causa que la ley exprese, siendo éstas las causales de divorcio.

La maestra Sara Montero define al divorcio de la siguiente forma:

"Divorcio deriva de la voz latina que significa separar lo que esta unido, tomar lineas divergentes. Divorcio es la antitesis del matrimonio. Matrimonio significa unión comunidad, encontrarse dos seres enlazados bajo el mismo yugo conyugal.

El divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretada por la autoridad competente que permite a los mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido".<sup>19</sup>

Podemos concluir que el divorcio es una institución jurídica que tiene como fin el terminar con el matrimonio de manera legal, dejando a los cónyuges en aptitud de contraer otro diferente.

### **2.3. DIFERENTES FORMAS DE DIVORCIO.**

Para abordar el presente tema de estudio, es importante señalar que existen tres formas legales para extinguir el matrimonio, siendo éstas las siguientes:

- a) La muerte, cuando fallece alguno de los cónyuges.

---

<sup>18</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil Editorial Porrúa S. A., 15ª edición, México 1996, p. 542.

<sup>19</sup> MONTERO DUHALT, Sara, Op. Cit. pp. 196 y 197

b) La nulidad de matrimonio que tiene lugar en vida por alguna causa legalmente señalada.

c) El divorcio, este se da en vida por causas posteriores a su celebración.

Dentro del divorcio, legalmente existen tres formas mediante las cuales se puede lograr la disolución del vínculo matrimonial, ellas son:

Divorcio Necesario.

Divorcio Voluntario.

Divorcio Administrativo.

Posteriormente estudiaremos los tipos de divorcio arriba enunciados, por lo que aquí sólo señalaremos en forma general que tanto en el divorcio voluntario como en el administrativo se encuentra como característica principal que se requiere el consentimiento de ambos cónyuges para la disolución del vínculo matrimonial, mientras que en el divorcio necesario no es necesario que exista dicho consentimiento, simplemente con el hecho de que la conducta de alguno de los cónyuges se encuadre en las causales previstas por la ley, es suficiente para poder ejercitar la acción de divorcio por parte del otro cónyuge.

### **2.3.1. DIVORCIO NECESARIO.**

A continuación hablaremos del divorcio llamado "necesario".

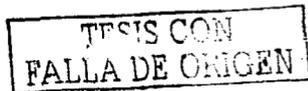
El artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal habla básicamente de dos tipos de divorcio: el voluntario y el necesario, aunque ya hemos dicho que también existe el divorcio administrativo. Dice el artículo sobre el divorcio necesario lo siguiente:

"Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial, fundado en una o más de las causales a que se refiere el artículo 267 de este Código".

En este divorcio, cualquiera de los cónyuges puede reclamarlo ante la autoridad jurisdiccional, previo juicio en el que acredite alguna o algunas de las causales establecidas en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal de las que en el punto inmediato siguiente hablaremos. Cabe decir que en el divorcio necesario no hay consentimiento por parte de los dos cónyuges para la disolución del vínculo matrimonial, sino que uno de ellos durante su vida conyugal ha llevado a cabo una o varias de las causales señaladas en el citado artículo 267 y que son actos contrarios a la unidad matrimonial, por lo que el cónyuge ofendido tiene el derecho de hacer valer esas causales ante el juez competente (familiar) y demandar así, el divorcio necesario. La parte demandada tendrá que probar que sus actos no se encuadran en las causales invocadas por la parte actora. Ambas partes pueden ofrecer todas las pruebas que estimen necesarias y es finalmente el juez quien dictará la sentencia correspondiente ya sea condenando o absolviendo de las prestaciones a la parte demandada y a la actora en el caso de la reconciliación.

El término "necesario", que se usa para diferenciar a este tipo de divorcio de los otros dos obedece a que toda vez que las conductas de la parte demandada se colocan en los supuestos que marca el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, las mismas resultan dañinas o perjudiciales para la continuidad del vínculo matrimonial, por lo que el cónyuge ofendido tiene el derecho de demandar a su consorte en juicio la disolución "necesaria" de su unión.

En términos generales, el divorcio necesario es el que más incidencia tiene en ciudades como el Distrito Federal, ya que comúnmente el cónyuge que ha faltado a sus deberes matrimoniales difícilmente consciente en otorgar el divorcio voluntario a la otra parte, por lo que a ésta no le queda más que invocar una o varias causales contenidas en



el artículo 267 ya señalado. Dispone el artículo 278 del Código Civil para el Distrito Federal lo siguiente:

"El divorcio necesario sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que tenga conocimiento de los hechos en que se funde la demanda, excepto en el caso de las fracciones XI, XVII y XVIII del artículo 267 de este Código, en el que el plazo de caducidad es de dos años, así como, con las demás salvedades que se desprenden de ese artículo".

Los efectos del divorcio necesario de acuerdo con el Código Civil para el Distrito Federal:

"Artículo 288.-En los casos de divorcio necesario, el Juez de lo Familiar sentenciará al cónyuge culpable al pago de alimentos a favor del cónyuge inocente, tomando en cuenta las circunstancias del caso, entre ellas, las siguientes:

- I. La edad y el estado de salud de los cónyuges;
- II. Su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo;
- III. Duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia;
- IV. Colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge;
- V. Medios económicos de uno y otro cónyuge, así como de sus necesidades;

y

- VI. Las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor.

En todos los casos, el cónyuge inocente que carezca de bienes o que durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar o al cuidado de los hijos, o que esté imposibilitado para trabajar, tendrá derecho a alimentos.

En la resolución se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. El derecho a los alimentos, en caso de divorcio necesario, se extingue cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinatio.

El cónyuge inocente tiene derecho, además del pago de alimentos, a que el culpable lo indemnice por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado. Los

daños y perjuicios, así como la indemnización a que se refiere el presente artículo, se rigen por lo dispuesto en este Código para los hechos ilícitos.

En el caso de las causales enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 de este Código, el excónyuge enfermo tendrá derecho a alimentos si carece de bienes y está imposibilitado para trabajar; pero no procede la indemnización por daños y perjuicios.

En el caso del divorcio voluntario por vía judicial, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato”.

“Artículo 289.-En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer matrimonio”.

“Artículo 286.-El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho”.

### **2.3.2. DIVORCIO VOLUNTARIO.**

El divorcio voluntario Judicial, requiere del consentimiento de ambos cónyuges sin necesidad de que exista alguna causal de divorcio que enumera en artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

La tramitación de este tipo de divorcio se inicia presentando la solicitud de divorcio, ante el Juez de lo Familiar, no siendo necesario mencionar las causas que motivan la decisión de divorciarse, ya que únicamente se requiere el hacer mención la voluntad de disolver el vínculo matrimonial. Para tramitar el divorcio tiene que transcurrir un año o más de que los divorciantes hayan contraído matrimonio.



Uno de los requisitos indispensables y más importantes es el que establece la ley en su artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual consiste en anexas un convenio a la solicitud de divorcio en el cual contendrá las siguientes cláusulas:

*I. Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio;*

*II. El modo de atender las necesidades de los hijos a quien deba darse alimentos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;*

*III. Designación del cónyuge al que corresponderá el uso de la morada conyugal, es su caso, y de los enseres familiares, durante el procedimiento de divorcio;*

*IV. La casa que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, obligándose ambos a comunicar los cambios de domicilio aún después de decretado el divorcio, si hay menores o incapaces u obligaciones alimenticias;*

*V. La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia en favor del cónyuge acreedor, en los términos de la fracción II;*

*VI. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición; y*

*VII. Las modalidades bajo las cuales, el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos."*



Como se puede apreciar de lo establecido por la ley, en la lectura de las cláusulas citadas anteriormente, la importancia del convenio, es de interés superior al propio divorcio, al grado de que si el mismo no ha sido aprobado por el Ministerio Público a quien se le da vista con el mismo, no se decretará el divorcio, ya que en el contenido de mencionado convenio, se define la situación jurídica de los menores procreados en el matrimonio que se pretende disolver, siendo esto importante ya que los más afectados en el divorcio son los menores y resultaría injusto el hecho de dejarlos desprotegidos económicamente y en su bienestar emocional, por lo que la ley obliga a los cónyuges a resolver sobre la pensión alimenticia, la guarda y custodia, el lugar en el cual habitarán los menores, el régimen de visitas de uno de los cónyuges para con los menores, en caso de que no se cumplan con dichos requisitos el Juez se abstiene de decretar la disolución del vínculo matrimonial.

Una vez presentado el escrito inicial con el convenio el Juez lo admite y señala día y hora para que tenga verificativo la primera junta de avenencia que señala el artículo 675 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en está el Juez trata de conciliar a los cónyuges a fin de no continuar con el Procedimiento, y si los conyuges persisten con el deseo de divorciarse se señalará una nueva fecha para que tenga verificativo la segunda junta de avenencia siendo esta la última.

En caso de reconciliación de los cónyuges el artículo 280 del Código Civil para el Distrito Federal establece: "La reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquiera estado en que se encuentre, si aún no hubiere sentencia ejecutoriada. Para tal efecto, los interesados deberán comunicar su reconciliación al Juez de lo Familiar."

Sin embargo, no se declarara el divorcio, hasta que se apruebe el convenio propuesto por las partes, para lo cual se requiere darle vista al Ministerio Público, que en su calidad de representante social, velará en beneficio de los derechos de los menores procreados dentro del matrimonio, y manifestará lo que a su derecho corresponda, en el sentido de verificar el contenido de las cláusulas del convenio, esto es, en cuanto a los

derechos de los menores, consistentes en, si la pensión alimenticia es adecuada o esta garantizada, si la guarda y custodia esta determinada asi como las visitas y convivencias, en el supuesto de que exista alguna anomalia o alguna cláusula que no beneficie a los menores, el representante social tiene la facultad para poder realizar alguna propuesta de modificación de la misma, esto en base a lo establecido por el artículo 680 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Una vez aprobado el convenio por el Ministerio Público y celebradas las dos juntas de avenencia, los autos pasan al dictamen de sentencia definitiva en la cual el Juez de lo familiar decretará la disolución del vinculo matrimonial y decidirá sobre el convenio presentado, esto de acuerdo a lo establecido en el artículo 676 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Como se desprende de la lectura del artículo 289 del Código Civil para el Distrito Federal ya invocado anteriormente, como consecuencia del divorcio voluntario, ambos cónyuges recobrarán su capacidad para contraer matrimonio.

### **2.3.3. DIVORCIO ADMINISTRATIVO.**

Dentro del divorcio voluntario, el Código Civil para el Distrito Federal contempla otro tipo o especie denominado "divorcio administrativo", el cual resulta más rápido ya que su tramitación no es ante un juzgado de lo familiar, sino ante el Juez del Registro Civil, según lo dispone el artículo 272 de dicho Código sustantivo:

"Procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no esté embarazada, no tengan hijos en común, o teniéndolos, sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. El Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, levantará un

acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a éstos para que la ratifiquen a los quince días. Si los cónyuges lo hacen, el Juez los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

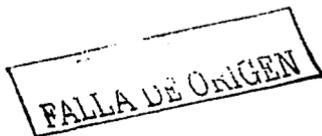
Si se comprueba que los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos, el divorcio así obtenido no producirá efectos, independientemente de las sanciones previstas en las leyes”.

Los requisitos que prevé el artículo anterior para la tramitación del divorcio administrativo son:

- a) Que haya transcurrido un año o más desde la celebración del matrimonio;
- b) Que ambos cónyuges convengan en divorciarse;
- c) Que sean mayores de edad;
- d) Que hayan liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron;
- e) Que la cónyuge no esté embarazada, ni tengan hijos en común o que teniéndolos, sean mayores de edad y no requieran alimentos por parte de los cónyuges.

El numeral dice que previa la satisfacción de estos requisitos, los cónyuges acudirán ante el Juez del Registro Civil llenado la solicitud de divorcio correspondiente, después, el mismo Juez del Registro Civil levantará una acta en la que consta la solicitud de divorcio, revisando sus identificaciones y citándolos dentro de un término de quince días para que ratifiquen su solicitud. Posteriormente y una vez que ha sido ratificada la solicitud de divorcio por ambos cónyuges, el Juez del Registro Civil los declarará divorciados haciendo la anotación respectiva.

El Juez del Registro Civil vigilará que se cumplan con todos los requisitos legales, y de no ser así, en caso de haberse obtenido el divorcio, éste no producirá efectos, además de ser acreedores los cónyuges de las sanciones que procedan.



## 2.4. EL DIVORCIO NECESARIO.

Ya al tratar el tema de las clases de divorcio que tutela nuestra legislación civil del Distrito Federal hicimos mención de que el divorcio puede ser en términos del artículo 266, voluntario o necesario:

"El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

**Se clasifica en voluntario y necesario.** Es voluntario cuando se solicita de común acuerdo por los cónyuges, y se substanciará administrativa o judicialmente, según las circunstancias del matrimonio. Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial, fundado en una o más de las causales a que se refiere el artículo 267 de este Código".

Sin embargo, dentro del primero, es decir, del voluntario, el mismo Código contempla otro tipo más, el *divorcio administrativo*, del cual ya hemos hablado también anteriormente.

Dijimos que el divorcio necesario es aquél en el que cualquiera de los cónyuges funda su petición de separación legal definitiva ante el órgano jurisdiccional en una o más de las causales que se encuentran en el artículo 267 del mismo ordenamiento sustantivo civil. Esto quiere decir que uno de los cónyuges ha cometido una o varias de las acciones previstas en ese numeral y que son consideradas como actos contrarios a la institución del matrimonio o que el mismo cónyuge padece una enfermedad que hace difícil continuar con la unión matrimonial, por eso, la Ley faculta al otro cónyuge a pedir el divorcio necesario.

Es importante señalar que en este tipo de divorcio, no existe el consentimiento de los dos cónyuges para separarse legalmente, por lo que el cónyuge que no ha dado lugar a la causa de divorcio puede pedirlo ante el Juez de lo Familiar.



## 2.4.1. CAUSALES DE DIVORCIO NECESARIO.

Las causales de divorcio contenidas en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal son un catalogo o listado de supuestos en los que cualquiera de los cónyuges puede incurrir y dar lugar a la petición de su consorte del divorcio necesario. El texto completo del artículo 267 es el siguiente:

"Artículo 267.-Son causales de divorcio:

- I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;
- II. El hecho de que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia;
- III. La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando él mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él;
- IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito;
- V. La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;
- VI. Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada;
- VII. Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo;
- VIII. La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses;
- IX. La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos;

CON  
FALLA DE ORIGEN

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

XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, o para los hijos;

XII.- La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el Artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del Artículo 168;

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

XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada;

XV. El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desaveniencia;

XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;

XVII. La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en este Código;

XVIII. El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar;

XIX. El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desaveniencia;

XX. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge; y

XXI. Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 de este Código.

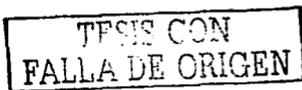
La anterior enumeración de las causales de divorcio, es de carácter limitativo; por tanto, cada causal es de naturaleza autónoma".

Cabe resaltar que las causales XVII, XVIII, XIX XX y XXI fueron incorporadas en las reformas que el Código Civil sufrió en el año 2000 y resultan interesantes ya que conductas que habían permanecido como "normales", en la actualidad son causa de divorcio necesario e inclusive de responsabilidad penal, como lo es la violencia intra familiar, el no acatamiento a las determinaciones administrativas o judiciales en esta materia o el uso de substancias ilícitas como drogas y enervantes señaladas por la Ley General de Salud con fines no terapéuticos y cuando amenacen a la institución familiar o representen motivo de constante desavenencia.

