



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"CAMPUS ARAGÓN"

"ADICIÓN AL ARTÍCULO 2.138 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE MÉXICO, DONDE SE REGULE LA GARANTÍA DE AUDIENCIA AL MENOR DE EDAD"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ANGÉLICA YAZMÍN VARGAS ARANA

ASESOR: LIC. MIGUEL ÁNGEL MONROY BELTRAN

MÉXICO

2004

m 344429



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Autoriza a la Dirección General de Inspección de los Recursos
Humanos a diligenciar el presente documento en el formato
estándar de la institución.

Nombre: Anelica Yasmín
Vargas Arana
Fecha: 12- abril- 2005
Firma: Yasmín Vargas

AGRADECIMIENTOS:

**Gracias a Dios, antes que nada
Por ser la Luz que guía mi camino**

**A mi madre por sus consejos y apoyo
haciéndome más ligero el camino y por
ser el mayor ejemplo a seguir en mi vida.**

A mi padre por todo su amor, por ser el ejemplo de perseverancia y por demostrarme su entereza en los momentos difíciles.

**A mi hermano por ser la razón de querer
ser cada día mejor.**

**A mi abuelita por ser mi segunda madre
y estar siempre a mi lado.**

**A mi novio por su comprensión y
paciencia, por el amor demostrado en
cada momento.**

**A Héctor por todo su apoyo en mi
formación profesional.**

**ADICIÓN AL ARTÍCULO 2.138
DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES
DEL ESTADO DE MÉXICO, DONDE SE REGULE LA
GARANTÍA DE AUDIENCIA AL MENOR DE EDAD**

INTRODUCCIÓN ----- I

CAPÍTULO I CONCEPTOS Y ASPECTOS GENERALES

1.1	EL MATRIMONIO -----	2
1.2	LA FAMILIA -- -----	21
1.3	EL DIVORCIO -----	32
1.4	EL MENOR DE EDAD- -----	52
1.4.1	Desde el punto de vista biológico -----	53
1.4.2	Desde el punto de vista Jurídico -----	53
1.4.3	Análisis Jurídico de la minoría de edad -----	54
1.5	EL TESTIGO -----	58
1.5.1	Testimonio del menor según la ley -----	59
1.6	LA GARANTÍA DE AUDIENCIA -----	62

CAPÍTULO II BREVE RESEÑA DEL ARTÍCULO 2.138 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE MÉXICO

2.1	IMPORTANCIA Y TRASCENDENCIA DEL ARTÍCULO 2.138 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE MÉXICO - - - - -	68
2.2	EL ARTÍCULO 2.138 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE MÉXICO- - - - -	70

CAPÍTULO III LOS DERECHOS DEL MENOR Y SU MARCO JURÍDICO

3.1	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS - - - - -	72
3.2	PRINCIPALES DERECHOS DEL MENOR INVOCADOS EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS - - - - -	74
3.3	DECRETO DE PROMULGACIÓN EN RELACIÓN CON LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS - - - - -	76
3.4	LA LEY DE AMPARO - - - - -	81
3.5	LA LEY GENERAL DE EDUCACIÓN - - - - -	83
3.6	CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO - - - - -	86

3.7	CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE MÉXICO -----	88
3.8	ESTATUTO ORGÁNICO DEL SISTEMA NACIONAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA -----	89

**CAPÍTULO IV ADICIÓN AL ARTÍCULO 2.138 DEL
CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO
DE MÉXICO DONDE SE REGULE LA GARANTÍA DE
AUDIENCIA AL MENOR DE EDAD**

4.1	MOMENTO PROCESAL OPORTUNO PARA LLAMAR A JUICIO A UN MENOR DE EDAD -----	95
4.2	MEDIDAS PROVISIONALES Y LA SOLICITUD DE ÉSTAS -----	98
4.3	IMPORTANCIA DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES -----	102
4.4	ASISTENCIA DEL MENOR DE EDAD EN EL JUZGADO ---	103
4.5	FORMALIDAD DEL TESTIMONIO DE UN MENOR DE EDAD -----	106
4.6	ELEMENTOS DE CONVICCIÓN TENDIENTES A VERIFICAR LA CERTEZA DEL TESTIMONIO RENDIDO -----	108
4.7	PRINCIPIOS RECTORES QUE DEBEN SATISFACER LOS JUECES DE LO FAMILIAR - -----	109
4.8	PROPUESTA DE ADICIÓN AL ARTÍCULO 2.138 DEL CÓDIGO DE PROCEMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE MÉXICO -----	111

CONCLUSIONES----- 115

BIBLIOGRAFÍA -----118

INTRODUCCIÓN

El tema que se desarrollará consistirá en examinar una de las garantías que contempla nuestra Constitución, como lo es la garantía de audiencia para los menores; esto en virtud de ser un mexicano; pero como sucede en diversas normas secundarias, existen muchas lagunas que consciente o inconscientemente dejan en estado de indefensión al menor de edad, tan sólo por el hecho de no tener la edad suficiente para comparecer a juicio, y defender sus derechos e intereses.

Así pues, durante el primer capítulo y por ser éste la parte introductoria al tema en cuestión, se expondrán los aspectos generales de las instituciones que conllevan a este tipo de irregularidades; siendo éstas instituciones: el matrimonio que se forma con la unión de un hombre y una mujer teniendo como fin la perpetuación del género humano; la familia, misma que se deriva del anterior, es decir la conforman el padre, la madre y los hijos que dentro del matrimonio se procreen, incluyendo también a los que en algunos casos se adopten; que de la desintegración de ésta se llega al divorcio; y que es precisamente de este problema del cual se deriva la garantía que debe tener el menor para asistir a una audiencia, esto en base a la propuesta que se hace dentro del presente trabajo de investigación, adicionando en el artículo 2.138 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, en el cual se regule la garantía de audiencia del menor dentro del proceso de divorcio necesario; esto con el fin de que éste exponga sus puntos de vista y

sobre todo defienda su bienestar, tanto físico como moral en la audiencia conciliatoria; asimismo se hablará del propio menor, desde diferentes puntos de vista.

De lo anterior se desprende el estudio del artículo 2.138 del código en cita, así como la importancia que tiene el mismo artículo; durante el tercer capítulo se verá el marco jurídico de los derechos de los niños previstos en las diferentes leyes, como lo son la Convención de los Derechos de los Niños, la Ley de Amparo, la Ley General de Educación, y por supuesto la regulación que debe existir en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México.

Ya en el capítulo cuarto nos avocáremos a tratar de explicar las diversas interrogantes que se presentan para la regulación de la garantía de audiencia de un menor de edad, cuál es el momento oportuno para que un menor acuda a un juicio, que medidas precautorias o provisionales se deben tener en cuenta a la hora de que el menor rinda su testimonio, así como tratar de crear conciencia en los juzgadores en materia familiar para satisfacer los principios rectores que deben llenar para que en realidad salvaguarden los intereses primordiales de los menores de edad.

Aunado a la investigación que se hará durante el desarrollo del presente trabajo, y como ya se mencionó líneas arriba, se hace una propuesta de adición al artículo 2.138 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, esto con el fin fundamental de que se regule la garantía de audiencia del menor

dentro de la audiencia de conciliación en el proceso de divorcio necesario; y con esto sea obligatorio que el menor de edad que tenga entre siete años y hasta antes de cumplir los dieciocho años, pueda comparecer a juicio, esto con el fin de salvaguardar sus intereses, toda vez que dentro de la práctica, los menores nunca son tomados en cuenta para que manifiesten lo que a su derecho corresponda; es decir que decidan por sí mismos su situación futura.

CAPÍTULO I

CONCEPTOS Y ASPECTOS GENERALES

Tomando en cuenta que esta primer parte es la introductoria al presente trabajo de investigación, comenzaremos diciendo que tanto el matrimonio como la familia son la base de toda sociedad y si éstos sufren un resquebrajamiento, se viene todo al vacío, provocando la desintegración total del núcleo familiar, dando pie a que alguno de los cónyuges solicite el divorcio.

La Institución del matrimonio, tiene trascendencia en el orden jurídico, en el moral y en el social. Cabe señalar que el matrimonio es la forma regular de constituir una familia.

En toda sociedad organizada, el matrimonio es la base de la familia, misma que es considerada la más antigua de las Instituciones humanas y constituye un elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad. A través de ella la comunidad no sólo se provee de sus miembros, sino que se encarga de prepararlos para que cumplan satisfactoriamente el papel social que les corresponde.

Por su parte el Divorcio es una Institución Jurídica que surgió cuando el derecho intervino para organizar al matrimonio

jurídicamente, constituyéndolo sobre las bases de un nexo obligatorio entre el varón y la mujer que deciden hacer vida en común.

Se describe también como el rompimiento del vínculo matrimonial de las dos personas que decidieron unirse y que por diversos motivos se hace intolerante la vida en común, estableciendo además los daños patrimoniales, así como daños morales y en muchas ocasiones físicos.

1.1 EL MATRIMONIO

Matrimonio, vocablo que proviene del latín *matrimonium*, que significa carga de la madre y “es la unión legal de dos personas de distinto sexo, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente, para el cumplimiento de todos los fines de la vida.”¹

Sara Montero nos dice que el matrimonio “es la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que establece entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley”.²

¹ DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. Vigésima sexta edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1998. P. 368

² MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S.A. México 1987. P. 95

El artículo 4.1 del Código Civil del Estado de México define al matrimonio estableciendo que *“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”*.

Por otro lado, tenemos que el matrimonio es considerado desde el punto de vista religioso y desde el punto de vista civil; a saber:

a) Desde el punto de vista religioso se dice que es un sacramento.

b) Desde el punto de vista civil se dice que es una realidad del mundo jurídico que en términos generales puede definirse como un acto bilateral, solemne, el cual se produce entre dos personas de distinto sexo; una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntariamente aceptada por los contrayentes.