Sobre las causales de divorcio, la autora Alicia Elena Pérez Duarte y N. Señala lo siguiente:

"En la doctrina estas.... causales las dividen en dos grandes rubros: aquellas que implican una sanción para el 'culpable' y aquellas que son necesarias o un remedio. La distinción entre unas y otras es muy sutil y más teórica que práctica. Se dice que son causales sanción aquellas que representan a la disolución del vínculo matrimonial como un castigo para el(la) cónyuge que, en cualquier forma es el responsable de esta disolución por haber violado los deberes que le impone el matrimonio. Son causales necesarias o remedio aquellas que, sin existir un responsable directo de la ruptura, permiten, normalmente por razones de salud, proceder al divorcio pues se presentan como una alternativa para proteger la salud tanto del(la) cónyuge sano (a) como de los(as) hijos(as) se imponen por razón de considerarlas inadecuadas a la vida en común y para los fines del matrimonio".<sup>20</sup>

<sup>20</sup> VID PEREZ DUARTE Y N., Alicia Elena. Derecho de Familia. Colección: El Derecho en México, una Visión de Conjunto, Tomo I. UNAM, México, 1991. p. 284.



Por su parte, el maestro Rafael de Pina retoma las ideas de la autora Sara Montero Duhalt, ya citada en este trabajo de investigación y clasifica las causales de divorcio en cuatro grupos que son:

- a) Causas de orden criminológico, conexas a un hecho castigado más o menos severamente.
- b) Causas de orden eugénico, ligadas a ciertas ineptitudes para la vida conyugal.
- c) Causas indeterminadas, admitidas por algunas legislaciones para abarcar todos aquellos casos de grave perturbación de la vida familiar, que sería difícil precisar de una manera categórica y concreta.
- d) causas de orden individual.<sup>21</sup>

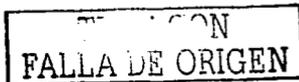
Estamos de acuerdo con los autores ya que clasificar las causales de divorcio obedece más que nada a una necesidad de orden didáctico que de índole práctico, y por otra parte, invocar cada una de ellas representa para la parte actora un proceso desgastante y difícil, en el que el juzgador debe percatarse de que la parte que las invoque o actora acredite legalmente su procedencia, siempre actuando en representación y protección de la institución familiar.

## 2.4.2. EL JUICIO ORDINARIO CIVIL.

Los autores se han dado a la tarea de clasificar los juicios o procesos, entendiendo a ambos términos como sinónimos (aunque sabemos que en estricto sentido, el juicio viene a ser una etapa del proceso, la última en la que el juzgador resuelve la controversia). Las clasificaciones obedecen más a razones de orden didáctico o de sistematización que de índole práctico, si embargo, las mismas nos aportan excelentes conocimientos sobre los diferentes tipos de procesos que pueden tener cabida.

El maestro Ovalle Favela clasifica a los juicios o procesos de naturaleza civil en los siguientes tipos o clases:

<sup>21</sup> PINA, Rafael de. Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa, México, 1973, p. 78.



a) De acuerdo a su finalidad, pueden ser clasificados en: juicios de conocimiento o declarativos, ejecutivos y cautelares.

b) De acuerdo a la plenitud o limitación del conocimiento pueden ser: plenarios y unitarios.

c) De acuerdo al orden de proceder, los juicios se clasifican en: plenarios ordinarios y plenarios rápidos.

d) De acuerdo con la generalidad o especificidad de los litigios que resuelven, los juicios pueden ser: **ordinarios**, cuando a través de ellos se conoce de la generalidad de los litigios, y **especiales**, cuando se establecen sólo para determinado tipo de litigios. Tienen este carácter todos aquellos que no son ordinarios.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal contempla como juicios ordinarios precisamente el juicio ordinario civil (divorcio necesario, cobro de un título de crédito en el que ya no proceda la acción ejecutiva, juicios ordinarios de mínima cuantía como el juicio de pago de pesos, etc.). Son juicios especiales el juicio ejecutivo mercantil, el hipotecario, el arbitral, los juicios sucesorios, los concursales, los que versen sobre controversias familiares y sobre controversias sobre arrendamiento, etc.

e) de acuerdo a la cuantía, los juicios pueden ser: juicios ordinarios de mayor, menor y mínima cuantía, de conformidad con el valor pecuniario. El Código de procedimientos Civiles para el Distrito Federal sólo contiene juicios de mayor cuantía (juicios ordinarios<sup>9</sup> y los juicios de mínima cuantía (previsto en el título especial de la justicia de paz del mismo Código), para aquellos conflictos civiles de contenido patrimonial cuyo valor no exceda de las cantidades que determine anualmente el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, artículos 71, fracción I y 201, fracción XIX de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

f) De acuerdo a la forma, los juicios se clasifican en: escritos y orales, aunque la mayoría de nuestros juicios son en esencia mixtos, es decir, son tanto orales como escritos.<sup>22</sup>

Hemos señalado ya que de acuerdo a la generalidad o especificidad de los litigios que resuelven, los juicios pueden ser ordinarios o especiales. Son juicios ordinarios de acuerdo con los autores Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara:

*"JUICIO ORDINARIO. Recibe esta denominación el juicio que está destinado a la decisión de las controversias judiciales que no tengan señalada legalmente una tramitación especial".<sup>23</sup>*

El juicio ordinario es aquél destinado para resolver la generalidad de las controversias o litis, y que por ley no está sujeto a normas especiales. Es un juicio normal, clásico o general. Se encuentra regulado en el Título Sexto del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Capítulos I, II, III, VII y X, artículos del 255 al 429.

Otra diferencia con los juicios especiales es que la sustanciación de los juicios ordinarios es más larga que la de los segundos los cuales se ventilan en poco tiempo. Las etapas del juicio ordinario están determinadas y son varias: demanda, emplazamiento y notificación, contestación de la demanda (con la posibilidad de reconvencción), ofrecimiento de pruebas, desahogo de pruebas, alegatos y sentencia.

Cabe agregar que son juicios ordinarios aquellos cuya sustanciación no tenga destinada otra indicación por la ley (especial).

Cabe agregar que las controversias en materia familiar en el Distrito Federal están contempladas en un aparatado especial en el Código de Procedimientos Civiles: el Título Decimosexto, Capítulo Único. El artículo 940 de esa normatividad dispone que:

---

<sup>22</sup> CFR OVALLE FAVELA, José. Derecho Procesal Civil. Editorial Oxford, Mexico, 1999, pp. 40 a 46.

<sup>23</sup> PINA, Rafael de y Rafael de Pina Vara. Op. Cit. p. 307.

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

Los juicios de divorcio tanto necesario como el voluntario se tramitan en el Distrito Federal en la vía ordinaria civil, sin embargo, otros juicios que versan sobre la familia se tramitan en vía especial. Señala el autor Ovalle Favela que:

"Las cuestiones familiares que pueden tramitarse a través del juicio especial previsto en el título decimosexto, son fundamentalmente las siguientes: 1) los litigios sobre alimentos; 2) la calificación de impedimentos para contraer matrimonio; 3) las diferencias entre los cónyuges sobre la administración de los bienes comunes, y la educación de los hijos; 4) las oposiciones de maridos, padres y tutores, 5) 'todas las cuestiones familiares que reclamen la intervención judicial' (artículo 492). Con anterioridad a la reforma, los litigios sobre alimentos se tramitaban a través del juicio 'sumario' y todas las demás cuestiones se sustanciaban a través de un juicio todavía más breve, al que se denominaba sumarisimo o ultrarrápido".<sup>24</sup>

El mismo autor agrega algo importante a continuación:

"De las cuestiones señaladas, la más importantes la referente a los conflictos sobre alimentos, que se ha convertido en el contenido fundamental de este juicio especial. En contrapartida, importantes asuntos familiares quedaron fuera del contenido de este juicio, como es el caso del divorcio contencioso y de la nulidad de matrimonio, que se siguen planteando a través del juicio ordinario civil".

Es por esto que el divorcio necesario así como el voluntario se debe tramitar en la vía ordinaria civil.

<sup>24</sup> OVALLE FAVELA, José. Op. Cit. p. 336.



## CAPITULO 3. DE LA GUARDA Y CUSTODIA.

### 3.1. LA PATRIA POTESTAD.

Dicen los autores Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara sobre la patria potestad lo siguiente:

"Conjunto de las facultades –que suponen también deberes- conferidas a quienes las ejercen (padres, abuelos, adoptantes, según los casos) destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes".<sup>25</sup>

El autor Efraín Moto Salazar señala por su parte que:

"Mientras el individuo no llega a la mayor edad se encuentra bajo la patria potestad. Esta es *el conjunto de derechos que la ley concede a los ascendientes sobre la persona y bienes de sus descendientes, mientras éstos son menores*".<sup>26</sup>

De esta forma, la patria potestad es un derecho que se origina por el parentesco consanguíneo o civil existente entre los miembros de una familia, y se traduce en el derecho y deber que tiene los ascendientes frente a los descendientes menores de edad de vigilarlos, cuidarlos, procurarlos y también de darles educación y de administrar y manejar sus bienes.

El maestro Galindo Garfias advierte lo siguiente:

"Es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados... no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y la maternidad".<sup>27</sup>

<sup>25</sup> PINA, Rafael de y Rafael de Pina Vara. Op. Cit. p. 363.

<sup>26</sup> MOTO SALAZAR, Efraín. Elementos de Derecho. Editorial Porrúa S.A. 40ª edición, México, 1994.

<sup>27</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil Primer Curso. Editorial Porrúa S.A. 2ª edición, México, 1995, p. 656.

Por virtud de la patria potestad, los ascendientes tienen sobre la persona de los descendientes un derecho de protección, lo que se traduce también en un deber para los primeros sobre los segundos de: vigilancia, guarda y educación de los menores. En cuanto a sus bienes, los ascendientes tienen el derecho de disfrute y de administración.

### **3.1.1. PERSONAS QUE PUEDEN EJERCER LA PATRIA POTESTAD.**

La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. El artículo 412 del Código Civil para el Distrito Federal señala lo siguiente a este respecto:

*"Artículo 412.-Los hijos menores de edad no emancipados, están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley".*

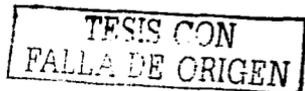
El artículo 413 del mismo ordenamiento explica lo ya señalado, es decir, qué personas ejercen legalmente la patria potestad:

*"Artículo 413.-La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guardia y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal".*

La patria potestad se ejerce por el padre y la madre, y a falta de ellos, por el abuelo y la abuela paternos; en su defecto, por los abuelos maternos:

*"Artículo 414.-La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.*

*A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso".*



La patria potestad sobre el hijo adoptado es ejercida solo por las personas que lo hayan adoptado:

*"Artículo 419.-La patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente las personas que lo adopten".*

El artículo 420 del Código Civil señala que solo en los casos en los que por falta o impedimento de los llamados preferentemente a ejercer la patria potestad, entrarán entonces al ejercicio de ésta institución los que sigan en el orden de acuerdo con los artículos anteriores:

*"Artículo 420.-Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores. Si sólo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho".*

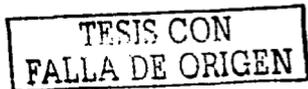
Finalmente, de acuerdo con el artículo 426 del mismo Código sustantivo, cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será el varón, pero, deberá consultar en todos los negocios a su consorte:

*"Artículo 426.-Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración".*

Algunos de los efectos de la patria potestad son los siguientes:

El artículo 421 expresa que mientras que el hijo estuviera sujeto a la patria potestad no podrá abandonar la casa de los que la ejercen, salvo permiso de ellos o decreto de la autoridad competente:

*"Artículo 421.-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".*



El artículo 422 señala que los que ejercen la patria potestad tiene también la obligación de educar al menor convenientemente:

*"Artículo 422.-A las personas que tienen al menor bajo su patria potestad o custodia incumbe la obligación de educarlo convenientemente.*

*Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela o de cualquier autoridad administrativa que dichas personas no cumplen con la obligación refenda, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda".*

Quienes ejerzan la patria potestad tiene la facultad de corregir a los menores y de darles un buen ejemplo en todo momento, según se desprende de la lectura del artículo 423 del mismo Código:

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

*La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica en los términos de lo dispuesto por el artículo 323 ter de este Código".*

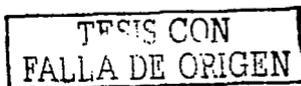
El que esté sujeto al ejercicio de la patria potestad no puede comparecer en juicio ni tendrá obligaciones, sin expreso consentimiento de quienes la ejerzan:

*"Artículo 424.-El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el juez".*

Hemos dicho que quienes ejercen la patria potestad tienen el deber de representar los intereses y los bienes de quienes están bajo tal Institución:

*"Artículo 425.-Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este Código".*

Por consiguiente de lo anterior, la persona que ejerza la patria potestad representará a los hijos en juicio:



*"Artículo 427.-La persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su consorte, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente".*

### 3.2. CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA.

Es conveniente primeramente advertir el significado gramatical de los términos *guarda* y *custodia*. El primero de ellos significa: "cuidar, custodiar, vigilar o cumplir."<sup>28</sup> El segundo término significa: "guardia o cuidado de una cosa ajena. Vigilancia ejercida sobre persona privada de libertad por autoridad competente."<sup>29</sup>

El autor Manuel F. Chávez Asencio señala sobre la guardia y custodia lo siguiente:

*"La custodia y cuidado es el primer deber de los padres en relación a los hijos menores no emancipados (arts. 259, 282 fc. V, 283, 421 C.C.). Significa tenerlos en su compañía para su vigilancia y cuidado".*<sup>30</sup>

El mismo doctrinario invoca a continuación la siguiente tesis jurisprudencial:

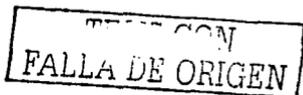
*"La patria potestad comprende una serie de derechos y obligaciones correlativas para quien la ejercita, tales como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la ley, de administrar sus bienes, de proporcionarles alimentos, etcétera".*

De esta manera, es evidente que la ley civil sustantiva para el Distrito Federal utiliza los términos *guarda* y *custodia* como sinónimos para referirse a una obligación fundamental de los padres respecto a los hijos menores de edad: cuidar de ellos, es decir, de su persona en todo momento, ya que por motivo de su edad no pueden valerse por sí mismos. Señala el autor Chávez Asencio sobre esto lo siguiente:

<sup>28</sup> PINA, Rafael y Rafael de Pina Vara. Op. Cit. p. 277.

<sup>29</sup> Ibid p. 207.

<sup>30</sup> CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. Cit. P. 289.



"Es de notarse que nuestra legislación emplea los términos cuidado y custodia. Es decir, la custodia debe ser con cuidado lo que significa la intensidad o profundidad con que la custodia se debe dar en la relación paterno-filial. La custodia se da con solicitud, atención, amor y respeto a la personalidad del menor".<sup>31</sup>

Por su parte, el maestro francés Marcel Planiol destaca lo siguiente:

"La patria potestad comprende una serie de derechos y obligaciones correlativas para quien la ejercita, tales como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la ley, de administrar sus bienes, de proporcionarles alimentos, etcétera".<sup>32</sup>

Se desprende entonces que la guarda y custodia implica el derecho y obligación que tienen quienes ejercen la patria potestad para cuidar físicamente a los menores (hijos), a estar pendientes de ellos, ya que como lo dijimos antes, por su edad, no pueden valerse por sí mismos. La guarda y custodia constituye uno de los contenidos de la patria potestad, siendo ésta el continente y los primeros, el contenido.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal es casi omiso en cuanto a brindar un concepto de la guarda y custodia; además, pocos son los preceptos que aluden a esta figura. Dentro de los que sí se refieren a la misma están los siguientes: el artículo 259 que habla sobre la sentencia que declare la nulidad, en la que el Juez de lo Familiar deberá resolver sobre la guarda y custodia de los hijos:

*"Artículo 259.-En la sentencia que declare la nulidad, el Juez de lo Familiar resolverá respecto a la guarda y custodia de los hijos, el suministro de sus alimentos y la forma de garantizarlos.*

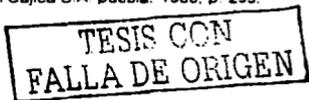
*Para tal efecto, el padre y la madre propondrán la forma y términos de los mismos; de no haber acuerdo, el Juez resolverá atendiendo a las circunstancias del caso.*

*En ambos supuestos, deberá oírse previamente a los menores y al Ministerio Público".*

---

<sup>31</sup> Idem

<sup>32</sup> PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Editorial Cajica S.A. Puebla, 1980, p. 293.