La expresión matrimonio designa también “la comunidad formada por el marido y la mujer”.³

En la antigüedad existían diferentes tipos de matrimonios; mismos que a continuación se mencionan:

³ DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. México 1975. P. 314

I. **Matrimonio por Grupos.**- Este tipo de matrimonio presentó dos características: la más amplia, consistió en que los varones de una tribu se casaban con diferentes mujeres de otra tribu; la otra característica consistía en que un grupo determinado de varones tenía por esposas a un grupo de mujeres, hermanas entre sí, o un grupo de hermanos varones, tenían por esposas a diversas mujeres.

II. **Matrimonio por Rapto.**- Esta forma de matrimonio era en su tiempo muy usual, es decir, se contraía matrimonio en diversos pueblos de la tierra. El matrimonio por captura.

III. **Matrimonio por Compra.**- El varón era estimado dentro del seno familiar por constituir un elemento productivo; a la mujer se le desdeñaba y se le vendía como un objeto; de esta manera, el padre recuperaba en parte todos los gastos que la hija le había generado.

IV. **Matrimonio Consensual.**- Consistió en la unión de un hombre y una mujer, derivado de su libre consentimiento.

Es importante señalar que para llegar a este último tipo de unión y sin que existiera de por medio algún interés entre familias, o entre los progenitores; ya sea por parte de la mujer o por parte del hombre; tuvo que pasar mucho tiempo.

Por otro lado y en lo que corresponde a la naturaleza jurídica de la institución del matrimonio se elaboraron diversas posturas doctrinales a través de las cuales se pretende ubicar al matrimonio; entre dichas posturas se encuentran las siguientes:

1) Como una Institución.- En este sentido, significa que es el conjunto de normas que rigen al matrimonio. Una Institución Jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad; así mismo y como dice Bonnecase que el matrimonio se entiende como “un conjunto de reglas de derecho esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos y por lo mismo a la familia, una organización social y moral que corresponda a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre, como también a las directrices que imponga el derecho”.⁴ Continúa diciendo el mismo autor, que “el matrimonio debe su institución a la naturaleza, su perfección a la ley, su santidad a la religión, que lo ha elevado a la dignidad de sacramento como unión instituida por la naturaleza, consiste en el consentimiento libre y voluntario de las dos partes”.⁵

El matrimonio como idea de obra, significa la común finalidad que persiguen los consortes para constituir una familia y realizar un estado de vida permanente entre los mismos.

⁴ BONNECASE, J. En su obra “La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia”. Tr. Lic. José M: Cajica Jr. Editorial Cajica. P. 186.

⁵ Ídem

Para el logro de las finalidades comunes que impone la institución, se organiza un poder que tiene por objeto mantener la unidad y establecer la dirección dentro del grupo, pues toda la comunidad exige necesariamente, tanto un poder de mando, como un principio de disciplina social.

En el matrimonio ambos cónyuges pueden convertirse en órganos del poder asumiendo igual autoridad, como ocurre en nuestro derecho, o bien, puede descansar toda la autoridad exclusivamente en el marido, como se ha venido reconociendo a través de la historia de la Institución, desde el matrimonio por rapto.

2) Como un acto jurídico-condición.- Este acto jurídico tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo, para crear situaciones jurídicas concretas que constituye un verdadero estado.

Por virtud del matrimonio se condiciona la aplicación de un estatuto que vendrá a regir la vida de los consortes en forma permanente, es decir, un sistema de derecho en su totalidad es puesto en movimiento por virtud de un acto jurídico que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de situaciones jurídicas permanentes.

3) Como un acto jurídico mixto.- Se le denomina como tal, por la concurrencia, tanto de particulares como de funcionarios

públicos en el acto mismo; haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad.

El matrimonio es jurídico mixto, debido a que se constituye, no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el Oficial del Registro Civil.

Como acto jurídico, se sostiene que el matrimonio es un acto de poder estatal, los vínculos familiares y todas sus relaciones, así como las formas relativas constituyen actos públicos. El matrimonio requiere de la voluntad de quienes lo realizan, pero tal consentimiento no es determinante ni de la celebración del matrimonio y ni de que funcione la Institución relativa, sino que es el Estado el que por medio del acto de pronunciamiento del Oficial del Registro Civil, constituye el matrimonio.

Esta posición se apoya en nuestro derecho, en las disposiciones relativas al matrimonio y de las cuales resulta que su colaboración proviene de la declaración que hace el Oficial del Registro Civil al preguntar a los contrayentes, si es su voluntad unirse en matrimonio; y estando conformes los declara unidos en nombre de la ley y de la sociedad. (Art. 4.2 Fracción VI del Código Civil del Estado de México)

4) Como contrato ordinario.- Ésta ha sido la tesis tradicional desde que se separó el matrimonio civil del religioso, pues tanto en el derecho positivo como en la doctrina, se le ha considerado

fundamentalmente como un contrato en el cual existen todos los elementos esenciales y de validez de dicho acto jurídico, especialmente se invoca como razón el hecho de que los contrayentes deben manifestar su consentimiento ante el Oficial del Registro Civil para unirse en matrimonio; por consiguiente, se considera que en este caso, como en todos los contratos, el elemento esencial es el acuerdo entre las partes.

Al matrimonio también se le considera como un contrato natural entre un hombre y una mujer, por el cual se entregan el derecho perpetuo y exclusivo sobre sus cuerpos, en orden a los actos que por su naturaleza son aptos para engendrar hijos; tiene su origen en la naturaleza misma y deriva del consentimiento de quienes lo celebran, no admitiendo su extinción por la voluntad de los cónyuges, ya que los fines del matrimonio son perpetuos.

Por otro lado encontramos que la concepción canónica del matrimonio distingue fines primarios: La procreación, la educación de la prole, los fines secundarios y la ayuda mutua. "El matrimonio para el derecho canónico fue siempre un contrato de carácter natural regulado por la ética cristiana y elevado a la categoría de sacramento".⁶

5) Como contrato de adhesión.- Como una modalidad en la tesis contractual, se ha sostenido que el matrimonio participa de las características generales de los contratos de adhesión, toda vez que los consortes no son libres para estipular derechos y obligaciones

⁶ MONTERO DUHALT, Sara. Op cit. P. 115.

distintos de aquellos que imperativamente determina la ley. Situación semejante es la que se presenta en los contratos de adhesión, pues en ellos una de las partes simplemente tiene que aceptar en sus términos la oferta de la otra parte.

En el caso del matrimonio, se estima que por razones de interés público el Estado impone el régimen legal del mismo, de tal manera que los consortes simplemente se adhieren a ese estatuto.

6) Como estado jurídico.- Desde este punto de vista, el matrimonio se presenta como una doble consecuencia de la Institución matrimonial y del acto jurídico. El matrimonio evidentemente constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea para los mismos, una situación jurídica permanente, que origina consecuencias constantes por aplicación del estatuto legal respectivo a todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial. Además, el matrimonio se presenta como un estado de derecho en oposición a los simples estados de hecho. Los estados del hombre pueden ser de hecho y derecho, según que nazcan de hechos o de actos jurídicos. Por ejemplo, el concubinato es un estado de hecho y el matrimonio es un estado de derecho, en los sistemas que le niegan a aquél efectos jurídicos.

7) Como acto de poder estatal.- Estas consideraciones ponen en claro la especial importancia que tiene el hecho de que la declaración de voluntad de los esposos deba ser dada al Oficial del Registro Civil y por él recogida personalmente en el momento en el

que se prepara para el pronunciamiento. "Lo que más contribuye a mantener firme la concepción contractual, es la consideración de que hay libertad de unirse o no en matrimonio, y que sin la concorde voluntad de los esposos, el matrimonio no es concebible; que incluso el consentimiento es aquí más simple, más vinculante".⁷

Una vez ya expuestas estas posturas; mismas que intentan explicar la naturaleza jurídica del matrimonio; se considera que éste tiene un carácter contractual e institucional.

Considerando al matrimonio como un contrato especial, se invoca como razón, el hecho de que los contrayentes deben manifestar su consentimiento ante el Oficial del Registro Civil para unirse en matrimonio y bajo el régimen de sociedad conyugal, tal y como lo establece el artículo 4.24 del Código Civil del Estado de México, y que a la letra dice:

"Artículo 4.24.- El matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o el de separación de bienes.

En el caso de omisión o imprecisión, se entenderá celebrado bajo el régimen de separación de bienes.

El régimen patrimonial podrá cambiarse mediante resolución judicial."

⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia. Tomo I, Editorial Porrúa, S.A. México 1997. Pp. 291

De igual manera puede considerarse al matrimonio como una Institución Social, toda vez que tiene los caracteres que se atribuyen a las instituciones jurídicas; dichos caracteres son:

- 1º. Que es un conjunto de normas jurídicas, debidamente unificadas;
- 2º. Que reglamentan determinadas funciones o actividades sociales cuya importancia sea tal;
- 3º. Que merezcan estar sujetas a la tutela del Estado en forma especial.

Como se puede observar, es evidente que el matrimonio tiene las características mencionadas.

Para nuestro Derecho el matrimonio civil es un acto jurídico solemne realizado por un hombre y una mujer ante el funcionario público que la ley asigne; y con las formalidades que ésta requiere para perpetuar su especie y ayudarse mutuamente; así pues para llevar a cabo un matrimonio se deben reunir los elementos de existencia y validez requeridos por la Ley.

También tenemos que el matrimonio civil es el contraído con sujeción a las normas establecidas por la legislación civil relativa.

En el matrimonio deben existir las manifestaciones de las partes, es decir:

- a) La del hombre,
- b) La de la mujer, y
- c) La del Juez u Oficial del Registro Civil;

Asimismo y aunado a lo anterior, tenemos que la voluntad en el matrimonio se manifiesta en dos momentos:

- 1) En la solicitud de matrimonio que se presenta ante el Juez u Oficial del Registro Civil, y
- 2) En la ceremonia misma de la boda civil, al contestar sí, a la pregunta del Juez.

Como ya se mencionó con antelación, el matrimonio es un acto solemne, pues requiere de la intervención de una autoridad especial, de palabras expresas y del levantamiento de un acta en la que se incluyan ciertos requisitos formales para dicho acto.

El Código del Estado de México en su artículo 4.2 establece en qué consiste la solemnidad de dicho acto:

“Artículo 4.2.- El matrimonio deberá celebrarse, con las solemnidades siguientes:

- I. Ante el Titular o los Oficiales del Registro Civil;*
- II. Con la presencia de los contrayentes o sus miembros, en el lugar, día y hora, designados;*
- III. Con la comparecencia de sus testigos;*
- IV. La lectura de la solicitud y los documentos relacionados;*
- V. El Titular u Oficial del Registro Civil, procederá a interrogar a los testigos si los pretendientes son las mismas personas a que se refiere la solicitud y si existe algún impedimento legal;*
- VI. En caso de no existir impedimento, preguntará a cada uno de los contrayentes si es su voluntad unirse en matrimonio; estando conformes los declarará unidos en nombre de la Ley y la Sociedad, asentándose el acta correspondiente.”*

El artículo 3.26 nos menciona los requisitos, por llamarlos de alguna forma, que deben contener las actas de matrimonio después de celebrado dicho acto, mismo que a la letra dice:

“Artículo 3.26.- Al celebrarse el matrimonio se asentará el acta respectiva, en la que se hará constar:

- I. Los nombres, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes;*
- II. Si son mayores o menores de edad;*
- III. Los nombres, domicilio y nacionalidad de los padres;*

- IV. *El consentimiento de quienes deban suplirlo, tratándose de menores de edad;*
- V. *Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó;*
- VI. *La declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio, y la de haber quedado unidos, que hará el Oficial del Registro Civil en nombre de la Ley y de la Sociedad;*
- VII. *La manifestación de los cónyuges de que contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes;*
- VIII. *Los nombres, edad, estado, ocupación y domicilio de los testigos, su declaración sobre si son o no parientes de los contrayentes, y de serlo, en qué grado y línea;*
- IX. *La firma del Oficial del Registro Civil, de los contrayentes y de las demás personas que hubieren intervenido si supieren o pudieren hacerlo o en su caso, imprimirán sus huellas digitales.*

Al margen del acta se imprimirán las huellas digitales de los contrayentes.”

Por lo que se refiere a los elementos de validez en el matrimonio se requiere:

1) La capacidad; es decir, la capacidad de goce la tienen los que han llegado a edad núbil, para este caso el artículo 4.4 del Código Civil del Estado de México, nos señala la edad para contraer

matrimonio y que es de dieciséis años para el hombre y catorce para la mujer.

2) La ausencia de vicios en el consentimiento; éste constituye un elemento de validez para el matrimonio, estableciéndose al efecto en los artículos 4.61 y 4.83 algunas causas por las que no podrá llevarse a cabo el matrimonio.

3) La licitud en el objeto, motivo o fin y condición del matrimonio; encontramos que en materia matrimonial es una modalidad de suma importancia; en cuanto a que para el caso de ilicitud en el fin o en la condición, no se establece la nulidad del acto jurídico, sino que subsiste el matrimonio, pero son nulos los pactos que vayan en contra de sus fines o bien; se tienen por no puestas las condiciones que pretendan contrariar los mismos.

Ahora bien, tenemos que como en todos los actos jurídicos se producen efectos, el matrimonio no es la excepción; para este acto se producen los efectos siguientes:

a) **En relación con los consortes.-** Para el caso que nos ocupa se toman en cuenta los derechos que se derivan del estado civil que rige el matrimonio, así como las obligaciones correlativas a este status.

En el matrimonio, los derechos entre los consortes son:

I. El derecho a la vida en común, con la obligación correlativa de la cohabitación.- La vida en común es esencial en el matrimonio e implica la relación jurídica fundante; porque si no se realiza, no podrán cumplir las relaciones jurídicas fundadas, de igual manera el artículo 4.17 de Código Civil del Estado de México establece: *“los cónyuges vivirán en el domicilio conyugal, entendiéndose éste como el lugar establecido de común acuerdo por los consortes, en el cual ambos disfrutarán de la misma autoridad y de consideraciones iguales.”*

Cohabitar significa habitar en una misma casa; vivir bajo el mismo techo el marido y la mujer. El cumplimiento de deber de cohabitación, es un supuesto o condición indispensable para la existencia de esa comunidad de vida íntima entre los consortes, en la que se sustenta el matrimonio. Es indiscutiblemente el principal, dado que sólo a través de él puede existir la posibilidad física y espiritual de cumplir los fines del matrimonio. Se puede decir que constituye la relación jurídica fundante de la cual depende un conjunto de relaciones jurídicas que se pueden denominar fundadas o derivadas.

II. El derecho a la relación sexual, con el débito carnal correspondiente.- Cada uno de los sujetos está facultado para interferir en la persona y conducta del otro, pero en la forma íntima, que impone la relación sexual. No sólo se trata aquí de dar satisfacción a una función biológica, sino que existe una regulación jurídica, dado que cabe determinar en qué términos y condiciones deberá cumplirse con la obligación respectiva y ejercitarse esa facultad; evidentemente que, como en todos los problemas del derecho familiar, debe prevalecer

siempre el interés superior de la familia; de tal suerte que en este caso y como ya se ha mencionado líneas arriba no sólo se trata de una función biológica, sino también de una función jurídica para dar cumplimiento a los fines del matrimonio, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 4.16 y que menciona: *"los cónyuges están obligados a..., contribuir a los fines del matrimonio..."*.

En algunas definiciones, tanto de la doctrina como en la ley, se señala la perpetración de la especie como el fin principal del matrimonio y en tal virtud, debe entenderse que para este efecto, cada cónyuge está facultado para exigir el débito carnal.

III. El derecho a la fidelidad, con la obligación correlativa impuesta a cada uno de los cónyuges.- Esto implica fundamentalmente la facultad reconocida en la ley para exigir y obtener del otro cónyuge una conducta decorosa, y por lo tanto, excluye la posibilidad de que existan relaciones de intimidad con persona de otro sexo, que sin llegar al adulterio sí implican un ataque a la honra y al honor del otro cónyuge. El artículo 4.16 establece que *"Los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad... y respetarse."*

Los derechos y obligaciones que concretamente se imponen a los cónyuges, tienen en el matrimonio fuentes normativas primordiales, éticas sociales y religiosas que el Derecho reconoce como parte integrante de la Institución y las hace suyas. El deber de fidelidad, como el concepto de buena fe en los contratos, es un concepto de contenido moral que protege no sólo la dignidad y el

honor de los cónyuges, sino la monogamia que es la base de la familia.

IV. El derecho y obligación de dar alimentos, con la facultad de exigir asistencia y ayuda mutua.- Una de las principales manifestaciones del Derecho es la obligación de dar alimentos, que la ley impone a los consortes; por lo que se refiere a la ayuda mutua que deben prestarse los cónyuges es un deber mucho más amplio; esta obligación se refiere a la satisfacción de las necesidades de subsistencia; comprende la asistencia recíproca en caso de enfermedad; estos derechos y obligaciones se encuentran consagrados en los artículos 4.127, 4.128, así como en el 4.135 del Código en cita.

b) **En relación con los bienes.**- Los efectos que en este caso se producen son:

I. En cuanto a las donaciones que se hagan entre sí en relación con el matrimonio.- Se llaman así, las que hace un cónyuge a otro durante la vigencia del matrimonio, y serán validas si no son contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni perjudiquen el derecho de los ascendientes o descendientes a recibir alimentos. Esto tiene su fundamento en lo dispuesto por los artículos 4.26 y 4.59 del Código Civil del Estado de México.

II. En cuanto a las donaciones realizadas por terceros, a favor de uno de los cónyuges o de ambos consortes.- Se entiende por

donaciones antenuptiales, los regalos, obsequios, que un prometido hace al otro, o los que hacen los terceros a uno de los consortes o a ambos en consideración del matrimonio. Las donaciones antenuptiales son una especie del género contrato de donación, llamadas por el Código Civil donaciones comunes y reguladas por el artículo 4.52.

III. Sujeta a los bienes de cada uno de ellos, a regímenes especiales de acuerdo con las capitulaciones matrimoniales que entre sí celebraban.- Regímenes Patrimoniales son dos en nuestro derecho:

A. Sociedad Conyugal.- Regulada en el Código Civil en los artículos 4.29 y 4.30.

B. Separación de bienes.- Regulada por los artículos 4.46 y 4.47, y ésta puede ser absoluta o parcial.

c) **En relación con los hijos.**- Por lo que toca a los efectos que se producen en relación con los hijos encontramos que son:

I. Para atribuirles la calidad de hijos legítimos.- El matrimonio atribuye la calidad de hijos legítimos a los concebidos durante el mismo, esta calidad se reglamenta por lo dispuesto el artículo 4.147, mismo que dispone:

“Artículo 4.147.- Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

I Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;

II Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio. El plazo se contará desde que quedaron separados los cónyuges por orden judicial o por muerte.”

II. Para legitimar a los hijos naturales mediante el subsiguiente matrimonio de sus padres.- Legitimar a los hijos naturales es una de las consecuencias más importantes, misma que se encuentra regulada por el artículo 4.163, toda vez que la única manera de reconocer a los hijos naturales es mediante el matrimonio, pues aún no existe algún decreto de ley que autorice o establezca otro tipo de reconocimiento.