El artículo 282, fracción V, que se refiere a las medidas provisionales que dictará el juez mientras que dure el juicio, donde se incluye la guardia y custodia:

*"Artículo 282.-Desde que se presenta la demanda de divorcio, y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes conforme a las disposiciones siguientes:*

*I. La separación de los cónyuges. El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia.*

*La separación conyugal decretada por el juez interrumpe los términos a que se refieren las fracciones VIII y IX del artículo 267 de este Código;*

*II. Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos deben dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda;*

*III. Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Asimismo, ordenar, cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges, la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal y de aquellos lugares en que se conozca que tienen bienes;*

*IV. Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede embarazada;*

*V. 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 de lo Familiar, previo el procedimiento que fije el Código respectivo y tomando en cuenta la opinión del menor, resolverá lo conducente.*

*Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre;*

*VI. El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres;*

*VII. En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las causales invocadas en la demanda, tomará las siguientes medidas, con el fin de salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, que tratándose de violencia familiar deberá siempre decretar:*

*a) Ordenar la salida del cónyuge demandado de la vivienda donde habita el grupo familiar.*

*b) Prohibición al cónyuge demandado de ir a lugar determinado, tal como el domicilio o el lugar donde trabajan o estudian los agraviados.*

*c) Prohibir que el cónyuge demandado se acerque a los agraviados a la distancia que el propio Juez considere pertinente.*

*VIII. Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este Código;*

*IX. Requerirá a ambos cónyuges para que le exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como, de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, especificando además el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el valor que estime que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. Durante el procedimiento, recabará la información complementaria y comprobación de datos que en su caso precise; y*

*X. Las demás que considere necesarias”.*

Es importante señalar que el precepto en su fracción V establece que desde que se presente la demanda y hasta que se resuelva el juicio, el juez velará por la guarda y custodia de los menores (entre otras medidas), por eso, deberá ponerlos bajo el cuidado de la persona que las partes de común acuerdo hubieren designado, pudiendo ser uno de ellos. El juez puede inclusive, en caso de desacuerdo sobre este tema, oír al menor para dictar esta medida. Por último, la fracción establece en su último párrafo que salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de doce años de edad deberán quedar bajo el cuidado de la madre.

El artículo 283 versa sobre la sentencia de divorcio que dicte el juez una vez sustanciado el procedimiento respectivo, en la que deberá resolver sobre la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación y en especial, sobre la guarda y custodia de los hijos menores de edad:

*"Artículo 283.-La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el Juez de lo Familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.*

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

*Para el caso de los mayores incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los exconyuges, en la sentencia de divorcio deberán establecerse las medidas a que se refiere este artículo para su protección".*

Es interesante que el artículo faculta al juez para tomar las medidas necesarias, terapias y el seguimiento necesario al respecto para evitar que se den (o continúen) las prácticas de violencia intrafamiliar.

El artículo 421 del mismo Código establece que mientras estuviera el hijo bajo la patria potestad, no podrá abandonar la casa de los que la ejercen sin su consentimiento o decreto de la autoridad judicial:

*"Artículo 421.-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".*

### 3.3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA GUARDA Y CUSTODIA.

Antes de abordar brevemente los antecedentes de la figura de la guardia y custodia tanto en el derecho extranjero como en nuestro país, es conveniente decir que esta institución se asoció con la figura de la patria potestad, ya que como lo dijimos, se trata de una relación de continente y contenido, por lo que resulta difícil separar a ambas.

Comenzaremos con el derecho extranjero, principalmente el romano. Como sabremos, los romanos cuidaban en mucho su actuar cotidiano y su relación en sociedad, dándole una acepción jurídica a muchos aspectos de estos.

Las Leyes Romanas que se conocen son y serán el principio y antecedente de muchos razonamientos jurídicos escritos, ya que las leyes y todo lo que de ellas se derivan, como es el caso de las jurisprudencias que actualmente se aplican, se inician en esos principios y leyes romanas y los alimentos como institución jurídica no son exceptuados de esa consideración.

Se dice que el derecho de alimentos y la guardia y custodia tiene su fundamento en la parentela y el patronato, pero, en un inicio el vínculo del obligado y el beneficiario no se encontraban expresamente codificados, dado que la Ley de las XII tablas, la más antigua carece de un texto que enmarque esta materia, y tampoco se encuentra antecedente alguno en la Ley Decevirial ni en el Jus Quiritario, y esto tiene su razón de ser, porque el pater familia tenía el derecho de disponer en la forma que el quisiera de sus descendientes; y por lo que hace a sus hijos se les veía como una cosa (res), y por ende, incluso podía abandonarlos, y ellos no tenían derecho de reclamarle alimentos, sus derechos estaban muy limitados, se dice que no eran dueños ni de su propia vida. Con el paso del tiempo el pater familia fue perdiendo el primitivo carácter que ostentaba, por las prácticas introducidas por los cónsules, que poco a poco intervinieron en los casos de los hijos que eran abandonados, y en un estado de desatención y miseria, cuando por

el contrario sus padres vivían de la manera más abundante. "Parece ser que la deuda alimentaria fue establecida por orden del pretor funcionario romano que, como se sabe, se encontraba encargado de corregir los rigores del estricto derecho, por lo que la materia de alimentos y conforme a la ley natural daba sus sanciones y se les consultaba, al hacerlo intervenir en esa materia con validez jurídica. Si se fundamentó el nacimiento de esta obligación se estatuye reciprocamente y como un deber de ayuda entre ascendientes y descendientes."<sup>33</sup>

Con la entrada del derecho cristiano en Roma fue cuando se reconoce el derecho de alimentos, tanto para los hijos como para los cónyuges. Se le dio el nombre en la antigua Roma de ALIMENTARI PUERI ET PUELLAS, a los niños de uno y de otro sexo que se cuidaban, educaban y sostenían a expensas del Estado, pero estos niños debían haber nacido libres para poder ser ALIMENTARRI; y en ese entonces ya existían algunas limitantes para poder ser lo que ahora se conoce como acreedor alimentario, si eran niños hasta la edad de once años únicamente; y si eran mujeres, hasta los catorce años. La institución de alimentos se dice que pudo haber sido creada por Trajano, al organizar una tabla denominada ALIMENTARIAE, la cual fue descubierta en Macinezo en el año de 1747, y contenía la obligación PRAEDIORUM o ALIMENTARIAE a la que se ha venido refiriendo en líneas anteriores, ya que era indistinta su manera de llamarse, y en ella se creaba una especie de hipoteca en un gran número de tierras, con la finalidad de asegurar una renta a favor de los huérfanos, por lo que poco a poco se les fue denominando TABULA ALIMENTARIAE TRAJANI, lo último por la región en donde se constituía ésta, también dicha tabla contenía la obligación nombrada como OBLIGATO PRAEDORIUM de igual naturaleza.<sup>34</sup>

La Patria Potestad (o Patria Potestas) era un poder, que normalmente duraba hasta la muerte del paterfamilias, nos muestra que el padre o el abuelo tenía un poder disciplinario, casi ilimitado, sobre el hijo; hasta podía matarlo,

<sup>33</sup> BAÑUELOS SANCHEZ, Froylan. El Derecho de Alimentos. Editorial SISTA S.A. Mexico, 1991, p. 14.  
<sup>34</sup> Ídem P. 15



aunque, en caso de llegar a este extremo, sin causa justificada, el paterfamilias se exponía a sanciones por parte de las autoridades gentilicias o del censor. Este derecho se fue suprimiendo en varias etapas.

Se decía en la antigua Roma que: "Quien puede lo mas, puede lo menos". Si el padre pudo, por mucho tiempo matar al hijo, pudo venderlo o exponerlo. La venta está todavía permitida por Justiniano, siempre que se tratare de situaciones de emergencia financiera. La exposición era objeto de una amplia y variada legislación, durante el Bajo Imperio, y, finalmente, tratada como un crimen, equiparable al homicidio. Actualmente, de este amplio poder del padre sobre los hijos no nos queda más que un moderado derecho de castigar, como el mencionado en el artículo 423 del Código Civil.

Toda vez que el Paterfamilias era la única "persona" verdadera dentro de la familia, originalmente, el hijo no podía ser titular de derechos propios, todo lo que adquiría entraba a formar parte del patrimonio del primero, principio suavizado, poco a poco, por la mayor independencia de los hijos en relación con los peculios que les fueron confiados, y por la creciente frecuencia de la emancipación.

Augusto permitió que el hijo sea propietario de un peculio castrense, ganado por su actividad militar, y, bajo Constantino, se añade a este privilegio un derecho análogo respecto del peculio quasi-castrense, obtenido por el ejercicio de alguna función pública o eclesiástica. Además, este emperador concedía al filiusfamilias la propiedad de los bienes adquiridos por la sucesión de su madre, sus abuelos, etc.

Originalmente, el usufructo del peculio castrense correspondía al paterfamilias, pero el emperador concede un importante privilegio más al filiusfamilias: no sólo que, en caso de muerte del padre, el peculio en cuestión sea entregado directamente al hijo, sin entrar en la masa sucesoria, sino que el hijo

podía inclusive, disponer por testamento de los bienes de que se tratara. Un siglo después, Adriano suprimió también aquel usufructo paternal.<sup>35</sup>

Finalmente, en tiempos de Justiniano, sólo los bona adventicia quedan todavía bajo la administración del paterfamilias, quien goza, respecto de ellos, de una especie de usufructo. Sin embargo, el donante o el de cujus, del cual estos bienes se habían obtenido, podía haber dispuesto que quedarían exentos de estas facultades paternas, a las cuales el padre mismo podía también renunciar en beneficio del hijo. Poco a poco, el derecho romano se acercaba así al derecho moderno, que ha suprimido la incapacidad patrimonial de los alieni iuris.

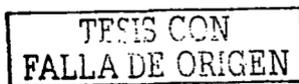
Tratándose del usufructo legal el padre no tenía la obligación de garantizar su manejo, recibiendo así una condición privilegiada en comparación con el usufructuario común y corriente. El derecho moderno ha reducido a la mitad el usufructo legal del padre respecto de los bienes de los hijos. Confirmando la idea romana, exceptúa al padre del deber de dar la fianza que debe proporcionar normalmente todo usufructuario. Pero la gran diferencia respecto del sistema romano es que allí la administración y el usufructo duraban normalmente toda la vida del paterfamilias, mientras que para nosotros la mencionada situación termina normalmente cuando el hijo llega a los dieciocho años.

El paterfamilias era responsable de las consecuencias patrimoniales de los delitos cometidos por el filiusfamilias, pero podía recurrir al abandono noxal, entregando al culpable para que expirara su culpa mediante trabajo.

La Patria Potestad que, en su origen, fue un poder establecido en beneficio del padre, se convirtió, durante la fase imperial, en una figura jurídica en la que encontramos derechos y deberes mutuos. Así, hallamos que, ya en tiempos de Marco Aurelio, se reconoce la existencia, en la relación padre-hijo de un recíproco derecho a alimentos.

---

<sup>35</sup> Ibid P. 16



La amplia extensión jurídica, unida a la excesiva duración de la patria potestad (hasta la muerte del paterfamilias), era un rasgo típico del derecho romano que el derecho moderno no ha adoptado. También en el *ius mediterráneo antiguo* fue considerado como una peculiaridad romana que encontraba su fundamento, no en el *ius gentium*, sino en el *ius civile*. En la práctica, empero, el sistema era soportable, cuando menos en los tiempos históricos, por la difundida costumbre de emancipar a los hijos cuando ellos lo deseaban y también por el sistema de los *peculios*, que los padres solían confiar a sus hijos para que los administraran quedándose éstos con parte de los beneficios.

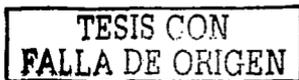
Como fuentes de la Patria Potestad, el derecho romano señala una natural y general, al lado de tres artificiales y excepcionales, entre las cuales la "legitimación" requiere, empero, un fundamento natural. Faltaba, sin embargo, el actual reconocimiento por testamento y ante notario o autoridades.

Mientras los hijos nacidos de un concubinato duradero son naturales *liberi*, exentos de la patria potestad, y mientras los nacidos de relaciones transitorias son sólo *spurii*, los nacidos después de ciento ochenta y dos días, contados desde el comienzo de las *iustae nuptiae*, o dentro de los trescientos días contados desde la terminación de éstas, son considerados como hijos legítimos del marido de la madre, salvo la prueba a cargo del marido de la madre de que no haya podido tener contacto carnal con ella, sea a causa de un viaje, sea por enfermedad, impotencia, etc. En el derecho preclásico, empero, ningún hijo valía como tal sin un acto expreso por parte del padre.<sup>36</sup>

Entre los romanistas de los últimos siglos ha habido una famosa controversia sobre la condición del hijo nacido antes de los primeros ciento ochenta y dos días del matrimonio. Notemos a este respecto que el derecho mexicano presume que tal hijo es fruto del matrimonio en el cual nació, aunque

---

<sup>36</sup> Ibid P. 17.



fuera concebido antes, limitando drásticamente la facultad del padre de combatir esta presunción.

Los hijos nacidos de *iustae nuptiae*, respecto de los cuales el padre no haya intentado, o no haya logrado, comprobar la imposibilidad precitada, caen bajo la patria potestad. Pueden reclamar alimentos del padre y, a su vez, tienen el deber de proporcionarlos. En caso de hijas, éstas tienen derecho además a que el padre les de una dote adecuada a su clase social.

Otras consecuencias del nacimiento en *iustae nuptiae* son que los hijos deberán obtener el consentimiento del padre para celebrar a su vez un "justo matrimonio", y que el padre tiene el derecho de administración y usufructo sobre determinados bienes adquiridos por el hijo, con todos los efectos que ya hemos señalado.

En cuanto a la filiación, el derecho romano admite una comprobación mediante los registros públicos de nacimiento, establecidos quizá por Augusto, en relación con su legislación caducaria. ; la comprobación de constante posesión de estado de hijo legítimo; en último caso, la prueba testimonial.

La legitimación era un procedimiento que sirve para establecer la patria potestad sobre hijos naturales y se realiza en una de las siguientes formas:

1. El "justo matrimonio" con la madre, algo que no siempre era posible.
2. Un rescripto del emperador, posible escape en los casos en que el matrimonio entre los padres no era realizable o aconsejable. El emperador solo autorizaba la legitimación en caso de ausencia de hijos legítimos.
3. La "obligación a la curia", en este caso el padre se hacía responsable de que su hijo aceptara la desagradable y arriesgada función de decurión, consejero municipal, que respondía con su propia fortuna del resultado

de los cobros fiscales decretados por el exigente Bajo imperio. Además, el padre debía separar de su patrimonio los inmuebles por cierta cantidad, para garantizar la gestión de su hijo en la curia.<sup>37</sup>

Por medio del procedimiento de adopción, el paterfamilias adquiría la patria potestad sobre el filiusfamilias de otro ciudadano romano. Este último debía prestar, desde luego, su consentimiento para ello.

Originalmente la adopción se llevaba a cabo mediante tres ventas ficticias de la persona por adoptar. Vendiendo a ésta tres veces y recuperando su patria potestad después de cada venta, el antiguo paterfamilias perdía su patria potestad después de cada venta, el antiguo paterfamilias perdía la patria potestad según las XII Tablas; y después de la tercera venta, el adoptante reclamaba ante el pretor la patria potestad sobre la persona por adoptar, cuyo antiguo paterfamilias figuraban este proceso ficticio como demandado. Como éste no se defendía, el magistrado aceptaba luego, como fundada, la acción del actor-adoptante. Así se combinan tres ventas ficticias con un proceso ficticio para llegar al resultado de la adoptio.

Justiniano decidió que tal acumulación de ficciones no es necesaria y que basta con una mera declaración ante el magistrado, hecho por ambos paterfamilias.

Como adoptio naturam imitatur, el adoptante debía tener dieciocho años más que el adoptado y la adptio creaba los mismos impedimentos matrimoniales que la filiación natural. Además, como el derecho imperial quiere estimular los matrimonios, solo permite la adoptio a ancianos mayores de sesenta años. Si un joven quiere tener hijos, que se case.

---

<sup>37</sup> Ibid. P 19



El derecho moderno mexicano ha reducido el mínimo de edad del adoptante, de sesenta años a treinta, ya que para él la única justificación de este límite es la de asegurar que el adoptante comprenda lo que está haciendo.

Ambos derechos exigen, además, que el adoptante no tenga hijos legítimos un requisito tratado con más elasticidad en el derecho romano que en el moderno, para evitar que la adopción perjudique a los intereses de éstos.

Dado que el adoptado salía de su familia original, perdía allí sus derechos sucesorios; y, en el caso de que su nuevo paterfamilias lo emancipara, se encontraba de pronto solo en el mundo privado de todo derecho sucesorio. Por eso, Justiniano declaró que el adoptado, además de adquirir un derecho sucesorio ab intestado con relación al adoptante pero no respecto de los parientes de éste, conservaba tal derecho dentro de su familia original. Además, normalmente, el adoptante no adquiría la patria potestad sobre el adoptado. Esta adopción, estructurada por Justiniano, es realmente sólo una sombra de lo que esta figura había sido originalmente. Fue calificada como adoptio plena; en casos excepcionales, empero, hubo todavía una adoptio plena, que otorgaba la patria potestad al adoptante, creando además derechos sucesorios mutuos, abintestado.

Después de una larga fase en la que la adopción cayó en desuso (salvo en unas familias aristocráticas que la utilizaron para perpetuar su nombre), la Revolución Francesa hizo de nuevo popular esta institución. Fue copiada por el derecho anglosajón, en este siglo, y creció en importancia por el impacto de las dos guerras mundiales. El derecho moderno, empero, suele restringir la adopción de mayores (México la permite sólo tratándose de incapacitados). Por lo demás, encontramos rasgos de la adoptio plena (el adoptante adquiere la patria potestad si el adoptado es menor de edad) y de la adoptio minus plena (el adoptado no pierde sus derechos sucesorios en la antigua familia).



La adrogatio permite que un paterfamilias adquiera la patria potestad sobre otro paterfamilias, por ejem., su propio hijo natural, en cuyo caso la adrogatio servía como un sustituto del moderno reconocimiento. La adrogatio está rodeada de los mismos requisitos de fondo que hemos señalado en el caso de la adoptio. Sin embargo, el procedimiento formal es más severo. Esto es explicable por las siguientes razones:

Por la adrogatio podía extinguirse eventualmente un culto doméstico; también podía tener, como consecuencia, que una gens perdiera alguna rica domus a favor de otra gens, lo cual podría perturbar el equilibrio político en la antigua Roma; y, finalmente, como el adrogado entraba con todo su patrimonio bajo el poder del adrogante, existía un peligro de adrogaciones inspiradas en motivos deshonestos. De ahí que la Roma republicana exigía para esta institución la aprobación de los comicios (por curias), con intervención sacerdotal. Cuando los comicios cayeron en desuso, se exigió el consentimiento de treinta lictores, hasta que Dioclesiano decidió que la aprobación personal del emperador era necesaria para la adrogatio, además, claro está, del consentimiento del adrogante y del adrogado.

La adrogación de impúberes sólo se permitió a partir de Antonio Pio. La legislación trataba de proteger, en tal caso, los intereses patrimoniales del adrogado. Si moría antes de llegar a la pubertad, el adrogante debía devolver el patrimonio del adrogado a los parientes originales de éste. En caso de ser desheredado por el adrogante, o en su caso de ser emancipado, el adrogado recuperaba sus bienes originales. Además en caso de desheredación, el adrogado podía reclamar una cuarta parte de lo que le hubiera correspondido en caso de sucesión por vía legítima, o sea, abintestato.

En el derecho moderno, como la división *alieni iuris-sui iuris* ya no existe, tampoco se necesita el dualismo de una adrogatio al lado de una adoptio.

Podemos observar, finalmente, que el derecho canónico medieval, en su afán de contrariar a los padres pecaminosos —pero con resultados muy perjudiciales para los hijos—, prohibió el establecimiento artificial de la patria potestad respecto de hijos propios, adulterinos o incestuosos. El sistema canónico mismo ha revisado, entre tanto, esta severa actitud, pero su posición anterior ha dejado huellas en el derecho civil de muchos países; no así en México, que ha orientado su legislación, sobre todo, al interés de los hijos permitiendo que sean reconocidos por el padre, aun en estos dos supuestos excepcionales.

Las causas por las que se extinguía la patria potestad son las siguientes:

- a) Por la muerte del padre (o por su *capitis deminutio máxima o media*).
- b) Por la muerte del hijo (o por su *capitis deminutio máxima o media*).
- c) Por la adopción del hijo por otro *paterfamilias* o la *adrogatio* del *paterfamilias*.
- d) Por casarse una hija *cum manu*.
- e) Por el nombramiento del hijo para ciertas altas funciones religiosas, o, en el derecho justiniano, también burocráticas.
- f) Por emancipación, figura que evolucionó desde ser un castigo (expulsión de la *domus*) hasta convertirse en una ventaja concedida al hijo a solicitud suya.

g) Por disposición judicial, como castigo del padre o, automáticamente, por haber expuesto al hijo, cosa frecuente en tiempos del bajo imperio, caracterizado por su pobreza general.

Por la extinción de la patria potestad, el hijo se convertía en paterfamilias –aún sin ser necesariamente padre, como hemos visto–, en caso de adopción, adrogación del paterfamilias o muerte del hijo.

La hija –fuera de los casos de adopción, adrogación del paterfamilias, muerte o matrimonio cum manu– se convertía en una persona sui iuris, sin llegar a ser jefe de una domus; normalmente, entraba bajo la tutela de algún pariente.<sup>36</sup>

#### EN FRANCIA.

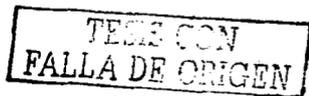
El derecho Francés define a la Patria Potestad como “el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales”.

En el derecho Francés se le atribuye la Patria Potestad conjuntamente al padre y a la madre, el hijo queda bajo la autoridad de ambos. Están sometidos a la Patria Potestad los hijos legítimos, los hijos naturales reconocidos y los hijos adoptivos.

En caso de que los padres hallan fallecido los ascendientes más ajeados no pueden ejercitar la Patria Potestad sobre los hijos: en virtud de que la potestad perteneciente a los padres tiene el carácter de una autoridad soberana e independiente de sus relaciones con los abuelos, no obstante los hijos están obligados a respetar a sus ascendientes en todos los grados.

Cabe mencionar que aunque se les atribuye a ambos padres los derechos y las facultades conjuntamente, esto en realidad no es así ya que

<sup>36</sup> Cfr. FLORIS MARGADANT, Guillermo, Op. Cit. PP. 200 y 201.



durante el matrimonio dicha potestad es del padre y sólo la ejerce la madre en los siguientes casos:

1. Muerte del padre
2. Pérdida para el padre de la patria Potestad
3. Cuando el padre no se halle en derecho de ejercer sus derechos (como es el caso de locura o ausencia)

En caso de muerte de ambos padres la ley les concede ciertos derechos a los abuelos como lo siguientes:

1. La tutela les pertenece de derecho salvo que el último de los padres al morir los halla despojado de ello.
2. Los ascendientes poseen siempre, aunque no tenga la tutela el derecho de consentir en el matrimonio de sus descendientes.<sup>39</sup>

Es de mencionarse que se puede dar la delegación judicial de la patria Potestad cuando la educación del hijo es para sus padres una carga muy pesada y estos están dispuestos a internar a su hijo en un hospicio o encomendarlo a una persona caritativa, también cuando el hijo ha sido abandonado y recogido por una institución.

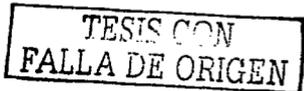
El Tribunal con conocimiento de causa puede delegar los derechos de la Patria Potestad abandonados por los padres y atribuir su ejercicio, total o parcialmente, al establecimiento o particular que se haya hecho cargo del menor.

Para dirigir la educación de los hijos se deben resolver ciertas cuestiones en cuanto a la religión que se le dará, la carrera que estudiará, etc.

Para dirigir la educación de los hijos se deben resolver ciertas cuestiones en cuanto a la religión que se le dará, la carrera que estudiará, etc.

Las sanciones que se les dan a los padres son las siguientes:

<sup>39</sup> PLANIOL, Marcel Op. Cit. p. 255.



1. El procedimiento especial de coacción organizada por la ley del 28 de marzo de 1882, para obligar a los padres de familia a que por lo menos den a sus hijos la instrucción primaria.

2. La pérdida de la Patria Potestad por parte del padre cuando pone en peligro al hijo y su moralidad ley del 24 de julio de 1889.

3. Las penas que se establecen en su contra cuando han favorecido la prostitución o libertinaje de sus hijos.

4. Las penas establecidas por la ley del 7 de diciembre de 1874, contra los trabajadores de las ferias que emplean a sus hijos menores de 16 años en ejercicios peligrosos o que los hagan figurar en sus representaciones antes de que cumplan 12 años.

5. La posibilidad de internar a su hijo en una correccional cuando haya cometido un delito y se le haya absuelto por haber obrado por discernimiento.<sup>40</sup>

Los padres no podrán cumplir la obligación que tienen de educar a sus hijos, de no haber recibido dos facultades especiales que son:

1. El derecho de custodia (el derecho de vigilancia)
2. El derecho de corrección.

Los padres tienen el derecho y la obligación de cuidar a sus hijos y vigilar su desenvolvimiento moral.

El mismo autor francés Marcel Planiol nos da unos puntos que son:

1. Los padres pueden reglamentar como quieran las relaciones de sus hijos, prohibirles que vean a tal o cual persona.
2. Los padres pueden examinar la correspondencia de sus hijos e interceptar, y en caso necesario las cartas que escriben o que reciben.

---

<sup>40</sup> Ibid. Pp. 257 y 258.

3. Los padres tienen la obligación legal de dar a sus hijos la instrucción primaria.

4. Los padres pueden en nombre de su hijo menor, reclamar la nacionalidad francesa.

Como lo hemos mencionado los padres son los encargados de la educación de sus hijos pero también hay sanciones que les imponen a los padres por violentar a sus hijos. La ley del 24 de julio de 1889 permitió que se le retire la Patria Potestad por los malos tratos donde haya puesto en peligro la salud de los menores.

En los tiempos antiguos el padre tenía el derecho de vida y muerte sobre los hijos.

En el derecho francés también se establece la posibilidad como medio de corrección de colocar a su hijo como aprendiz y la posibilidad de despojarlo de una parte de sus derechos hereditarios.

La obligación de los padres comprende los gastos de toda clase, que origina la presencia de hijo, que son la alimentación, vestido, casa, gastos por enfermedad etc.

Los padres tienen la obligación alimentaria para con sus hijos. Esta por su naturaleza es recíproca, y para toda la vida, el deber de los padres termina con la mayoría de los hijos.

El padre y madre permanecen obligados aunque hayan sido privados de la Patria Potestad. La pérdida priva de sus derechos de dirigir la educación, de administrar los bienes del hijo, de cobrar los ingresos de estos, pero no los libera de sus obligaciones.

Como compensación de las cargas que tienen que soportar, la ley les atribuye a los padres el usufructo legal de los bienes de los hijos menores de 18 años. Tal derecho es el de percibir los frutos, sin estar obligado a rendir cuentas, esto es, una ventaja que los padres tienen de la Patria Potestad.

El usufructo legal se extingue por la producción de un hecho que priva a los padres de la Patria Potestad y son:

1. La muerte del hijo.
2. Su emancipación,
3. La caducidad del padre y de la madre.

Y en el caso en que existiera un usufructo ordinario, las causas eran las siguientes:

1. El hecho de que el hijo cumpla 18 años.
2. El divorcio.
3. La falta de inventario después de la disolución de la comunidad.
4. La caducidad parcial de la Patria Potestad que priva a los padres del derecho de usufructo legal.

Al lado de la familia existe también la sociedad quien tiene también su parte de derechos e intereses por defender y proteger a los menores y tiene interés en que no se comprometa ni su salud, ni su moralidad. Por ello la jurisprudencia moderna ha reconocido la facultad de supervisar el ejercicio de la Patria Potestad.

En el derecho francés la Pérdida de la Patria Potestad se le da el calificativo de caducidad y se le clasifica en dos categorías:

1. La caducidad de pleno derecho: Se da como consecuencia legal a ciertas condenas penales que son las siguientes:
  - a) Condena por excitación habitual de su propio hijo al libertinaje.

- b) Condena por excitación habitual de los menores al libertinaje.
- c) Condena por crimen, cometido contra la persona del hijo.
- d) La segunda condena por un delito, cometido contra la persona del hijo.
- e) La segunda condena por delito cometido en participación con el hijo.

2. La caducidad facultativa: Esta la decretan los tribunales en los siguientes casos:

- a) Condena en razón de un crimen.
- b) Segunda condena por secuestro, supresión, exposición o abandono de hijos o por vagabundeo.
- c) Segunda condena por embriaguez pública.
- d) Toda condena por aplicación de la ley del 7 d diciembre de 1874.
- e) Primera condena por excitación habitual de menores al libertinaje.
- f) Envío al hijo a una casa de corrección.
- g) Condena por delito de abandono de familia.<sup>41</sup>

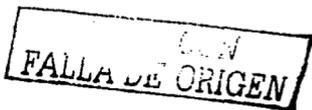
La caducidad de la Patria Potestad no es irremediable y definitiva. Los padres privados de ella tienen derecho para demandar de los tribunales la restitución de su ejercicio.

Si la caducidad que los afectó resultaba de una condena penal, sólo se les concede la acción de restitución en cuanto hayan obtenido su rehabilitación. Si la caducidad ha sido decretada por el Tribunal Civil, sin que los padres hayan incurrido en una condena penal, la acción puede ejercerse tres años después de haber causado ejecutoria la sentencia que decreto su caducidad.

La ley permite que los magistrados no decreten sino una caducidad parcial contra los padres indignos, limitándose a privar también el derecho de

---

<sup>41</sup> Ibid. Pp 271 y 272.



custodia, para confiar al hijo ya sea a un pariente, a una persona caritativa, o a la Asistencia Pública, o a una caducidad relativa, que sólo afecte a un hijo, si los padres maltratan únicamente a éste.

Los casos previstos por la ley del 5 de abril de 1898 son los siguientes:

1. Las lesiones o los malos tratos.
2. El abandono.
3. La entrega de un hijo a vagabundos.

Con posterioridad a la ley de 1898, diversas leyes especiales dictaron medidas relativas a la guarda de los hijos. Se trata de leyes del 11 de abril de 1911 sobre la prostitución de los menores, la del 22 de julio de 1912, sobre los tribunales para menores, y del 5 de agosto de 1916, sobre los menores abandonados.

### **EN EL DERECHO MEXICANO.**

En lo respectivo a la patria potestad y la guarda y custodia en nuestro derecho, podemos señalar que nuestro país estuvo poblado por los diversas civilizaciones como los aztecas, zapotecas, mayas, toltecas, tarascos, entre otros, quienes formaron sus propios sistemas de derecho.