III. Para originar la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la patria potestad.- En nuestro derecho, el matrimonio no atribuye efectos en cuanto a la patria potestad, pues éstos existen independientemente del mismo, a favor y a cargo de los padres y abuelos, ya sean éstos legítimos o naturales. Por tal motivo el Código Civil del Estado de México al regular sobre la patria potestad, lo hace sin importar, si son hijos naturales o legítimos. Así pues el artículo 2.204 establece quienes pueden ejercer la patria potestad así como el orden en que debe ejercerse.

De lo anterior se concluye que el contraer matrimonio lleva consigo una serie de derechos y obligaciones que deben y tienen que ser cumplidos por los consortes.

1.2 LA FAMILIA

José Castán Tobeñas nos dice que la palabra familia, procede de la voz *famulía*, por derivación de *faculus*, que a su vez procede del osco *fanel*, que significa siervo, y más remotamente del sánscrito *vama*, hogar o habitación, significando por consiguiente, “el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa”.⁸

Así pues tenemos que la familia tiene una connotación más restringida, a la que se ha llegado después de una larga evolución y comprende únicamente a los cónyuges y a los hijos de éstos, que viven bajo un mismo techo.

Ignacio Galindo Garfias define a la familia como “el núcleo de personas que como grupo social, ha surgido de la naturaleza y deriva primordialmente del hecho biológico de la generación”.⁹

⁸ Citado por CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Cuarta edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1997. P.231

⁹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho de Familia, Primer Curso. Séptima edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1985. P. 425

Chávez Asencio nos dice que la familia “es una Institución de fuerte contenido moral que constituye una comunidad humana de vida, que tiene una finalidad propia y supra individual, para lo cual tiene un patrimonio propio; que se integra con los progenitores (o uno de ellos) y con los hijos (incluyendo los adoptados) a quienes se pueden incorporar otros parientes o constituirse con parientes, todos los cuales viven en un domicilio común, cuyas relaciones interpersonales y vínculos jurídicos se originan de los estados jurídicos derivados del matrimonio o el concubinato, de la filiación y el parentesco”.¹⁰

El Doctor Sánchez Medal señala que “la familia en general es una agrupación que se integra con la pareja humana y en su caso con los hijos menores de ella”.¹¹

De acuerdo con este concepto se distinguen dos especies de familia: “la familia natural y la familia legítima”.¹²

A. La Familia Natural.- Esta se funda en la unión de hecho de un hombre y una mujer, de carácter inestable y no conforme a las buenas costumbres y que puede dar origen a las relaciones jurídicas sólo con respecto a los hijos provenientes de esa unión.

¹⁰ CHÁVEZ ASENCIO, F. Manuel. Op cit.. P. 246

¹¹ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Los Grandes Cambios del Derecho de Familia de México. Editorial Porrúa, S.A. México 1979. P. 93

¹² Idem.

B. La Familia Legítima.- Fundada en la unión natural y legal de un hombre y una mujer, de carácter estable y conforme a las buenas costumbres y que crea siempre relaciones jurídicas con respecto a los hijos provenientes de dicha unión.

Resumiendo todo lo anterior tenemos que la familia es una Institución de fuerte contenido moral, siendo la más natural y antigua de los núcleos sociales, la verdadera célula de la sociedad en la que nos desenvolvemos; no solo porque constituye un grupo natural e irreductible que tiene una misión especial y que es precisamente la reproducción del género humano.

A través del tiempo, "la evolución de la familia ha surgido en razón del tabú o limitación que se ponía a las tribus sobre el comercio sexual, de esta forma se le han dado diversas denominaciones a la familia; a saber":¹³

1) La Familia Consanguínea.- Es aquella en la que el grupo interrelacionado sexualmente estaba formado por los sujetos pertenecientes a una misma generación. Se prohibía en esa forma, la unión de ascendientes con descendientes.

2) La Familia Púnalua.- Esta forma de familia se estableció entre un grupo de hermanas que compartían maridos en común, o un grupo de hermanos púnalua, con mujeres compartidas. El

¹³ MONTERO DUHALT, Sara. Op. Cit. Pp. 3-7

parentesco con los hijos se establece por línea materna por desconocerse cuál sea el padre.

3) La Familia Sindiásmica.- Es la forma en cuyos grupos de maridos y mujeres primitivamente comunes empieza a darse una personal selección de parejas de manera temporal. Un hombre y una mujer se escogen y mantienen relaciones exclusivas entre sí en forma más o menos permanentes. La permanencia se establece sobre todo en función de la procreación. Hasta que nace o se desteta al hijo, el hombre permanece al lado de la mujer proveyendo en común a la protección del crío. La restricción de exclusividad es sobre todo para la mujer pudiendo el hombre con frecuencia relacionarse con varias mujeres. Estas relaciones se deshacen voluntariamente sin mayores problemas, pero ya significan un primer paso hacia la monogamia.

4) La Familia Poligamia.- Ésta es otra forma históricamente comprobada en la formación de la familia; misma que asume dos formas:

a) La poliandria; en la que la mujer cohabitaba con varios hombres.

b) La poligenia; en la que varias mujeres son esposas comunes de un solo hombre.

5) La Familia Monogámica.- Ésta consiste en la forma de constituirse la familia mediante la unión exclusiva de un solo hombre y una sola mujer. La monogamia parece ser la forma más usual y extendida de creación de la familia entre la mayor parte de los pueblos. La monogamia surgió concomitante a la civilización y ha demostrado un gran arraigo como la forma que conlleva a la igualdad de derechos entre los dos miembros de la pareja. Los órdenes jurídicos 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; es también en la cual se establecen lazos conyugales más duraderos y no pueden ser disueltos por el solo deseo de alguno de los cónyuges, pero se permite al hombre repudiar a la mujer por infidelidad.

Este tipo de familia se encuentra fundada en el poder del hombre. "Un poder de origen económico radicado en el control masculino por la propiedad privada y tiene el objeto formal de procrear hijos, de una paternidad cierta, para que hereden los bienes de la fortuna paterna".¹⁴

Como podemos ver, la evolución de la familia recorrió diferentes etapas, perfeccionándose poco a poco hasta llegar a la actualidad donde predomina la monogamia, y como ya se mencionó con antelación, es la forma legítima de la constitución de una

¹⁴ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. Op cit. P. 200

verdadera familia, mediante la unión exclusiva de un hombre y una mujer y los hijos procreados en dicha unión.

Se entiende por familia el grupo reducido que forman, el padre y la madre y los hijos de éstos, con exclusión de los demás parientes; la familia se considera en nuestro estado actual de civilización como una institución necesaria.

Ahora bien, tenemos que a la familia también se le considera como una Institución Jurídica y se caracteriza principalmente por su naturaleza imperativa e irrenunciable (*ius cogens*); en efecto, por razones de orden público, poco a poco se ha sustraído de la voluntad de los particulares la posibilidad del establecimiento de normas reguladoras de las relaciones de familia.

Hoy en día, el derecho interfiere profundamente en la organización y funcionamiento de la familia, puesto que ésta es una Institución Social Fundamental, el Estado tiene interés en el sano desarrollo y conservación de la familia; el cual presta cuando es necesario, su autoridad y auxilio para fortalecer al seno familiar.

La familia es la unión o asociación de personas; es una Institución, misma de que se vale la sociedad para regular la procreación, la educación de los hijos y la transmisión por herencia de la propiedad.

La Institución Jurídica de la Familia, se trata de un hecho concreto social (matrimonio) y biológico (familia) que origina un conjunto de relaciones jurídicas que de la familia, como hecho social y ético, se derivan.

Durante el paso del tiempo, incluyendo nuestros días, "la familia ha cumplido un importante papel en el desarrollo de la sociedad; no sólo los miembros que la integran, sino ésta misma, teniendo como funciones sociales las siguientes":¹⁵

1º. Procrear.- Ésta es consecuencia directa de la relación sexual en el núcleo familiar.

2º. Función Económica.- La cual presenta un doble aspecto, productora de bienes y servicios y comunidad de consumo.

3º. Función Socializadora y Educativa.- Misma que reviste una de las funciones vitales por su universalidad y trascendencia social, es el papel socializador y educativo que cumple la familia. En efecto, es dentro del seno familiar donde sus integrantes moldean el carácter, la sensibilidad se afina y donde se adquieren las normas de ética básicas.

La familia, al igual que en el matrimonio se tienen fines; siendo los de la familia los siguientes:

¹⁵ Ídem. Pp. 10-12

a) En las relaciones de su vida privada, el hombre encuentra en la familia la satisfacción de sus legítimas aspiraciones y la complementación de sus afectos. La liga afectiva con otras personas es imprescindible para el equilibrio emocional y mental para la salud física de todos los seres.

b) La familia es el medio moral legalmente idóneo para cumplir con la conservación de la especie humana, función que conduce a la perpetuación de la sociedad.

c) La familia es el medio idóneo de mayor trascendencia de que disponen las personas para recibir educación; los padres quienes durante la niñez y adolescencia de sus hijos, les transmiten el conocimiento de los valores morales y éticos de la vida, cuya perduración en las personas es por toda su existencia.

d) La familia es continuadora de las tradiciones sociales y políticas, las cuales se van transmitiendo de generación en generación, son los padres los que infunden a los hijos las ideas, ya sean religiosas o políticas, las convicciones morales y sociales.

e) La familia es el factor primordial en la estabilidad de los pueblos; en su seno, el respeto y la sinceridad que rodean las relaciones entre sus miembros influye en el orden social; de ahí, el por qué las normas que la regulan son de orden público.

Alvin Toffler nos señala a "la familia que él consideró del mañana en las superpotencias y países altamente industrializados, y estimó que no era privativo de esas sociedades".¹⁶

La gran variedad la encontramos en diferentes países y concretamente en nuestro país, en donde, como se podrá observar, hay una gran variedad. Por ello, a continuación se mencionará la clasificación de las familias por grupos, mismas que actualmente se ven en casi todo el mundo:

I) Familias Paternales.- Como primer grupo de familia, se pueden señalar aquéllas que se originan del matrimonio como la forma moral y legal de constitución. También se encuentran las familias constituidas por el concubinato y las constituidas por la unión libre que no tengan las características del concubinato en los términos de nuestra legislación. Por último, también dentro de este grupo, podemos señalar las familias constituidas por adopción en los casos en que el marido y la mujer adoptan en términos legales a uno o más menores.