El pueblo azteca es el que mayor hegemonía tuvo en gran parte del territorio nacional; comprendía la institución de la esclavitud diferente a la que practicó el pueblo romano, ya que el esclavo romano era considerado como una cosa y, en cambio, el dirimido a la esclavitud entre los aztecas, tenía personalidad jurídica, podía contraer matrimonio, poseer bienes y sus hijos nacían libres.

Siglos más tarde, en el gobierno de don Benito Juárez, se comisionó a Justo Sierra O' Reilly para que hiciera un proyecto de Código Civil, concluyendo

su labor bajo el imperio de Maximiliano. El día 8 de diciembre de 1870, el Congreso determinó aprobar el Código Civil del Distrito Federal y territorio de Baja California, todavía bajo el gobierno Juarista. Dicho ordenamiento de carácter legal, fue derogado el 31 de marzo de 1884 y, posteriormente, la Ley de Relaciones Familiares de Venustiano Carranza, que entre otras cosas como ya vimos instituyó el divorcio vincular, suprimió la potestad marital y dio capacidad de indole jurídica a la mujer que había contraído matrimonio, para ejercer derechos sin autorización de su esposo y, finalmente; el 30 de agosto de 1928, fue expedido el Código Civil para el Distrito Federal y territorios Federales, entrando en vigor a partir del día 1 de octubre de 1932. La Ley de Relaciones Familiares de 1917 era muy parecida, en cuanto a su contenido y relativo a los alimentos, al actual Código Civil Vigente en el Distrito Federal.

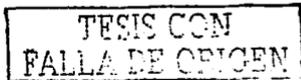
Cabe decir que en términos generales la Patria Potestad fue retomada por los legisladores con las bases y características de la antigua Roma, adoptando también algunos conceptos de Francia como lo podremos observar en las legislaciones que analizaremos a continuación.

#### **Código Civil de 1870**

Esta legislación estableció que los hijos cualesquiera que sea su estado, edad y condición deberán honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

Como sujetos pasivos de la Patria Potestad consideraba a los hijos menores de edad no emancipados. Como sujetos activos de la Patria potestad estaban antes que nadie el padre y la madre y a falta de éstos podían ejercerla en el siguiente orden:

1. Abuelo Paterno
2. Abuelo Materno



**3. Abuela Paterna**

**4. Abuela Materna**

En dicho Código estaba contemplada la facultad del padre para corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente, así como la obligación de educarle convenientemente. Al igual los padres se les marca obligación también se les imponía obligación a los hijos de permanecer en la casa, así mismo no podía comparecer en juicio ni contraer obligaciones sin que lo consintiera la persona que ejercía la Patria Potestad.

En cuanto a los bienes del hijo, el que ejercía la Patria Potestad era el legítimo representante y administrador legal de los bienes. Cuando se deba en el caso de que el hijo tuviera la administración de los bienes por la ley o por la voluntad del padre se le consideraba como emancipado. Los hijos al llegar a la mayoría de edad tenían la facultad de pedir cuentas a los padres de la administración de los bienes.

Los bienes del hijo se dividían en las siguientes clases:

1. Bienes que proceden de donación del padre.: la propiedad pertenece al hijo y la administración al padre.
2. Bienes que procedan de donación de la madre, o de los abuelos aún cuando aquella o alguno de éstos este ejerciendo la patria potestad.
3. Bienes que procedan de donación de los parientes colaterales o de persona extraña, aunque éstos y los de la segunda clase se hayan donado en consideración del padre.
4. Bienes debidos a don de la fortuna: en éstos últimos tres tipos de bienes la propiedad de los bienes y la mitad del usufructo eran del padre.

5. Bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto no importando cual sea; en cuanto a estos bienes la propiedad, la administración y el usufructo pertenecían totalmente al hijo.

El padre no podía enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles que le correspondían al usufructo y a la administración a menos que hubiera una causa de absoluta necesidad o evidente utilidad y previa la autorización del juez competente.

El derecho de usufructo que se le concedía al padre se extinguía por las siguientes causas:

- a) Por la emancipación o mayor edad de los hijos.
- b) Cuando la madre pasaba a segundas nupcias.
- c) Por renuncia, la cual si se realizaba se consideraba como donación para el hijo.

En aquellos casos en los que el padre tenía un interés opuesto al de sus hijos menores, el juez nombraba un tutor para que los representara en juicio.

La patria Potestad terminaba por la muerte de quien la ejercía, por la emancipación y por la mayoría de edad del hijo. En cuanto a la pérdida de la Patria Potestad se daba cuando el que la ejercía era condenado a alguna pena que implicaba la pérdida de la misma. En ocasiones los tribunales podían privar de la Patria Potestad al que la ejerce o modificar su ejercicio si se exceden, no cumplen la función de educarlos o les imponen preceptos inmorales.

También la patria Potestad se podía suspender por las siguientes causas:

1. Por incapacidad declarada judicialmente cuando se trataba de mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún

cuando tenían intervalos lúcidos, así como los que eran sordomudos y no sabían leer ni escribir.

2. Cuando se trataba de pródigos declarados conforme a la ley en cuanto a la administración de los bienes.
3. Por la ausencia declarada en forma.
4. Por la sentencia condenatoria que imponía como pena dicha suspensión.

En el código que nos ocupa la madre, los abuelos y las abuelas podían siempre renunciar su derecho a la Patria Potestad o al ejercicio de la misma, la cual en ambos casos recaía en el ascendiente que correspondía según la ley y si no lo había se le proveía de tutor al menor conforme a derecho, es decir si renunciaban ya no podían recobrarla.

En otro supuesto cuando la madre o abuela en su caso, quedaban viudas y daban a luz un hijo ilegítimo perdían sus derechos o por consiguiente contraían otras nupcias también perdían la Patria Potestad.

#### **Código Civil de 1884.**

Al igual que en el Código de 1870 se disponía que los hijos cualesquiera que sea su estado, edad y condición deban honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes y estaban sujetos a la guarda y custodia de los padres o ascendientes.

Los hijos y sus bienes eran los sujetos pasivos ya que es sobre ellos sobre los cuales se ejerce la patria Potestad.

Los sujetos activos son el padre y la madre también según sea el caso lo es el abuelo paterno, el abuelo materno, la abuela paterna y la abuela materna.

es necesario mencionar que estos solo ejercían la Patria Potestad en caso de muerte, interdicción o ausencia.

Los hijos no podían dejar la casa de quien la ejercía sin permiso del mismo o de la autoridad pública competente.

También el padre tiene la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente, asimismo tiene la obligación de educarlo convenientemente.

La persona sobre la que se ejerce la Patria potestad no podía comparecer en juicio ni contraer obligación alguna sin consentimiento del que ejercía aquel derecho.

El padre no podía enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles de los cuales le correspondían el usufructo y la administración, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad y previa la autorización del juez competente.

El derecho de usufructo concedido al padre se extinguía:

1. Por la emancipación o mayor edad del hijo.
2. Por la pérdida de la patria Potestad.
3. Por renuncia, lo cual si se hacía a favor del hijo se consideraba como donación.

Si los padres tenían un interés opuesto al de sus hijos menores el juez nombraba un tutor para que los representara en juicio.

Por lo que hace al término de la patria Potestad, este se daba por la muerte de la persona que la ejercía, por la emancipación y por la mayor edad del hijo.

La Patria Potestad se perdía cuando el que la ejercía era condenado a alguna pena que importaba la pérdida de este derecho. En caso de que no se les educará, se les imponían preceptos inmorales o se les daban ejemplos corruptores, los tribunales podían privar de la Patria Potestad al que la ejercía.

También se podía dar la suspensión de la patria Potestad por la incapacidad declarada judicialmente cuando se trataba de mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad o de sordomudos que no sabían leer o escribir, o la ausencia declarada en forma y por sentencia condenatoria que imponía como pena esta suspensión.

Es de importancia destacar que se contemplaba el derecho de la madre, abuelos y abuelas, a renunciar al derecho de la Patria Potestad o al ejercicio de esta, la cual continuaría ejerciendo el ascendiente a quien correspondía según la ley, en caso de no haber nadie se proveía de tutor, cabe mencionar que el ascendiente que renunciaba a este derecho no podía recobrar la Patria Potestad.

La madre o abuela viuda que daba a luz a un hijo ilegítimo perdía los derechos asimismo cuando pasaban a segundas nupcias.

#### **Ley de Relaciones Familiares de 1917.**

Esta ley no difería mucho de los Códigos Civiles de 1870 y de 1884, pues eran casi las mismas disposiciones: en dicha ley se establecía que los hijos debían honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

En dicha ley se disponía que la patria potestad se ejercía por el padre y la madre, por el abuelo y la abuela paternos, por el abuelo y la abuela maternos, sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos, de los hijos legitimados de los naturales y de los adoptivos.

El hijo no debía dejar la casa de los padres que ejercían la patria potestad sin permiso de ellos o decreto de la autoridad judicial competente. Los padres tenían la obligación de educarlo convenientemente también tenían la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente; el que estaba sujeto a la patria Potestad no podía comparecer en juicio ni contraer obligación alguna sin consentimiento del que la ejercía.

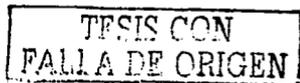
También se consideraba la posibilidad de que las autoridades auxiliasen a los padres en el ejercicio de la Patria Potestad de una manera prudente y moderada si se les requería.

Los padres o quienes estuvieran ejerciendo la patria potestad eran los legítimos representantes de los que estaban bajo la misma y tenían la administración legal de los bienes que les pertenecían conforme a las prescripciones de ley, mientras duraba la administración los que ejercieran la Patria potestad tenían la mitad del usufructo de ellos. Es de mencionar que no podían enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles o muebles que correspondían al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad, y previa la autorización del juez competente.

Si la patria potestad era ejercida por el padre y la madre, o por el abuelo y la abuela, el administrador de los bienes era el padre o el abuelo pero tenía la obligación de consultar en todos los negocios a su consorte y requería su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

También el padre o el abuelo podían representar a sus hijos en juicio pero no podían celebrar ningún arreglo para terminarlo, sino era con el consentimiento expreso para los actos más importantes para la administración o de su consorte y con la autorización judicial cuando la ley lo requería expresamente.

El derecho de usufructo concedido a los que ejercían la Patria Potestad se extinguía por la mayor edad de los hijos, por la pérdida de la Patria



Potestad y por renuncia. Cuando los que ejercían la patria Potestad tenían un interés opuesto al de sus hijos menores, serían representados en juicio y fuera de él por un tutor nombrado por el juez para cada caso.

Los jueces tenían la facultad de tomar las medidas necesarias para asegurar los bienes del hijo, siempre que el que ejercía la Patria Potestad los administrara mal derrochándolos o haciéndoles pérdidas de consideración. Dichas medidas se tomarían a instancia de la madre o de la abuela, cuando era el padre o el abuelo el que administraba, o del abuelo cuando era la madre la que estaba administrando, o de los hermanos mayores del menor, o de este mismo cuando había cumplido 14 años, o del Ministerio público.

La patria Potestad se terminaba por las siguientes causas:

1. Por la muerte del que la ejercía sino había otra persona en quien recayera.
2. Por la mayor edad del hijo.
3. Por la emancipación.

La Patria Potestad se perdía cuando el que la ejercía era condenado a alguna pena que implicaba la pérdida de este derecho.

Los tribunales podían privar de la Patria potestad al que la ejercía o modificar su ejercicio, si trataban a los que estaban bajo ella con excesiva severidad, no los educaban o les imponían preceptos inmorales, asimismo si les daban ejemplos o consejos corruptores.

La Patria potestad se suspendía:

1. por incapacidad declarada judicialmente.
2. Por la ausencia declarada en forma.

3. Por sentencia condenatoria que impusiera como pena esa suspensión.

Los abuelos y las abuelas podían renunciar a su derecho a la Patria Potestad o al ejercicio de esta, la cual en los dos casos recaería en el ascendiente o descendiente que correspondiera según la ley, en caso de que no los hubiera se procedía a la tutela del menor conforme a derecho, pero es importante decir que los que renunciaban no podían recobrarla.

Al igual que en los Códigos ya citados la madre o abuela viuda que ejercía la patria potestad perdía el derecho a ella, o también si daban a luz a un hijo ilegítimo. Asimismo si la madre o la abuela que contraían nuevas nupcias perdían la patria Potestad y en caso de que no hubiera otra persona en quien recayera la patria potestad se procedía a la tutela conforme a la ley.

#### Código Civil de 1928.

Este Código se encuentra vigente en el derecho mexicano. La Patria Potestad se encuentra codificada de una manera similar en algunas disposiciones a las ya citadas en los Códigos anteriores, pero ha sufrido algunas modificaciones.

La Patria Potestad se ejerce por los padres, a falta de uno la ejerce el otro o a falta de ambos será ejercida por los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez, sobre los hijos menores de edad no emancipados y sobre sus bienes.

Los que ejercen son los legítimos representantes de los que están bajo ella y tienen la administración legal de los bienes, los cuales a diferencia de las demás legislaciones ya mencionadas se dividen tan solo en dos clases como lo dispone el artículo 428:

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

ESTA TESIS NO SALE  
DE LA BIBLIOTECA

1. Bienes que adquiera por su trabajo, y que por lo tanto le pertenece la propiedad, administración y usufructo al hijo.

2. Bienes que adquiera por cualquier otro título, en éstos, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejerzan la Patria Potestad.

Una modificación que se hizo mucho antes de las reformas de diciembre de 1997, es la que en los Códigos de 1870 y 1884 se contemplaba el derecho de la madre de renunciar a la Patria Potestad, situación que considero que era totalmente fuera de lugar, porque como era posible que se le permitiera renunciar a los derechos y obligaciones que lleva implícitos el ejercicio de la Patria Potestad y que independientemente de que el derecho los regulará o no, debía cumplir, porque es un deber moral que nace al concebir un hijo y que no se puede evadir. En el Código Civil de 1928 ya no se contempla ese derecho que tenía la madre, pues ahora sólo está contemplado para los abuelos.

### **3.3.1. CASOS DE GUARDA Y CUSTODIA CONFORME AL CÓDIGO CIVIL.**

Ya en puntos anteriores, señalamos que la guarda y custodia es un derecho y obligación de los padres o ascendientes sobre los menores no emancipados relacionado con la patria potestad y que consiste en brindarles todo el cuidado, atención, convivencia, educación y compañía a los menores ya que por su edad y características propias no pueden cuidarse por sí mismos.

Así, el Código Civil vigente para el Distrito Federal estipula sobre la guarda y custodia algunos supuestos por demás interesantes contenidos en los artículos 411 que dispone lo siguiente:

*"Artículo 411.-En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición".*

De acuerdo con este numeral, en la relación entre los ascendientes y los descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, característica fundamental del ejercicio de la guarda y custodia.