En estas familias están presentes ambos progenitores o ambos adoptantes. Las familias señaladas, puede constituir familias amplias o nucleares, tomando en cuenta el número de miembros, el parentesco próximo o lejano que los una y el hecho de si trabaja uno o los dos padres.

¹⁶ Citado por CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. cit. P. 227

II) Familias Unipaterales.- Con este término se califica a las familias que se constituyen o que se componen de un solo padre, de las cuales se señalan las siguientes:

a) Las familias constituidas por madres solteras, que son abundantes en nuestra patria y que en la época actual parece no ser motivo de rechazo por una sociedad permisiva.

b) La constituida por padres o madres abandonados; en éstas, el origen fue el matrimonio o el concubinato, pero alguno de los que integraron esa relación conyugal se separó abandonando al otro y los hijos.

c) Familias de divorciados o las originadas como consecuencia de la nulidad del matrimonio, en las que sólo uno de los padres tenga la custodia de los hijos habidos del matrimonio. Estas familias están integradas por el padre o la madre y los hijos; aún cuando el progenitor que no conserve la custodia tiene el derecho de visita, no constituye, propiamente, un miembro de la familia.

d) La familia de los viudos originada por la convivencia conyugal y los hijos habidos, pero la muerte de alguno de los consortes la transforma y continúa como familia Unipaternal.

e) La familia de adoptados se da cuando un hombre o una mujer, solteros, adopta a uno o varios menores, lo que

actualmente es posible en nuestra legislación. Es una familia de un adulto y un menor de edad, que origina relaciones paterno-filiales.

III) Las Familias Multifiliales.- Con este término se denomina a aquéllas familias que se integran por divorciados con hijos, vueltos a casar. Esta situación familiar se está haciendo cada vez más frecuente debido a la abundancia o proliferación de los divorcios. El primer fracaso no necesariamente constituye una imposibilidad de una vida conyugal sana y promotora, y consecuentemente, muchos divorciados tienden a formar otra familia.

IV) Las Familias Parentales.- Con este nombre se entiende y se agrupa a los parientes, no descendientes unos de otros y que sin embargo constituyen una familia por ser parientes. Su característica es que se integran por ser parientes que no descienden unos de otros.

Por otro lado, Roberto Suárez Franco nos comenta que “La Familia como célula infraestatal, es el piso esencial en la organización de la sociedad y del estado; esto explica por qué en las naciones civilizadas se han expedido estatutos que reglamentan los derechos y obligaciones surgidas de su seno, tendencia que agudiza día a día a medida que resalta la influencia trascendental que ejerce la célula familiar”.¹⁷

¹⁷ SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Fines de la Familia. Quinta edición. Editorial Temis. Bogotá Colombia 1990. P. 4.

Finalmente cabe mencionar que La Suprema Corte de Justicia dio su opinión respecto a la naturaleza jurídica tanto del matrimonio como de la familia emitiendo la siguiente jurisprudencia:

“MATRIMONIO Y DE LA FAMILIA. NATURALEZA DEL.

El matrimonio es un Instituto de orden público, porque el interés que en él se tutela, no es el particular o individual de quienes lo forman, sino un interés superior: el de la familia; siendo ésta la célula de la sociedad, el matrimonio es también de orden y trascendencia social y ya no meramente privado, por ello la sociedad está interesada en que se mantenga perdurable el Instituto Matrimonial y, sólo por excepción, la ley permite su disolución inter vivos, siendo menester, en estos casos, que quien demande, acredite plenamente sus afirmaciones sobre los hechos que integran la causal de divorcio y que éstas se ejerciten oportunamente, esto es, antes de su caducidad.”

1.3 EL DIVORCIO

Popularmente se considera al divorcio como una especie de barómetro de la estabilidad familiar de la sociedad, pero el divorcio debe ser entendido en su marco apropiado. “Los matrimonios se disuelven, las familias persisten.”¹⁸

¹⁸ YUNGANO, Arturo R. Derecho de Familia (Teoría y Práctica). Tercera edición actualizada. Ediciones Macchi. México 2001. P. 53

El divorcio como fenómeno social es susceptible a costumbres, a modas y cambios legalísticos y a códigos religiosos.

El tema del divorcio puede ser utilizado desde diversas perspectivas, siendo la jurídica solamente una de ellas, sin desconocer que existen múltiples factores que contribuyen a la disolución del vínculo matrimonial y que ameritan estudios psicológicos, económicos, morales, culturales, sociológicos, etc.

Cabe hacer mención que “la religión ha consagrado el ideal de la indisolubilidad del matrimonio, haciendo de él un sacramento y proclamando el principio “*Quod deus conjunxit homo non separent*” (lo que Dios une el hombre no lo separe)”.¹⁹

El término divorcio se deriva de la palabra latina *divortium* y del verbo *divertere*, que significa “irse cada uno por su lado”.²⁰

En el lenguaje común y corriente se dice que contiene la idea de separación; en el aspecto jurídico, significa extinción de la vida conyugal, declarada por la autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto y por una causa determinada de modo expreso.

Eduardo Pallares define al divorcio como “un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo

¹⁹ SÁNCHEZ MARQUEZ, Ricardo. Derecho Civil, Parte General, Personas y Familia. Editorial Porrúa, S.A. México 1998. P. 357

²⁰ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano. Décima Quinta edición. Tomo II. Editorial Porrúa, S.A. México 2001. P. 1184

conyugal y el contrato de matrimonio concluye, tanto con relación a los cónyuges como respecto a terceros.”²¹

El Maestro Rojina Villegas, nos dice que el divorcio “es la separación de cualesquiera cosas que estaban unidas; este concepto está considerado en un sentido metafórico, ahora bien en sentido jurídico, abarca dos posibilidades, la disolución del vínculo matrimonial y la mera separación de cuerpos que deja subsistente el vínculo matrimonial, en ambos casos en virtud de sentencia judicial fundada en causa legal.”²²

El Doctor Ignacio Galindo Garfias afirma que “es una ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas por la ley.”²³

Por lo que se refiere a los inicios del divorcio, se dice que apareció primitivamente, como un derecho concedido al varón, de repudiar a la mujer en algunos casos, por causas de adulterio de la esposa o cuando ésta era estéril.

Cuando los hombres comenzaron a vivir agrupados, empezaron a seguir normas que garantizaran una coexistencia armónica para un beneficio en común; se dieron los principios básicos

²¹ PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. Editorial Porrúa, S.A. México 1984. P. 36

²² ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. cit. P. 383

²³ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho de Familia. Séptima edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1985. P.576

de la unión entre un hombre y una mujer, para asegurar la procreación por la supervivencia de la comunidad; el hombre en su período reproductivo estableció de una manera clara los derechos y obligaciones que los cónyuges contraían al celebrar el contrato de matrimonio, legado que ha servido para la estructuración de las actuales leyes y que son las que nos rigen.

Así pues, el divorcio es una Institución Jurídica que surgió cuando el derecho intervino para organizar al matrimonio jurídicamente, constituyéndolo sobre las bases de un nexo obligatorio entre el varón y la mujer que deciden hacer vida en común.

El origen del divorcio y es especial el absoluto, se remonta a los más lejanos tiempos. El repudio es la manera más antigua de divorcio. El Código de Hammurabi permitía el repudio a cargo de la mujer; el Código de Manú permitía que la mujer estéril fuera reemplazada al cabo de ocho años de convivencia. Cuando la mujer que bebía licores, se portaba mal, se enfermaba o era pródiga, dice la misma ley, o aquella a la que se le hubieran muerto todos sus hijos en la menor edad, o que no hubiera engendrado más que mujeres, estaba sometida a la repudiación. En su caso, podía originarse el derecho de repudiación en la mujer, si su cónyuge no conservase la virtud de la vida matrimonial. En nuestros tiempos, de manera excepcional lo consagra Uruguay y solamente lo puede hacer la mujer.

En Roma, “tanto en el matrimonio entre patricios (ceremonia religiosa llamada *Confarreatio*), como entre plebeyos

(convención civil llamada *Coemptio*) admitió el divorcio, y en el primer caso, por una ceremonia contraria llamada *Disfarreatio*, en la que, entre otras particularidades, se hacía un pastel de harina y hiel, que se cortaba y se arrojaba al Río Tiber”.²⁴

La mujer, sometida casi siempre a la manus del marido, era como una hija bajo la autoridad paterna, reduciéndose a un derecho de repudiación la facultad de divorciarse en estas uniones, en las que sólo el marido podría ejecutar y siendo por causas graves. Fue solamente en los matrimonios sin manus donde en esta materia tenían los dos esposos los derechos iguales. Hacia el fin de la República el derecho de divorciarse correspondía a ambos cónyuges.

El divorcio podía efectuarse de dos maneras:

“1) *Bona gratia*, es decir, por mutua voluntad. Los jurisconsultos romanos fundaron esta institución bajo el siguiente razonamiento: el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento había unido; para este tipo de divorcio no se requería ninguna formalidad y surtía sus efectos por el solo acto de la voluntad.

2) *Por repudiación*, es decir, por voluntad de uno de los consortes, aunque sea sin causa. Para este caso, la mujer podía pedir

²⁴ YUNGANO, Arturo R. Op. cit. P. 55

el divorcio siempre y cuando no se encontrara bajo la manus del marido".²⁵

La *Lex Julia de Adulteris*, estableció que el repudio debiera participarse por medio de un libelo, en presencia de siete ciudadanos púberos.