El artículo 413 señala que el ejercicio de la guarda y custodia de los menores queda subordinado a las modalidades que impongan las resoluciones que dicte el órgano jurisdiccional competente, de conformidad con la Ley de Tratamiento de Menores Infractores del Distrito Federal:

*"Artículo 413.-La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guardia y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal".*

El artículo 416 establece otra hipótesis sobre la separación de los cónyuges, los cuales a pesar de esta situación de rompimiento deben continuar con sus derechos y deberes derivados de la relación familiar. Las partes pueden convenir sobre esta materia, sin embargo, si no se llega al mismo, el juez podrá resolver este punto oyendo al representante social. El numeral dice también que con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo la custodia de una de las partes, generalmente de la madre, en caso de menores no emancipados:

*"Artículo 416.-En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.*

*En este supuesto, con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial”.*

De acuerdo con el numeral siguiente, independientemente de que uno de los cónyuges ejerza la custodia del o los menores, el otro tiene el derecho de convivir con ellos, salvo que exista algún tipo de peligro para la integridad física o emocional de ellos. Este derecho no podrá impedirse salvo que haya una resolución judicial que así lo dicte, como en el caso de la pérdida de la patria potestad:

*“Artículo 417.-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 podrán 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”.*

El artículo 418 establece que las obligaciones y las restricciones de los tutores, se aplicaran también al pariente que tenga la custodia de un menor. El que tenga la patria potestad de un menor tiene el deber de contribuir con el pariente que ejerza la custodia del mismo en todos los deberes del mismo. La custodia del pariente puede terminar por su decisión o por una resolución judicial:

*“Artículo 418.-Las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los tutores, se aplicarán al pariente que por cualquier circunstancia tenga la custodia de un menor. Quien conserva la patria potestad tendrá la obligación de contribuir con el pariente*

*que custodia al menor en todos sus deberes, conservando sus derechos de convivencia y vigilancia.*

*La anterior custodia podrá terminar por decisión del pariente que la realiza, por quien o quienes ejercen la patria potestad o por resolución judicial".*

Señalamos también con anterioridad que de acuerdo con el artículo 421, el menor que esté sujeto a la patria potestad no podrá abandonar la casa donde ésta se ejerza, sin permiso de las personas titulares del derecho o de la autoridad:

*"Artículo 421.-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".*

El artículo 422 obliga a quienes tiene la patria potestad o la custodia de uno o varios menores a educarlo convenientemente, y cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela o de otra autoridad administrativa que no se cumple con este deber, deberán notificarlo al Ministerio Público competente:

*"Artículo 422.-A las personas que tienen al menor bajo su patria potestad o custodia incumbe la obligación de educarlo convenientemente.*

*Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela o de cualquier autoridad administrativa que dichas personas no cumplen con la obligación referida, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda".*

El artículo 423 complementa lo anterior al facultar a quienes ejerzan la patria potestad o la custodia de los menores a corregirlos y de observar en todo momento una buena conducta respecto a los menores. Esta facultad no les autoriza a incurrir en actos que puedan caer en violencia intrafamiliar:

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

*La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica en los términos de lo dispuesto por el artículo 323 ter de este Código".*

Cabe recordar que la guarda y custodia deriva de la situación familiar y recae en los padres o ascendientes en línea recta en términos normales. En caso de que los cónyuges estén en proceso de divorcio, las mismas pueden convenir sobre cuál de las dos ejercerá este derecho, teniendo la otra el de visita y convivencia con el o los menores. En caso de que no haya convenio, el juez determinará quién ejercerá la guarda y custodia, siempre, velando por el interés de los mismos.

### **3.4. DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE IMPONE LA GUARDA Y CUSTODIA.**

La figura e Institución de la guarda y custodia impone una serie de derechos y de obligaciones que son los siguientes.

En relación a los menores, los derechos son que uno de los cónyuges cuide de la integridad de los menores, esté pendiente de sus necesidades, provea los alimentos, medicinas y la educación pertinentes, imperando en todo momento una situación de respeto y de amor hacia el menor (artículo 411).

Los menores tienen derecho a que quienes ejerzan la patria potestad o la guarda y custodia les brinden siempre un buen ejemplo, pero, además, que los corrijan sin que ello implique algún acto de violencia intrafamiliar (artículo 423).

Los menores tienen el derecho de convivir con los dos cónyuges en el caso de que se esté tramitando el divorcio (artículos 416 y 417).

Todos estos derechos implican para los menores la garantía de tener un hogar colmado de atenciones en todos los sentidos y de un futuro promisorio para los mismos.

Estos derechos constituyen por ende, también derechos y deberes para los dos cónyuges, quienes deben compartirlos en la mitad de sus posibilidades, siendo una

gran responsabilidad que los padres o ascendientes deben cumplir cabalmente, aún en el caso de que se esté tramitando el divorcio.

Recordemos que en caso de que no haya convenio entre las partes sobre la persona encargada de la guarda y custodia, el juez determinará quién es el que debe ejercitarla, sin perjuicio de que el otro cónyuge cumpla con sus derechos y obligaciones arriba señaladas.

### 3.5. LA MINORÍA DE EDAD.

Son menores de edad quienes poseen solo la capacidad de goce (facultad de ser titular de derechos: derecho a la vida, a la alimentación, al cuidado, a la educación, etc.), más no tienen capacidad de ejercicio, es decir, no tienen personalidad jurídica. Dicen los autores Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara:

"MENOR. Persona que no ha cumplido todavía los dieciocho años de edad (en México)".<sup>42</sup>

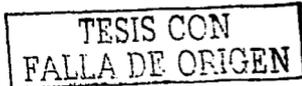
Los menores de edad son en la concepción amplia de los autores quienes no han alcanzado la mayoría de edad, que efectivamente en México es a los dieciocho años.

Los menores de edad están sujetos a la patria potestad de los padres o los ascendientes, así como a otros derechos como la guarda y custodia. Señala el artículo 425 del Código Civil vigente lo siguiente:

*"Artículo 425.-Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este Código".*

Los que ejercen tanto la patria potestad como la guarda y custodia, son los legítimos representantes de los menores y por consiguiente, de sus bienes, sobre los cuales tienen la administración:

<sup>42</sup> PINA, Rafael y Rafael DE PINA VARA. Op. Cit. p. 371.



*"Artículo 426.-Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este Código".*

En virtud a la patria potestad, quienes la ejercen representan a los menores en juicio:

*"Artículo 427.-La persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su consorte, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente".*

El estado de menor de edad implica como ya lo hemos venido manifestando, un conjunto de derechos y de deberes de quienes ejercen la patria potestad y la guarda y custodia hacia aquellos. Por esto, el menor de edad necesita que alguno de los cónyuges o ambos ejerzan la patria potestad y la guarda y custodia para garantizarles una vida digna y adecuada en un marco de respeto tanto de los padres o ascendientes hacia los menores como de éstos hacia los primeros.

Estos derechos y obligaciones que nacen de la minoría de edad han sido motivo de tutela de las diferentes legislaciones a través de la historia, y nuestra legislación civil para el Distrito Federal no es la excepción.

El menor de edad, por motivo de sus características biológicas, requiere de cuidados, atención y que alguien lo guíe por el buen camino, dándole educación y los más altos valores morales para que el día de mañana sea una persona de bien.

De esta manera, los menores de edad tienen una gran gama de derechos derivados de sus nexos familiares, los cuales son vigilados y salvaguardados por el juez de lo familiar, en el caso de que exista una controversia familiar.

**CAPITULO 4.**  
**PROBLEMÁTICA DE LA GUARDA Y CUSTODIA**  
**EN EL DIVORCIO NECESARIO.**

**4.1 MEDIDAS PROVISIONALES. SU FUNDAMENTO.**

Las Medidas Provisionales son dictadas exclusivamente en los juicios de divorcio necesario, y tienen vigencia únicamente desde el inicio del procedimiento de divorcio hasta la conclusión del mismo. Están encaminadas a proteger durante el procedimiento, a los cónyuges, el patrimonio de estos y sobre todo el bienestar de los menores procreados en el matrimonio.

Cabe mencionar que las medidas provisionales se solicitan al inicio de la demanda de acuerdo a las necesidades del cónyuge agraviado, de los menores procreados, así como de la gravedad de la causal de divorcio invocada, sin embargo, si no son solicitadas y el Juez lo considera necesario, con las facultades que le confiere la ley, puede determinar las medidas requeridas necesarias para la protección de los menores.

Las Medidas Provisionales están contempladas por el artículo 282 del Código Civil vigente para el Distrito Federal el cual a la letra dice:

*"ARTICULO 282. Desde que se presenta la demanda de divorcio, y solo mientras dura el juicio se dictaran las Medidas Provisionales pertinentes conforme a las disposiciones siguientes:*

*1.- La separación de los cónyuges. El Juez de lo Familiar determinara con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés Familiar y lo que más convenga a los hijos, cual de los cónyuges continuara el uso de la vivienda familiar y así mismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en esta y los que se ha de llevar el otro*

*cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión arte u oficio a que este dedicado, debiendo informar este el lugar de su residencia.*

*La separación conyugal decretada por el juez interrumpe los términos a que se refiere las fracciones VIII y IX del artículo 267 de éste Código;*

*II.- Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos deben dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponden;*

*III.- Las que estime convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Así mismo, ordenar, cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges, la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal y de aquellos lugres en que se conozca que tienen bienes:*

*IV.- Dictar, en su caso las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede embarazada;*

*V.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de estos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez de lo Familiar previo procedimiento que fije el Código respectivo y tomando en cuenta la opinión del menor, resolverá lo conducente.*

*Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre;*

*VI.- El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres:*

VII.- En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las causales invocadas en la demanda, tomará las siguientes medidas, con el fin de salvar y guardar la integridad y seguridad de los interesados, que tratándose de violencia familiar deberá siempre decretar:

- a) Ordenar la salida del cónyuge demandado de la vivienda donde habita el grupo familiar;
- b) Prohibición al cónyuge demandado de ir a lugar determinado, tal como el domicilio o el lugar donde trabajan o estudian los agraviados; y
- c) Prohibir que el cónyuge demandado se acerque a los agraviados a la distancia que el propio Juez considere pertinente;

VIII.- Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieren otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este Código;

IX.- Requirirá a ambos cónyuges para que le exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como, de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal en su caso especificando a demás el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el valor que estime que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. Durante el procedimiento, recabará la información complementaria y comprobación de datos que en su caso precise; y

X.- Las demás que consideren necesarias "

El divorcio necesario es una consecuencia del rompimiento de una relación familiar o de los cónyuges, como resultado de diversos problemas que surgieron dentro de la familia, los cuales afectan a los miembros de la misma desde los cónyuges, principales responsables de la problemática, hasta los menores hijos, víctimas de los mismos. Por lo tanto, las medidas provisionales son indispensables a fin de que el daño psicológico, físico, moral o económico no se siga incrementando durante la contienda judicial, es decir

en el juicio de divorcio necesario y los agraviados tengan que esperar hasta que concluya el procedimientos para que el juzgador resuelva definitivamente sobre el problema familiar, por lo que con las medidas antes citadas se trata de proteger al cónyuge agraviado así como a los menores procreados dentro del matrimonio.

#### **4.2. SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS MENORES DURANTE EL JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO.**

Sin lugar a duda, en los problemas de los cónyuges, que traen como consecuencia la disolución del vínculo matrimonial, por alguna de las causales establecidas por el artículo 267 del Código Civil, los menores son los más afectados tanto emocionalmente, en ocasiones físicamente o psicológicamente, esto por las actitudes de los cónyuges, sobre todo si se trata de causales previstas por las fracciones siguientes:

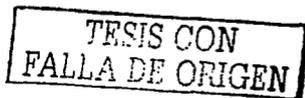
*XI. La servicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, o para los hijos;*

*XV. El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;*

*XVI. Cometer un cónyuge contra la persona, o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;*

*XVII. La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en este Código;*

*XIX. El uso no terapéutico de las substancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos*



*psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;*

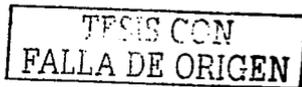
*XXI. Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 de éste Código."*

Uno de los puntos más importantes, al promover el juicio de divorcio necesario, es definir provisionalmente la situación jurídica de los menores procreados durante el matrimonio, a fin de proteger su bienestar y asegurar su sano desarrollo. Al respecto la Ley establece que se deben de dictar medidas provisionales a la admisión de la demanda, esto en su artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, en las cuales se definirá provisionalmente la situación jurídica de los menores en los siguientes aspectos:

- a) Señalar una pensión alimenticia a favor de los menores hijos.
- b) Definir la guarda y custodia de los menores procreados en el matrimonio.
- d) Decretar un régimen de visitas o convivencia de los menores con sus padres, teniendo el derecho de ser escuchados los primeros.
- e)

En cuanto a determinar la guarda y custodia en forma provisional, que desde mi punto de vista considero la medida provisional más importante, ya que de ello depende el bienestar de los menores o bien el hecho de que no se le siga dañando, ya que si se determina la guarda y custodia a favor del cónyuge que con sus actitudes les ha generado un daño psicológico y es el responsable del rompimiento conyugal y por lo tanto de la causal de divorcio, los menores seguirán dañándose.

Al respecto la Ley establece en su fracción V del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, manifiesta que "el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez de lo Familiar



previo el procedimiento que fije el Código respectivo y tomando en cuenta la opinión del menor resolverá lo conducente.

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

Para que el Juez de lo Familiar determine la guarda y custodia, buscando el bienestar de los menores, tiene que tomar en consideración si ambos cónyuges están de acuerdo en que alguno de ellos se quede con los menores provisionalmente, así mismo si alguno de los dos cónyuges está en desacuerdo o existe el deseo de ambos de ejercer la guarda y custodia la Ley establece en su artículo 380 del Código Civil lo siguiente: "Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan a un hijo en el mismo acto, convendrán cual de los dos ejercerá la guarda y custodia; y si no lo hicieren, el Juez de lo Familiar, oyendo al padre, madre, al menor y al Ministerio Público resolverá lo más conveniente atendiendo el interés superior del menor."

En éste sentido el Juez resuelve la guarda y custodia de los menores en una audiencia, en la cual le da cumplimiento al artículo citado anteriormente, pero, siempre, escuchando a los menores y al C. Agente del Ministerio Público, y en ese mismo acto determina el régimen de visitas y convivencias con el cónyuge que no obtenga la Guarda y Custodia.

#### **4.3 DERECHOS DE LOS MENORES.**

Durante los Juicios de Divorcio así como en las controversias entre los cónyuges, la Ley establece como derechos de los menores, los siguientes:

**PENSION ALIMENTICIA**, es un derecho que los menores tienen con el fin de que se asegure su bienestar económico y la satisfacción de sus necesidades indispensables para vivir, este derecho lo consagra el artículo 303 del Código Civil que a la

letra dice "Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado". Este precepto legal determina que el derecho de los menores a los alimentos no se extingue en caso de que el padre se vea imposibilitado a dar cumplimiento con los alimentos, ya que la obligación recae en los ascendientes del mismo.

A fin de darle cumplimiento a este derecho de los menores, el Juez a l admitir de la demanda de divorcio necesario, fijaran una cantidad o porcentaje de los ingresos del deudor alimentario, a favor de los menores por concepto de pensión alimenticia. Como lo establece el artículo 282 fracción II del Código Civil que dice "Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos deben dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda;"

Para que el Juez se vea en posibilidades de señalar una pensión alimenticia a favor de los menores, se requiere de conocer el monto de los ingresos y la fuente de los mismos, información que debe ser proporcionado por la parte actora, así como las necesidades de los menores, esto a fin de que sea una pensión alimenticia equitativa, y así darle cumplimiento al artículo 311 del Código Civil que manifiesta "Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien deba recibirlos". Se fija la pensión alimenticia por cantidad cuando el acreedor alimentario trabaja por su cuenta y por porcentaje cuando este obtiene ingresos por alguna institución o empresa, para lo cual se gira oficio ordenando al representante legal del centro de trabajo, se le haga el descuento correspondiente al porcentaje fijado por concepto de pensión alimenticia, el cual se realizara de todas las percepciones ordenadas y extraordinarias que perciba el acreedor alimentario.

Este derecho de los menores no puede ser ejercitado por los mismos en virtud de su capacidad jurídica, por lo que la Ley al respecto enumera las personas que podrían hacer valer dicho derecho, de la siguiente forma.

Artículo 315 del Código Civil para el Distrito Federal: "Tienen acción para pedir el aseguramiento de los alimentos:

*I. El acreedor alimentario;*

*II. El que ejerza la patria potestad o el que tenga la guarda y custodia del menor;*

*III. El tutor;*

*IV. Los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado;*

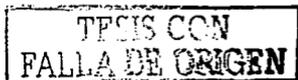
*V. La persona que tenga bajo su cuidado al acreedor alimentario; y*

*VI. El ministerio Público".*

La pensión alimenticia decretada en forma provisional, puede variar en la sentencia definitiva de acuerdo a las circunstancias que sean acreditadas durante el procedimiento, atendiendo el bienestar de los menores procreados en el matrimonio.