"En el tiempo del régimen justiniano existían cuatro formas de divorcio:

- 1º. *Divortium ex iusta causa*, esto es, motivado por una culpa de la otra parte, en cuanto reconocida por la ley;
- 2º. *Divortium sin causa*;
- 3º. *Divortium communi consensu*, es decir, por el simple acuerdo común, y
- 4º. *Divortium bona gratia* o fundado en una causa, no proveniente de culpa del otro cónyuge, impotencia incurable, voto de castidad, cautividad de guerra.²⁶

Entre los griegos, el divorcio parece haber sido prácticamente desconocido, pero después se transformó en un acontecimiento diario.

²⁵ PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Nacional. México 1971. P. 110

²⁶ SÁNCHEZ MARQUEZ, Ricardo. Op. cit. P. 362

En la Ley Ática, el marido podía repudiar a su mujer cuando quisiera y sin tener que invocar motivo alguno, pero estaba obligado a devolver a la mujer a la casa de su padre con su dote. La mujer podía pedir el divorcio y mencionar los motivos por los cuales podía divorciarse.

En Grecia se admitió el divorcio por parte del marido y por medio de la mera devolución o abandono de la mujer; pero ésta, si era abandonada sin razón, podía reclamar que se le restituyera la dote o que se le pagasen los intereses y sus alimentos.

La mujer no podía abandonar a su marido, pero si podía pedir la concesión del divorcio ante el Arconte, fundándose en la crueldad o los excesos de su cónyuge.

Para el hombre, el divorcio era cosa sencilla, pudiendo repudiar a su mujer en cualquier momento sin necesidad de declarar el motivo. La esterilidad era razón suficiente de divorcio, puesto que el objeto del matrimonio consistía en tener hijos.

Una ley de Solón, en Atenas, daba a la mujer como al marido el derecho de repudiar a su cónyuge; entre las causas se encuentra: la esterilidad y el adulterio, éste último sólo se consideraba como tal, el cometido por, o con mujer casada.

También se autorizaba el divorcio por *mutuo disenso*, el que, de ordinario se expresaba por medio de una declaración formal ante el Arconte.

En España, la Ley de Matrimonio Civil de 1870, y el Código Civil de 1889, rechazaron el divorcio vincular, estableciendo que el matrimonio se disolvía por la muerte de uno de los cónyuges y que el divorcio sólo producía la suspensión de la vida común de los casados.

“La Constitución de 1931 estableció en su artículo 43 que *“el matrimonio podía disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación, en este caso, de justa causa”*; y la Ley de Divorcio de 1932, admitió el divorcio vincular, bajo esas dos modalidades de divorcio por mutuo disenso y divorcio causal, conservando, al lazo suyo, la simple separación personal, con el nombre de separación de personas y bienes. En 1939 se derogó la Ley de Divorcio de 1932 y para finalmente en 1981 reimplantar el divorcio”.²⁷

También se encontró que en el Libro Tercero, Título Sexto del Fuero Juzgo, que el divorcio en aquel entonces era indisoluble y era preciso llegar al concilio de Trento para encontrar en él, un carácter de imperativo y de indisolubilidad.

²⁷ Ídem. P. 362

En el Fuero Real, la ley 9, Título I, Libro II, autorizaba el divorcio en cuanto al vínculo cuando alguno de los cónyuges, o los dos, quisieran disolver el matrimonio para entrar en una orden monástica; pero siempre que el matrimonio no se hubiese consumado.

Asimismo en la legislación española se mencionaron en el Fuero Juzgo las siete partidas; a saber:

Ley I.- ¿Qué cosa es el divorcio y de dónde tomo este nombre? *Divortium*, en latín, tanto quiere decir en romance como departamento, y esto es cosa que departe la mujer del marido; el marido de la mujer por embargo que hay entre ellos cuando es probado en juicio conforme a derecho. Tomó este nombre de la separación de las voluntades del hombre y la mujer a diferencia de las que tenían cuando se unieron.

Ley II.- ¿Por qué razones se puede realizar esta separación? Hay dos casos y dos modos de hacer esta separación; una es por la religión y la otra por pecado de fornicación. La diferencia que hay entre separación que se hiciere por otros obstáculos, y por el divorcio, es que no se puede casar ninguno de los divorciantes mientras alguno de ellos viviera, y en el que se hace por razón de adulterio se puede casar el que quedase.

Ley III.- ¿Por qué el que se hace cristiano o cristiana se puede separar de la mujer o marido con quien estaba casado antes? Si algunos moros o judíos casados según la ley, se hicieren cristianos,

y permaneciendo el otro en la suya no quisiere vivir o si viviesen juntos injuriase a Dios, y a nuestra fe, o le reconviniere para que dejase la nuestra y siguiese la suya, en este caso se puede separar de él sin pedir licencia a ninguno, y casarse con otro, o con otra, si quisiere.

Ley IV.- ¿Qué diferencia hay entre los casamientos que hacen los cristianos y los que hacen los que son de otra religión? *Initialum, ratum, consummatum*, quiere decir la cosa que ha comenzado e *afirmanza*, e acabamiento, estas tres cosas hay en los casamientos de los cristianos; en los otros, sólo la primera y la última, y por eso dispuso la iglesia que nunca se destruyese el casamiento, y no pudiese casar ninguno de ellos mientras viviere el otro.

Ley V.- Cuando se dice que los casamientos se han comenzado, son firmes y acabados. Se principian los casamientos en los desposorios que se hacen por palabras de futuro o de presente, consintiendo los desposados; pero el que se hace por palabras del presente tiene tal fuerza, que no se pueden separar después, a no ser que antes de unirse carnalmente entrase alguno de ellos en orden de religión, que después ya queda firme el casamiento aunque se hubiese de separar por razón de adulterio.

Ley VI.- De los maridos que cometen fornicación después que han sido sentenciados a separarse de sus mujeres por razón de adulterio.- Acusando alguno a su mujer de adulterio, probándose y decidiéndose el divorcio contra ella, si después de esto el marido

tuviese acto carnal con otra mujer, puede la suya demandarle a que se vuelva con ella, y la iglesia debe apremiarle a que lo verifique.

Ley VII.- ¿Quiénes pueden sentenciar en caso de separación del matrimonio y de qué manera? Deben hacer esto los arzobispos u obispos de la jurisdicción de los esposos, pero siendo costumbre de cuarenta años que lo hicieron los arcedianos, arciprestes u otros prelados menores, bien pueden hacerlo si fuesen letrados, o aquél a quien el Papá otorgue privilegio para ello.

Ley VIII.- Prohíbe esto la iglesia, aunque aquellos sean clérigos u obispos, por dos razones. Una porque en manos de éstas no pueden acabarse sino por miedo de pena, y ésta no puede ponerse en los matrimonios y otra porque el matrimonio es espiritual.

El divorcio en México existía entre los indígenas de Texcoco y “cuando se ofrecía algún pleito de divorcio, que eran pocas veces, procuraban los jueces que los conformar y poner en paz, y reñían ásperamente al que era culpado, y les decían que mirasen con cuanto acuerdo se habían casado y que no echasen en vergüenza y deshonra a sus padres y parientes que habían entendido en los casar y que serían muy notados del pueblo, porque sabían que eran casados, y les decían otras cosas y razones, y todo a efecto de los conformar”.²⁸

²⁸ Cfr. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. P. 62

En el año 1792 se admite el divorcio por mutuo consentimiento, aún por incompatibilidad de caracteres, asimilando en esa forma el matrimonio a un contrato de sociedad.

Entre los mayas, parece que la poligamia existía pero en la clase guerrera. Los mayas se casaban con una sola mujer a los veinte años de edad, y los padres buscaban esposas e hijos. La infidelidad de la mujer era causa de repudio, si al tiempo del repudio los hijos eran pequeños los llevaba la mujer; si eran grandes, las hembras pertenecían a la esposa y los varones al esposo. "La mujer repudiada podía unirse con otro hombre y aún volver con el primero; había la mayor facilidad por tomarse o dejarse".²⁹

Los Tepehuanes se extendían en Durango, Jalisco, Sinaloa, Chihuahua y Coahuila. Conocían el matrimonio y el repudio por causa de la infidelidad de la mujer.

En relación con los jueces y procedimientos, encontramos que las quejas del matrimonio se presentaban al gran sacerdote Petamuti; las tres primeras veces los amonestaban, reprendiendo al culpable; a la cuarta vez, decretaba el divorcio. Si la culpable era la esposa, seguía viviendo en la casa marital; a no ser en el caso de adulterio, en tal caso se entregaba al Petamuti y la mandaban matar. Si la culpa era del varón, los parientes recogían a la mujer y la casaban con otro. No se permitía un segundo divorcio.

²⁹ BALLESCA, J. Y Cía. México a Través de los Siglos. Tomo II. Sucesores Editores, México 1975. P. 152

En la Ley del Matrimonio Civil del 23 de julio de 1859, se estableció el divorcio como temporal, y en ningún caso dejaba hábiles a las personas para contraer nuevo matrimonio, mientras viviera alguno de los divorciados.

Pasados siete meses de haberse iniciado los dispositivos expuestos para dar un código civil, "el día 6 de julio de 1866, una vez que la comisión había aprobado de hecho el libro primero del Código Civil, como eran los deseos del Emperador, lo publicaron en el órgano periodístico oficial del Imperio, llamado Boletín de las Leyes. No obstante que en las disposiciones que hasta entonces contenía estaban limitadas a la parte introductoria, a la eficacia y naturaleza de las leyes y a los derechos de familia, apareció ya con el nombre de Código Civil del Imperio Mexicano".³⁰

Dentro de las disposiciones interesantes del código citado, se encontró que el artículo 151 trataba sobre el divorcio, y señalaba que éste no disolvía el matrimonio, y por tal motivo ninguno de los divorciados podía contraer otro matrimonio o faltar a la fidelidad debida a su consorte; suspendiendo con ello, sólo alguna de las obligaciones civiles que se expresaban en los artículos relativos del citado Código.

En los Códigos de 1870 y 1884 del Imperio Mexicano, no se aceptó el divorcio vincular, solo existió el divorcio por separación de cuerpos; bien como divorcio por mutuo consentimiento, bien como divorcio necesario por determinadas causas.

³⁰ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. cit. P. 73

Don Venustiano Carranza en el Puerto de Veracruz, expidió dos intempestivos decretos, uno el 29 de diciembre de 1914 y otro del 29 de enero de 1915, donde se regulaba por primera vez el divorcio vincular voluntario y necesario, señalando sólo dos causas:

1) Cuando ya no se pudieran o fuera indebido realizar los fines del matrimonio y,

2) Cuando se cometiesen faltas graves por uno de los cónyuges que hicieran irreparable la desavenencia conyugal.

En la exposición de motivos de tales decretos se esgrimieron razones como ésta:

"El divorcio que disuelve el vínculo es un poderoso factor de moralidad, porque facilitando la formación de nuevas uniones legítimas, evita la multiplicidad de los concubinatos y, por lo tanto, el pernicioso influjo que necesariamente ejercen en las costumbres públicas, de mayor estabilidad a los efectos y relaciones conyugales, asegura la felicidad de mayor número de familias y no tiene el inconveniente grave de obligar a los que, por error o ligereza, fueron al matrimonio a pagar sus faltas en la esclavitud de toda su vida".³¹

La Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, volvió a admitir el divorcio vincular voluntario o por mutuo consentimiento, y el

³¹ Cfr. SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Op. cit. P. 17

divorcio necesario, aumentado el número de causales. Así mismo en su artículo 75 se establecía que el divorcio disolvía el vínculo del matrimonio y dejaba a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Se conservó el divorcio por separación de cuerpos, que se relegó a segundo término, quedando como excepción relativa la causal señalada en la fracción IV del artículo 76, que se refería a enfermedades crónicas e incurables, contagiosas y hereditarias, dejando a la voluntad vincular o la simple separación del lecho y habitación.

Dentro de la evolución del Derecho Mexicano, el Código vigente de 1928, introdujo el divorcio administrativo; quedando reproducido en éste, el ya mencionado artículo 75 de la Ley de Relaciones Familiares.

El Divorcio puede presentar dos formas; "en relación con que la voluntad coincidente simultáneamente de que se produzca, provenga de uno o de ambos consortes; a saber":³²

1) Si proviene de uno sólo de ellos se denomina: **DIVORCIO CONTENCIOSO.**- De acuerdo con la causal que motive el divorcio contencioso ésta acarreará o no una sanción al cónyuge que dio origen a dicho acto o simplemente producirá algunas consecuencias desfavorables al cónyuge que incurrió en la respectiva causal, aunque no se trate de un motivo considerado como de

³² DE PINA, Rafael. Elementos... Op. cit. P. 342

culpabilidad sino que se impone como una verdadera necesidad para evitar que se produzcan males más graves, sobre todo para los hijos, de ahí los diferentes nombres con que han sido designadas dos formas de divorcio contencioso:

1.1 DIVORCIO NECESIDAD.- El Divorcio Necesidad es aquél que se impone en atención a que las causales que lo determinan suponen una situación de tal magnitud que hace imposible la vida en común o la imposibilidad de cumplimiento de los fines esenciales del matrimonio por causas que no suponen culpabilidad alguna en el cónyuge en quien se realizan las hipótesis previstas por las normas que señalan dichas causales generalmente en forma involuntaria; porque es evidente lo difícil que sería que alguno de los consortes tratara de contraer para sí cualquiera de los males a que se refieren las fracciones VII y VIII del artículo 4.90 que se refiere a las causales por la que se puede pedir el divorcio necesario.

1.2 DIVORCIO SANCIÓN.- Como su nombre lo indica, el divorcio sanción supone una culpa en el cónyuge que incurre en la causal que lo origina así como la inocencia del otro consorte y por ende la imposición al ser declarado el divorcio, de la sanción respectiva al cónyuge culpable, misma que le da el nombre como se ha indicado, es decir divorcio sanción.

El divorcio sanción se encuentra consignado en todas y cada una de las fracciones del artículo 4.89 del Código en mención.

Las sanciones que se imponen al cónyuge culpable son en relación con los hijos nacidos del matrimonio, como en relación con el carácter pecuniario y además de restricción para contraer nuevas nupcias durante algún tiempo determinado.

2) Si proviene de ambos se llama: **DIVORCIO VOLUNTARIO**.- El divorcio voluntario o por mutuo consentimiento no se ajusta a un procedimiento único, tiene por el contrario dos procedimientos distintos; uno para el caso en que ambos cónyuges convengan en divorciarse, y otro para los que no se encuentren en esta circunstancia, tal y como lo establece el artículo 4.105 del Código Civil del Estado de México.

El fundamento legal del divorcio lo encontramos en el Título Tercero del Código Civil del Estado de México titulado Del Divorcio y que en sus diferentes artículos regula todo lo referente a los tipos de divorcio existentes.

Así pues el artículo 4.88 del Código de cita establece que:

“El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro”.

El artículo 4.89 nos dice:

“El divorcio se clasifica en necesario y voluntario. Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo

reclama fundado en una o más de las causas que señala el artículo 4.90 y es voluntario cuando se solicita de común acuerdo por éstos”.

Por su parte el artículo 4.90 menciona todas y cada una de las causales por las que se puede solicitar el divorcio necesario; mismo que a la letra dice:

“Artículo 4.90.- Son causas de divorcio necesario:

- I. El adulterio de uno de los cónyuges;*
- II. Que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse el mismo con persona distinta al cónyuge;*
- III. La propuesta de prostitución de un cónyuge al otro no cuando el mismo la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitirlo;*
- IV. La bisexualidad manifestada posterior a los seis meses de celebrado el matrimonio;*
- V. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito;*
- VI. Los actos inmorales ejecutados por alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos de ambos, o de uno de ellos, así como la tolerancia de su corrupción;*
- VII. Padecer alguna enfermedad crónica e incurable que sea además contagiosa o hereditaria;*
- VIII. Padecer enajenación mental incurable;*
- IX. La separación del domicilio conyugal por más de seis meses sin causa justificada;*

- X. *La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;*
- XI. *La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, que hagan difícil la vida en común;*
- XII. *La negativa de los cónyuges de darse alimentos,*
- XIII. *La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro,*
- XIV. *Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión no conmutable;*
- XV. *Los hábitos de juegos prohibidos o de embriaguez habitual, el uso indebido y persistente de estupefacientes, psicotrópicos, o cualquier otra sustancia que altere la conducta y produzca dependencia cuando amenacen causar la ruina de la familia, o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;*
- XVI. *Haber cometido un cónyuge contra la persona o bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de tercero, siempre que tenga señalada en la ley una pena de prisión que exceda de un año de prisión;*
- XVII. *El grave o reiterado maltrato físico o mental de un cónyuge hacia los hijos de ambos o de uno de ellos;*

XVIII. *Permitir ser instrumento, de un método de concepción humana artificial, sin el consentimiento de su cónyuge;*

XIX. *La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos."*

Cabe señalar que *"el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, dentro de los seis meses siguientes al día en que tenga conocimiento de los hechos en que se funde la demanda, excepto en causas de tracto sucesivo."* (Art. 4.91)

Las medidas provisionales se encuentran reguladas por lo dispuesto en el artículo 4.95 del Código en cita señalando:

"Artículo 4.95.- Al admitirse la demanda de divorcio, o antes, si llegara a haber urgencia podrán dictarse sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

- I. Separar a los cónyuges tomando siempre en cuenta las circunstancias personales de cada uno y el interés superior de los hijos menores y de los sujetos a tutela;*
- II. Fijar y asegurar los alimentos que debe dar el cónyuge alimentario al acreedor y a los hijos;*
- III. A falta de acuerdo entre los cónyuges, la guarda y custodia de los hijos se decretará por el Juez en función del mayor interés de los menores y de los sujetos a tutela;*

IV. *Dictar las medidas convenientes respecto a la mujer que esté embarazada;*

V. *Las necesarias para que los cónyuges no se causen daños en su persona, en sus bienes, en los de la sociedad conyugal o en los bienes de los hijos”.*

1.4 EL MENOR DE EDAD

“La palabra menor proviene del latín *minor naturs*, refiriéndose al menor de edad, al joven de pocos años, al pupilo no necesariamente huérfano sino digno de protección, pues esta última deriva a su vez de *papus* que significa niño y que se confunde con la amplia aceptación romana del hijo de familia sujeto a patria potestad o tutela”.³³

El menor de edad se llama infante desde que nace hasta la edad de siete años cumplidos; próximo a la infancia desde los siete años hasta los diez años cumplidos; próximo a la pubertad a partir de los diez años hasta los catorce años, para el caso del varón, y hasta los doce siendo hembra; y menor particularmente desde los catorce años o doce años; según corresponda; y menor de dieciocho años.

³³ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo III, Décimo Quinta edición. Editorial Porrúa, S.A. México 2001. P. 2111

1.4.1 DESDE EL PUNTO DE VISTA BIOLÓGICO

Se llama menor a la persona que por efecto del desarrollo gradual de su organismo no ha alcanzado una madurez plena; es decir, el estado adulto y su vida comprende tres etapas:

1ª La Infancia.- Primer período de la vida del hombre, la cual depende del seño y cuidado materno;

2ª La Niñez.- Segunda etapa o parte de la vida del menor, en ella comienza a distinguir su propia individualidad y sus actos de convierten un poco más independientes;

3ª La Adolescencia.- En esta etapa manifiesta sus propios gustos y virtudes, descubre totalmente su sexualidad, entra a la etapa de la pubertad, la cual no es otra cosa que el desarrollo sexual del ser humano, para poder procrear, fisiológicamente se le distingue como púber.