#### **EL DERECHO SER ESCUCHADOS PARA DETERMINAR LA GUARDA Y CUSTODIA.**

Cuando los padres no se ponen de acuerdo para definir con quien se quedaran a vivir los menores procreados en el matrimonio, la ley le concede a los menores el derecho de ser escuchados mediante una comparecencia, en la cual acuden ante el juez, para platicar con el juzgador y así ser tomados en cuenta, este derecho esta contemplado en el artículo 282 Fracción V del Código Civil para el Distrito Federal, que manifiesta que en caso de que los padres no se pongan de acuerdo para determinar con quien habitaran los menores: "El Juez de lo Familiar, previo el procedimiento que fije el Código respectivo y tomando en cuenta la opinión del menor, resolverá lo conducente."



Igualmente, el artículo 380 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece "Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan a un hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su guarda y custodia; y si no lo hicieren, el Juez de lo Familiar, oyendo al padre, madre, al menor y al Ministerio Público, resolverá lo más conveniente atendiendo siempre el interés superior del menor."

Este derecho que la ley le concede al menor es importante, ya que le permite ser tomado en cuenta y ser escuchado por él, juzgador, ya que finalmente, quien puede dar una mejor perspectiva de las situaciones que le afectan al menor así como el sentir de este, es el mismo menor. Ya que antes de que se les reconociera ese derecho a los menores, estos eran tratados como objetos, ya que el juzgador determinaba la guarda y custodia a favor de alguno de los cónyuges y el menor se quedaba con ese cónyuge, aún en contra de su voluntad, sin haber sido tomado en cuenta, y desconociendo el Juez el trato que recibía por parte de dicho cónyuge.

En muchas ocasiones, los cónyuges quieren la guarda y custodia, únicamente para perjudicar al otro cónyuge, a través de los resentimientos y problemas generados durante el matrimonio, olvidándose completamente de que es lo que podría ser lo mejor para los menores, y así buscar el bienestar de ellos y no seguirlos dañando, de ahí la importancia del derecho que la ley les otorga a los menores para ser escuchados, ya que de esta forma no son utilizados por los padres, para perjudicarse entre sí.

#### **EL DERECHO SER ESCUCHADOS PARA DETERMINAR LAS VISTAS O CONVIVENCIAS CON SUS PADRES.**

Este derecho se los concede a los menores el artículo 282 Fracción VI del Código Civil para el Distrito Federal, en la cual hace referencia "El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres;"

El juzgador antes de otorgar el régimen de visitas y convivencias al cónyuges que no tenga la guarda y custodia mediante comparecencia de los menores, escucha a los mismos, para conocer su deseo de convivir así como las actividades que realizan y los horarios a fin de no ser afectados por el régimen de visitas que se señale.

### **EL DERECHO A NO SER MOLESTADOS Y TENER UNA VIDA TRANQUILA EN CASO DE VIOLENCIA FAMILIAR.**

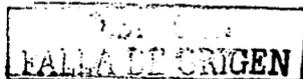
En el caso de que exista violencia familiar en el seno familiar, el Código Civil para el Distrito Federal, tratando de proteger la integridad física, moral y psicológica de los menores, en diversos artículos establece como medidas las siguientes:

*"ARTICULO 282. Desde que se presenta la demanda de divorcio, y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes conforme a las disposiciones siguientes:*

VII. En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las causales invocadas en la demanda, tomará las siguientes medidas, con el fin de salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, que tratándose de violencia familiar deberá siempre decretarse:

- a) Ordenar la salida del cónyuge demandado de la vivienda donde habita el grupo familiar;
- b) Prohibición al cónyuge demandado de ir a lugar determinado, tal como el domicilio o el lugar donde trabajan o estudian los agraviados;
- c) Prohibir que el cónyuge demandado se acerque a los agraviados a la distancia que el propio Juez considere pertinente;"

El artículo 283, párrafo segundo, manifiesta: "La protección para los hijos incluirá las medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar, las cuales podrán ser suspendidas o modificadas en los



términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal."

*"ARTICULO 323 TER. Los integrantes de la familia tienen derecho a desarrollarse en un ambiente de respeto a su integridad física y psíquica, y obligación de evitar conductas que generen violencia familiar.*

*A tal efecto, contarán con la asistencia y protección de las instituciones públicas, de acuerdo a las leyes para combatir y prevenir conductas de violencia familiar."*

*"ARTICULO 323 QUATER. Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave que se ejerce contra un miembro de la familiar por otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente del lugar en que se lleve a cabo y que pueda producir o no lesiones.*

*La educación o formación del menor no será en ningún caso considerada justificación para alguna forma de maltrato."*

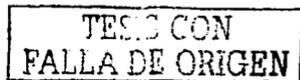
Los menores tienen el derecho a vivir con tranquilidad y desarrollarse sanamente, sin ser víctima de maltrato de ningún tipo, aún aunque los padres tenga problemas entre si.

#### **4.4 CRITERIOS DE APLICACIÓN.**

Para determinar la Guarda y Custodia, el Juez aplica diversos criterios, uno de los cuales es cuando los dos cónyuges llegan a un acuerdo en este aspecto.

En este supuesto, el juzgador no realiza ningún tipo de comparecencia para resolver la Guarda y Custodia provisional.

Se abstiene de darle vista al Ministerio Público adscrito al Juzgado.



Si uno de los cónyuges propone en su escrito inicial de demanda de divorcio que se le otorgue la Guarda y Custodia provisional, se le da vista al Cónyuge demandado a fin de que manifieste lo que a su derecho convenga, si éste está de acuerdo en dicha propuesta, el juzgador resuelve en esos términos sobre la Custodia provisional del menor (artículos 282 fracción V párrafo primero y 416).

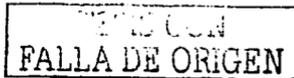
En otro supuesto, tenemos que si los cónyuges en el procedimiento o bien en la audiencia previa y de conciliación a la cual hace referencia el artículo 272-A del Código de Procedimientos Civiles, llegan a la decisión de acordar mediante un convenio, para dar fin al juicio de divorcio, y en el cual se determina la Guarda y Custodia definitiva por acuerdo de las partes, el Juez lo toma en consideración para dictar resolución en sentencia definitiva, en donde resolverá lo conducente a las prestaciones reclamadas incluidas la Guarda y Custodia, en donde comúnmente es aprobado dichas propuestas o dicho convenio, respetando el acuerdo de voluntades de los cónyuges.

En esta situación no existe la necesidad de la intervención del Ministerio Público, así como, el que los menores sean escuchados.

En este caso el criterio que aplica el juzgador es el respeto del acuerdo entre los cónyuges, para determinar la Guarda y Custodia.

Otro supuesto es en el cual ambos cónyuges solicitan la Guarda y Custodia provisional de los menores. Ya sea mediante demanda inicial o reconvenión, o bien se opongán que sea otorgado alguno de ellos, en la vista que se le da en el auto admisorio con la propuesta de la Custodia de los menores que hace la parte actora.

En esta situación, el Juez señala una audiencia en la cual exclusivamente se determinará la Guarda y Custodia provisional, estando obligados a comparecer mediante una apercibimiento ambos cónyuges, el padre que tenga el menor, tiene la obligación de presentarlo ante el juzgador el día y hora señalado para dicha comparecencia, con la finalidad de que sea escuchado, así mismo se le notifica al Ministerio Público para que también comparezca (artículo 380 del Código Civil vigente para el Distrito Federal).



En esta comparecencia, el Juez escucha a los cónyuges personalmente, al menor y al Ministerio Público. Siendo importante mencionar que al menor no se le interroga, si no únicamente se platica con él, en donde el Juez utiliza toda su experiencia para darle confianza y tratar la situación con sutileza a fin de no generar inestabilidad emocional en el menor.

A los padres se les escucha tratando el Juez de crear conciencia de la situación y de lo que es mejor para el menor y así lleguen aun acuerdo al beneficio del mismo, ya que son los que conocen mejor su problemática familiar así como al menor, recordado que se trata de una etapa inicial del procedimiento en el cual no se han acreditado los hechos.

También se escucha el Ministerio Público, como representante social y como representante legal de los intereses del menor.

En este supuesto, para determinar la Guarda y Custodia provisional después de esta comparecencia el Juez utiliza los criterios siguientes:

1. El Juez aplica el criterio de determinar la Guarda y Custodia provisional a favor de la madre si el menor cuenta con la edad no mayor de doce años, fundamentándolo en el último párrafo de la fracción V del artículo 282 del Código civil para el Distrito Federal.
2. Si el menor a través de ser escuchado manifiesta su deseo de estar con el padre, a un no contando con la edad mayor de doce años, el Juez en algunas ocasiones aplica el criterio de determinar la Guarda y Custodia provisional a favor del padre.
3. En ocasiones el Ministerio Público a fin de que existan mas elementos para conocer la problemática del menor, solicita se realicen estudios psicológicos, en este supuesto en Juez aplica el criterio de reservarse el resolver

sobre la Guarda y Custodia provisional hasta en tanto no estén a la vista dichos estudios.

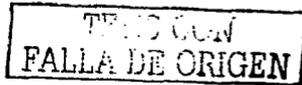
Para resolver la Guarda y Custodia definitiva, el Juez valora todas las pruebas a portadas por las partes, en las cuales se acreditan las razones por las cuales se solicita la Guarda y Custodia de los menores, en este aspecto si el menor cuenta con una edad no mayor a los doce años se tendrá que acreditar que existen peligro para el normal desarrollo del menor si se queda al lado de la madre.

#### **4.5. PROBLEMAS ACTUALES EN RELACIÓN A LA GUARDA Y CUSTODIA.**

Para determinar la Guarda y Custodia, el Juez de lo Familiar, requiere de conocer con certeza, si los menores han sido dañados, a causa de los problemas conyugales que han motivado el divorcio, y a su vez conocer cual de los cónyuges es el que ha contribuido al padecimiento de ese daño, con la finalidad de que tenga mayores elementos para, resolver cual de los padres del menor es el más apto para poder darle un mejor trato y así tenga un desarrollo más sano el menor.

El Código Civil para el Distrito Federal establece que si los cónyuges, a través de un acuerdo entre sí determinar quien ejercerá la Guarda y custodia de los menores, éste será tomado en consideración y se respetara, lo cual implica que el Juez de lo Familiar no intervendrá en esta decisión.

En este supuesto, en el cual los padres del menor pueden determinar cual de los dos ejercerá la custodia, no se tiene la certeza de que el menor tenga un desarrollo sano al lado de la persona propuesta, ya que a pesar de que los padres son los que conocen mejor al menor, estos desconocen que tipo de daño se le ha causado, a través de los problemas conyugales o Familiares, propiciados por ellos mismos y en muchas ocasiones se llega al acuerdo por conveniencia, dejando en segundo lugar el bienestar del



menor. Ya que si se trata de causales de divorcio en las cuales se corre el riesgo de que los menores salgan dañados como lo son: las fracciones XI, XIII, XV, XVI, XVII y XIX del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal. Regularmente los menores tienen daños Psicológicos o Físicos, lo cual se trata de evitar o de que no se le siga dañando.

En este aspecto, los padres determinarán cuál de los dos ejercerá la Guarda y Custodia sin saber que es lo mejor para el menor, y corriendo el riesgo de que el daño causado sea mas profundo, situación que va en contra del derecho ya que se trata de proteger a los menores y no dañarlos. Por lo que el juzgador debe tener la certeza de las condiciones en las cuales va a vivir el menor durante el procedimiento y después del mismo, así como que la persona que va ejercer la custodia sea la más apta, y atentará contra su sano desarrollo.

Para que el juzgador determine la Guarda y Custodia del menor, en el supuesto que ambos padres la soliciten, como hemos visto en el presente Capitulo, señalará una fecha a fin de que sean escuchados ambos cónyuges, el propio menor y el Ministerio Público (artículo 380).

En este caso, el Juez determina la Custodia provisional a favor de alguno de los padres, a quien nos encontramos, ante la situación de que el juzgador no se le ha acreditado ningún hecho, por lo tanto las partes, manifiestan los problemas, de acuerdo a su convenio.

Los menores manifiestan su punto de vista, el cual puede ser manipulado por alguno de los padres, en este caso, por quien al momento de la separación se haga quedado con el que sea a la fuerza y con buenos términos, al menor, se le puede manipular prometiéndole viajes u otro tipo de cosas que le agraden, o bien generándole resentimiento para con el otro cónyuge.

Por consiguiente, la oportunidad del menor no sería muy confiable para conocer su decisión.

En la práctica de la mayoría de los trabajadores ante la capacidad de detectar si el menor se encuentra manipulado, el juzgador dicta la Guarda y Custodia a favor del padre que el menor decida.

Es importante aclarar que no se está en desacuerdo de que el menor sea escuchado, si no por el contrario, es un acerto por parte de la Ley, que se tenga este derecho, pero si se considera que no es suficiente para que el Juez determine la Guarda y Custodia provisional y en su oportunidad la definitiva.

Hay que agregar que el Ministerio Público desgraciadamente, desconoce la situación real de los menores, ya que recordamos que es una etapa final del procedimiento.

Uno de los principales problemas para determinar la Guarda y Custodia provisional, es la aplicación de artículo 282 del Código Civil en su fracción V último párrafo manifiesta:

Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de doce años quedaran al cuidado de la madre;

Aquí, el juzgador escucha a los padres, al menor y al Ministerio Público, pero tomaremos en consideración que no es suficiente para determinar si existe en peligro grave para el desarrollo de los hijos, y no quedaría como carga de la prueba para algunos de los cónyuges el acreditario, por lo que nos encontramos ante una etapa del procedimiento en la cual no se ha ofrecido pruebas.

El problema que existe es de que forma el juzgador va a determinar si existe un peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, ya que con las versiones de las partes, la opinión del menor y la intervención del Representante Social, desde mi punto de vista no es posible, lo que se requiere es un estudio en Psicología, realizado a los padres y a los menores, en el cual arroje si existen algún peligro de tipo Psicológico y que el

cónyuge lo puede producir, así como un estudio socioeconómico a fin de que se conozca en qué lugar y condiciones van a vivir los menores.

Debemos ponderar que el juzgador no es perito en Psicología y por lo tanto, no puede determinar si existe o no peligro grave para el desarrollo del menor, puesto que ello le corresponde a un Psicólogo, por lo que no basta con la experiencia que tenga el juzgador o el Ministerio público al respecto.

En la actualidad algunos juzgadores, al llevar acabo la audiencia a que hace referencia el artículo 380 del Código Civil, tratan de dictaminar si existe o no peligro grave para el desarrollo de los menores, situación que no les corresponde ya que se requiere de un perito en la materia,

Ahora bien, en los juicios de divorcios necesarios desde mi punto de vista es en donde los menores resultan mas dañados, los problemas conyugales, de los cuales son victimas y a fin de que no sigan sufriendo este tipo de problemas, es importante que sean detectados por un perito en la materia, para que el juzgador tenga mas elementos para determinar la Guarda y Custodia provisional y cuidar el bienestar de los menores.

#### **4.6 PROPUESTAS.**

En los juicios de divorcio necesario, el Juez de lo Familiar, en la práctica se avoca principalmente a resolver el fondo del asunto, por lo que le da prioridad a la prestación principal y por la cual se rige el procedimiento que es el divorcio necesario, dejando o pensando en segundos términos, las prestaciones adicionales como lo son: La Guarda y Custodia a los alimentos, restándoles, importancia, he inclusive en muchas ocasiones en las sentencias de divorcio el juzgador en cuestión de alimentos, condenan al demandado al pago de los mismos sin determinar el monto, y reservándose para fijarlo en ejecución de sentencia, supuestamente por no existir elementos para señalar que cantidad deberá de pagar el demandado por concepto de pensión alimenticia.

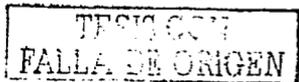
En cuanto a la Guarda y Custodia, en el juicio de divorcio, comúnmente las pruebas que se ofrecen por parte de los litigantes van encaminadas a acreditar la causal de divorcio que invocan, ya que a los cónyuges lo que les interesa es obtener divorcio, y tomando en consideración que este tipo de juicios son muy tardados, ya sea por el exceso de trabajo por parte del juzgado o por número de pruebas ofrecidas por las partes, aunado a que no se da vista al Ministerio Público, como representante social, a excepto de que exista controversia para definir la Guarda y Custodia, no se le da la importancia requerida, para que se aplique el principio de que el interés superior sea el del menor, por lo que para que el Juez tenga la plena seguridad de quien es el cónyuge más idóneo para tener a los menores y determinar si los menores se encuentran dañados psicológicamente por los problemas conyugales.

En las sentencias de divorcio necesario, el Juez en cuanto a la Guarda y Custodia, resuelve de acuerdo a su criterio, sin que exista prueba alguna de que persona pueda darle lo mejor al menor y determinar si se encuentran dañados por las actitudes de los cónyuges.

Hay causales de divorcio que inevitablemente le causan un daño psicológico a los menores como por ejemplo la causal XI, que consiste en la servicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, o para los hijos, los menores son dañados psicológicamente, ya que esta causal suele darse dentro del domicilio conyugal y en presencia de los menores e inclusive también son víctimas de injurias y malos tratos, situación en el juicio de divorcio necesario no se le da la importancia debida.

La propuesta va encaminada a proteger al menor en los juicios de divorcio necesario y a que no se le siga afectando psicológicamente y hasta cierto punto económicamente, en virtud de que son los mas dañados si no, carecen de los medios para superar cualquier tipo de daños.

Para detectar hasta donde se le ha dañado al menor y cuál de los dos cónyuges es el que por actitudes o forma de ser, ha sido el responsable del daño, es



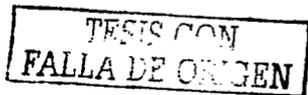
necesario de un dictamen psicológico por un perito en la materia como lo es un Psicólogo, y así, el Juez tendrá más elementos para que con mayor certeza proceda a determinar la Guarda y Custodia.

Por lo anterior, mi principal propuesta consiste en que el momento de que el juez admita la demanda de divorcio necesario, y en ella existen pretensiones adicionales como lo es la Guarda y Custodia, a fin de determinar la Guarda y Custodia provisional, se ordene la realización de estudios Psicológicos tanto a los menores procreados en el matrimonio como a los cónyuges, así como en el caso de que los padres viven separados un estudio socioeconómico, girando los oficios respectivo al Centro de Atención a la Violencia Intra familiar (CAVI) dependiente de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal o bien a la Secretaría de Salud del Distrito Federal, y a la Unidad de Trabajo Social del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal o bien al Desarrollo Integral de la Familia (DIF), para que estas autoridades que cuentan con especialistas y peritos en materia de psicología procedan a realizar los exámenes descritos.

Los estudios Psicológicos se realizarían entonces por instituciones del Estado como lo son: la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal (CAVI) y la Secretaría de Salud, a través de los hospitales Psiquiátricos, ya sea del Gobierno Federal, o del Gobierno del Distrito Federal con la finalidad de que no exista impedimento económico, para la realización de dichos estudios.

Los estudios socioeconómicos se realizarán por la Unidad de Trabajo Social del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, dicha Unidad actualmente cuenta con 6 trabajadoras Sociales, que son insuficientes, por la que se requiere destinar más recursos a dicha Unidad que forma parte del Tribunal, así también se apoyarán en el Desarrollo Integral de la Familia (D.I.F.).

Cabe mencionar que los estudios tanto el Psicológico como el socioeconómico, se realizaría por Instituciones Gubernamentales, ya que en ellos recae la obligación de apoyar al juzgador a fin de conocer la verdad, por otro lado dichos estudios



serían lo más objetivos posibles, y así no entrar en la situación de nombrar peritos por cada una de las partes y tercero en discordia, tomando en consideración que no es una prueba ofrecida por las partes.

Considero que con estas medidas, el juzgador contará con mejores elementos para determinar de manera real y científica si existe o existió algún peligro físico o moral para los menores en el seno familiar, y así, poder dictar la Guarda y Custodia apegada a derecho y sobretodo, a las necesidades de los menores, salvaguardando en todo momento su integridad física y moral, así como asegurando su desarrollo normal.

TEST CON  
FALLA DE ORIGEN

## CONCLUSIONES.

PRIMERA. El Estado mexicano está cimentado en la institución familiar la cual es la piedra angular del mismo. Es por esto que tiene una protección especial dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículo 4º) y el Código Civil vigente para el Distrito Federal.

SEGUNDA. El matrimonio es la unión de un solo hombre y una mujer para procrear la especie, vivir en pareja y apoyarse mutuamente. Diversas opiniones existen sobre su naturaleza jurídica, sin embargo, nuestra Constitución Política la define como un contrato, aunque especial, en razón de sus características.

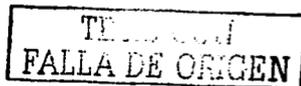
TERCERA. El matrimonio ha sido practicado desde las civilizaciones más antiguas, en diversas formas como son: la promiscuidad primitiva, el matrimonio por grupos, el matrimonio por raptó, el matrimonio por compra, etc.

CUARTA. El matrimonio garantiza la institución de la familia, base del Estado moderno, por lo que la legislación civil le otorga un tratamiento especial.

QUINTA. El matrimonio tiene varios efectos jurídicos, uno de los cuales tiene especial importancia y es la filiación, entendida como la relación de parentesco que existe entre los cónyuges y los hijos.

SEXTA. Los padres, por virtud de la filiación, tienen derechos y obligaciones con respecto de los hijos. Dentro de las obligaciones están la de proporcionar los alimentos necesarios para la subsistencia de ellos, así como el cuidado material de los menores, conocido por la ley y la doctrina como guarda y custodia.

SÉPTIMA. El divorcio es la disolución del vínculo matrimonial que deja a los cónyuges en opción de volverse a casar. El Código Civil para el Distrito Federal establece la existencia



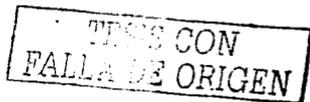
de tres tipos de divorcio: el voluntario, en el que ambos cónyuges están de común acuerdo para disolver el matrimonio, el necesario en el que una de las partes actualiza una o varias de las causales que establece el artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, por lo que el cónyuge ofendido presenta la demanda de divorcio necesario, toda vez que la causa imperante ha lesionado al cónyuge reclamante y posiblemente a los hijos habidos en la unión matrimonial, el divorcio administrativo es en el que las partes de común acuerdo acuden ante el Oficial del registro Civil ante el cual contrajeron matrimonio y previa la satisfacción de ciertos requisitos descritos en el cuerpo de esta investigación, solicitan la disolución del matrimonio.

**OCTAVA.** El derecho que la ley les concede a los padres sobre la persona y los bienes de los hijos se conoce como patria potestad y dura mientras que éstos no llegan a la mayoría de edad. Es un derecho que nace del parentesco entre los padres y los hijos.

**NOVENA.** La patria potestad se ejerce según el Código Civil para el Distrito Federal por el padre y la madre, en su caso, por los abuelos paternos, en su defecto, por los maternos o por los adoptantes. Este derecho subsiste aún en el caso de que los cónyuges se divorcien, siempre que el juzgador no condene a alguno de ellos a la pérdida del mismo.

**DECIMA.** Un derecho íntimamente relacionado con la patria potestad es la guarda y custodia, entendida como el cuidado que deben tener los padres o ascendientes que ejercen la patria potestad sobre la persona de los hijos y sus bienes. Este derecho implica que los padres o ascendientes deben tener consigo y cuidar, jurídica y materialmente en todo momento a sus hijos menores, lo que incluye darles alimentos, atención médica en caso necesario, vivienda, cuidados y educación, así como la administración y cuidado de sus bienes.

**DECIMA PRIMERA.** La relación o convivencia y el ejercicio de los derechos, así como el cumplimiento de las obligaciones de los padres o ascendientes que ejercen la patria potestad debe darse en un clima de absoluto respeto, sobretodo, de los padres hacia los hijos, ya que desde hace algunos años, es notorio que en el seno familiar se dan muchos



casos de violencia intrafamiliar, que lesionan seriamente la integridad física y moral, así como el desarrollo normal de los hijos.

DECIMA SEGUNDA. La guarda y custodia es una cuestión que en el caso de divorcio de los padres debe quedar perfectamente resuelto. El Código Civil vigente para el Distrito Federal establece que son las partes mismas las que pueden acordar quién será el que se haga cargo del mismo, y a falta de consenso de las partes, el juzgador determinará cuál parte será la encargada de ejercer este derecho. El Código Civil vigente para el Distrito Federal señala en su artículo 282, que salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de doce años permanecerán bajo la guarda y custodia de la madre.

DECIMA TERCERA. El divorcio es un derecho de los cónyuges, sin embargo, las consecuencias o efectos de esta Institución jurídica son muy perjudiciales para los hijos, los que tienen que soportar la separación de sus padres y una serie de problemas que indudablemente afectarán su vida y normal desarrollo.

DECIMA CUARTA. En el presente trabajo de investigación he señalado que al conocer de un divorcio es muy usual que el juez de lo familiar en el Distrito Federal reste importancia a la guarda y custodia, ya que el fondo del asunto es el propio divorcio, por lo que fácilmente resuelve otorgarle este derecho, ya sea en forma provisional o definitiva a una u otra de las partes, con lo que el o los menores pueden resultar dañados tanto física como mentalmente, pues ellos son fácil objeto de actos de violencia intrafamiliar.

DECIMA QUINTA. Es por todo lo anterior que, tomando en consideración la necesaria protección que debe tener la integridad física y mental de los menores durante la sustanciación de un divorcio necesario, que estimamos que el juez de lo familiar carece de los conocimientos técnicos (en materia de psicología y medicina) para resolver sobre la guarda y custodia provisional y en su momento definitiva, por lo que tal resolución la lleva a cabo sólo en razón a su criterio, con lo que pueden causarse serios daños a los menores.

DECIMA SEXTA. Esto me lleva a proponer que en la sustanciación de todo divorcio necesario en el Distrito Federal, se deban realizar exámenes de orden psicológico a los cónyuges y a los menores, para efecto de que el juez cuente con elementos científicos que le permitan resolver de forma más exacta y adecuada sobre la guarda y custodia provisional y en su momento definitiva, salvaguardando principalmente, la integridad física y mental de los hijos menores.

DECIMA SEPTIMA. Considero oportuno que una vez que el juez admite la demanda de divorcio necesario, ordene que se realicen los exámenes psicológicos tanto a los cónyuges como a los menores, para que el juez pueda dictar una resolución sobre la guarda y custodia provisional y en su caso, definitiva, basada en elementos científicos probados y no en su propio criterio.

DECIMA OCTAVA. Para el caso de que los cónyuges estén separados, propongo oportuno también que se realicen estudios socio-económicos a fin de conocer el lugar y las condiciones en las que viven, y así tomar en consideración que lugar es el más apropiado para que habiten los menores, para efecto de decretar la guarda y custodia.

DECIMA NOVENA. Considero que las autoridades que pueden realizar estos exámenes a las partes y a los menores son: el Centro de Atención a la Violencia Intrafamiliar (CAVI), de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, la Secretaría de Salud del Distrito Federal, la Unidad de Trabajo Social del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal o bien, el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), por lo que el juzgador dirigirá oficios para tales efectos, ya que estas autoridades cuentan con especialistas en el campo psicológico, médico e inclusive, de trabajo social, cuya opinión será de enorme ayuda para que el juez decrete adecuadamente la guarda y custodia provisional y definitiva, siempre a favor de la integridad física y mental de los menores.

VIGESIMA. En cuanto a los estudios socio-económicos, considero que es la Unidad de Trabajo Social del Tribunal Superior del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, la cual requiere indudablemente, de mayor presupuesto para poder desarrollar esta nueva

tarea propuesta, ya que actualmente funciona sólo con seis trabajadores sociales, a más de personal mejor capacitado.

VIGESIMA PRIMERA. Es necesario que los exámenes descritos sean realizados por autoridades estatales como las señaladas (o inclusive federales como la Secretaría de Salud, a través de los diversos hospitales psiquiátricos y médicos), pues de este modo, los resultados que arrojen sean objetivos y no constituyan fácilmente objeto de impugnaciones o inconformidades por las partes.

VIGESIMA SEGUNDA. Estas propuestas coadyuvarán a que las resoluciones de los jueces sobre la guarda y custodia sean más apegadas a las necesidades y requerimientos de los menores, así como se detecte si están dañados y si existe ese peligro para su normal desarrollo que nos habla el artículo 282 en el último párrafo de la fracción V del Código Civil para el Distrito Federal, salvaguardando en todo momento su integridad física y mental, lo que redundará en un mejor desarrollo para ellos.

VIGESIMA TERCERA. Con los estudios psicológicos se determinará la gravedad del daño psicológico de los menores y así se buscará la ayuda apropiada para superar esta situación, y que tenga un opción para su sano desarrollo.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

## BIBLIOGRAFÍA.

BAÑUELOS SÁNCHEZ, Froylán. El Derecho de Alimentos. Editorial SISTA S.A. México, 1991.

CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Común, Civil y Foral. Editorial Reus, S.A, Tomo V, Madrid, 1976.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas. Editorial, Porrúa, 2ª edición, México, 1990.

D'ORS, Álvaro. Derecho Privado Romano. Editorial Universidad de Navarra, S.A. Pamplona 1983.

ENGELS, Federico. El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado en Marx y Engels. Obras Escogidas. Moscú, Editorial Progreso, 1978.

FLORÍS MARGADANT, Guillermo. Derecho Romano. 15ª edición, editorial Esfinge S.A., Edo. de México 1988.

GALINDO GÁRFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Editorial Porrúa S. A., 15ª edición, México 1996.

---

Derecho Civil. Primer Curso. Editorial Porrúa S.A. 2ª edición, México, 1995.

MONTERO DUAHAL, Sara, Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S. A. México 1987.

MOTO SALAZAR, Efraín. Elementos de Derecho. Editorial Porrúa S.A. 40ª edición, México, 1994.

OVALLE FAVELA, José. Derecho Procesal Civil. Editorial Oxford, México, 1999.

PÉREZ DUARTE Y N., Alicia Elena. Derecho de Familia. Colección: El Derecho en México, una Visión de Conjunto, Tomo I. UNAM, México, 1991.

PINA VARA Rafael . Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa S.A. 8ª edición, México 1979.

PINA, Rafael de. Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa, México, 1973.

PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Editorial Cajica S.A. Puebla, 1980.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil, Tomo I, 18ª edición, Editorial Porrúa S.A. México, 1982.

ROUSSEAU, Juan Jacobo. El Contrato Social. Colección Sepan Cuantos, Editorial Porrúa S.A. México 1982.

SÁNCHEZ VALVERDE, Julio. La Sagrada Institución del Matrimonio a través de la Historia, 5ª edición, Editorial Ediciones Mexicanas, México, 1982.

## LEGISLACIÓN.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Editorial SISTA S.A. México, 2002.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Editorial SISTA S.A. México, 2002.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. Editorial DELMA S.A. México, 2002.

CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO. Editorial SISTA S.A. México, 2002.

LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL. Editorial SISTA S.A. México, 2002.

REGLAMENTO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL. Editorial SISTA S.A. México, 2002.

RECIBO  
FALLA DE ORIGEN