1.4.2 DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO

Existe el criterio general para definir al menor de edad, así pues, se encuentra dentro del cuerpo de la legislación civil, el artículo 4.339 del Código Civil del Estado de México establece que *"La mayoría de edad comienza al cumplir los dieciocho años"*, pero si se interpreta a

contrario sensu, prácticamente señala a la persona considerada como menor de edad, tomando en cuenta como principio este planteamiento se puede definir a la minoría de edad, como aquella comprendida a partir del nacimiento y hasta antes de cumplir los dieciocho años de edad, no importando si se trata de hombre o mujer; todo esto puede deducirse en que se considera menor de edad a todo ser humano que aún no ha alcanzado la etapa adulta, por no tener la edad señalada por la legislación.

La gente asocia al menor de edad con la inmadurez de las personas, si bien es cierto, la madurez refleja la calidad del pensamiento en los seres humano, esto es, razonar y enfocar el camino en dirección al bien, en nuestro país se considera a los menores, por regla general, como inmaduros e irresponsables de sus actos; y debido a esta idiosincrasia, fue que la legislación limitara la minoría de edad, considerando al menor de edad ya responsable de sus actos para actuar por propio derecho de acuerdo a su voluntad.

1.4.3 ANÁLISIS JURÍDICO DE LA MINORÍA DE EDAD

A este respecto, tenemos que se debe determinar que todas las personas tienen derechos y obligaciones en un estado de derecho, como el nuestro; derechos de carácter subjetivo para el individuo, a quien está dirigida la norma; este derecho subjetivo constituye la facultad para obtener algo, garantiza a su vez el derecho

adjetivo, por lo que para estos efectos de mejor entendimiento en el presente apartado y en atención a que en él se detallan ciertos conceptos, tales como derecho subjetivo y adjetivo, debe entenderse que esta distinción obedece a la división doctrinal, generalmente aceptada, que evidencia la forma de facilitar el estudio del derecho; pretendiendo ordenar las normas del derecho, basándose en el criterio de aplicación de las normas para poner en movimiento los aparatos del Estado que aplican al derecho. Así pues, se dice que la clasificación de derecho adjetivo contiene las normas que regulan la utilización de los aparatos del Estado que aplican al derecho. Normalmente, se piensa en el derecho procesal, como el que contiene las normas adjetivas. La clasificación de derecho subjetivo se refiere a las normas que conceden derechos e imponen obligaciones, excepto las relacionadas con el proceso, aunque en ocasiones se encuentran normas sustantivas que establecen realmente la forma de llevarse a cabo un proceso, o bien el criterio a seguir en determinadas hipótesis, como los artículos 4.95 y 4.96 del Código Civil del Estado de México, tan sólo por citar algunos ejemplos.

Ahora bien, para ejercitar el derecho se debe hacer mención a la capacidad jurídica de los *siu iuris* (sujetos de derecho), entendiéndose como tal, la capacidad desde el punto de vista de goce y de ejercicio: "La capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones. Todo sujeto debe tenerla,

si se suprime, desaparece la personalidad por cuanto que impide al ente la posibilidad jurídica de actuar".³⁴

El menor de edad en tanto sea sujeto de derecho, tiene capacidad de goce, pero no se le atribuye todavía personalidad jurídica, ya que ésta se encuentra limitada y no puede ejercitar aún sus derechos directamente, esto lo podrá hacer hasta adquirir la capacidad de ejercicio; la capacidad es uno de los atributos de las personas y el menor de edad, en esta caso tiene derecho a determinados aspectos inherentes al hombre; derechos otorgados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; como son: el derecho a la libertad, a la seguridad jurídica y este último como uno de los puntos más preocupantes del menor, ya que muchos integrantes del poder judicial, a pesar de que existen normas expresas que los facultan para obrar de oficio en los juicios en que se vean involucrados menores de edad, se abstienen de cumplir con su contenido y no garantizan de manera efectiva ese derecho de seguridad jurídica; entendiéndose como tal, aquel derecho de petición a la cual, la autoridad debe contestar por acuerdo escrito, aquella privación de derechos, sólo mediante juicio seguido con las formalidades que el proceso debe tener, en el que se consagre el principio de legalidad, pues se abstienen de escuchar el parecer de los menores, bajo el sórdido pretexto de ser personas influenciables; debe precisarse que la influencialidad de las personas, para lograr un fin determinado dentro de un proceso, no es motivo o razón suficiente para dejar de admitir el testimonio de un menor de edad, pues el

³⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. cit. P. 158

juzgador olvida la figura jurídica que el Licenciado Emilio Prado Aspe denominó "*Simulatio Litis*", cuyo concepto y amplias singularidades plasmó dentro de su estudio titulado *Concepto Delictual de la Simulatio Litis*, visible en los anales de Jurisprudencia publicados por el Tribunal Superior de Justicia, de cuyo contexto se puede resumir que la figura delictual se consagra a través de una relación de hechos y actos procesales, encaminados a transformar los negocios jurídicos de lo que un Juez conoce, en una verdadera simulación como negocio jurídico, en la cual el Juez contempla los actos si medio para frustrarla, pero no participa en ella, en vez de ser litigio entre partes, se reduce a una comedia para perjudicar a terceros, luego entonces, si el juzgador no sólo cuenta con este medio de convicción, sino con todos los que estime pertinentes, como lo son las valoraciones psicológicas, entonces resultan inocuas sus negociaciones, pues en todo caso, quien debe preocuparse de configurar algún ilícito, son los litigantes y no sólo de ello debe preocuparse, sino también de afectar la moralidad de sus hijos al inducirlos a la mentira, y por lo tanto, el accionar del Juez debe ceñirse a respetar la garantía de audiencia, concatenando los medios de prueba, con otros elementos. Por este motivo es necesario restituir a los menores de edad en el goce de sus garantías y derechos, recayendo esta obligación precisamente en los Jueces del Orden Común, quienes deberán ejercer de manera real y efectiva, con la debida prudencia, las facultades que la legislación les otorga.

Por otra parte, el Diccionario de la Real Academia Española nos dice que el niño es “como una persona que se haya en la niñez... que tienen pocos años”.³⁵

En el derecho se define al niño como “una persona que se haya en la niñez, como la persona humana desde su nacimiento hasta la iniciación de la edad púber.”³⁶

Ahora bien la niñez se define como “el período de la vida humana que se extiende desde el nacimiento hasta la adolescencia. Dicho o hecho propio de los niños.”³⁷

1.5 EL TESTIGO

Testigo es “la persona que comunica al Juez el conocimiento que tiene de algún hecho o acto cuyo esclarecimiento interesa para la decisión de un proceso”.³⁸

La palabra testigo entre los litigantes, refleja en su contenido a todo aquel conocedor en su persona de los hechos expuestos por las partes en controversia, las cuales se encuentran obligadas a probar, esto al asumir la carga probatoria de los hechos

³⁵ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Editorial Espasa Calpe, Madrid, España 1980. P. 1865

³⁶ Cfr. GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. México 1991. P. 144.

³⁷ ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA. Tomo XXXVIII. Editorial Espasa-Calpe, Madrid España 1989. P.753

³⁸ DE PINA VARA, Rafael. Op. cit. P. 474

constitutivos de sus pretensiones, en estricto apego a lo dispuesto por el artículo 1.252 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, ya que son los hechos materia de la litis planteada, esto es, la esencia misma de la verdad que se pretende probar. Por lo tanto y al estar interesado el Estado sobre los asuntos y más los del orden familiar, se hace obligatoria la presencia de los testigos, esto de conformidad con lo establecido por el artículo 1.326 del mismo ordenamiento, para que el Juez del conocimiento esté en posibilidad de establecer la verdad legal.

También recibe el nombre de testigo quien, con su presencia es parte de las formalidades o garantías de autenticidad de determinado acto procesal.

El testigo es pues, la persona ajena al proceso, que declarara respecto de los hechos que a ésta le consten en relación con la litis.

1.5.1. TESTIMONIO DEL MENOR SEGÚN LA LEY

Una vez visto y entendido el significado de la palabra testigo, ahora es menester saber y entender el significado del testimonio, palabras que bien pudieran confundirse entendiéndose su significado de manera análoga y equitativa, sin embargo ambos conceptos se refieren a circunstancias distintas.

“La palabra testimonio proviene del latín *testimonium*, atestación de una cosa, prueba o justificación de una cosa”.³⁹

“El testimonio es la declaración prestada en el proceso por el testigo.”⁴⁰

También se le considera como toda aquella narración de los hechos planteados en el debate, sujetos a comprobación por parte de las partes, quienes asumen la carga de la prueba a fin de crear certeza y convicción en el Juez del conocimiento, con el objeto de crear a su vez, la plena certeza de que cuenta con los elementos necesarios, suficientes e idóneos para emitir su fallo, llegado el momento, recabando previamente toda la información tendiente a dilucidar el fondo de la controversia.

Como se puede observar el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México no establece que un menor pueda rendir testimonio alguno dentro de un juicio, donde se encuentre involucrado; no obstante, como ya se mencionó, que el artículo 1.326 nos indica que: *“todos los que tengan conocimiento de los hechos que las partes deben probar, están obligados a declarar como testigos.”*, luego entonces, la ley no hace mención de que personas son las que deben y pueden declarar en torno a la controversia.

³⁹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Op. cit. Tomo IV. P. 3086

⁴⁰ DE PINA VARA, Rafael. Op. cit. P. 474

Se debe entender y concluir por lógica, que si la ley procesal, no hace mención de que se admita o no el testimonio de un menor de edad, se colige que si puede realizarse, y no existe disposición legal que lo prohíba, principalmente en materia familiar, sin embargo los Jueces de lo Familiar, por lo regular no toman en cuenta lo que pudieran llegar a saber y sobre todo a decidir los menores involucrados en los conflictos familiares. Motivo por el cual, en capítulo aparte se hará la propuesta, con el fin de que ya exista una regulación de la garantía de audiencia del menor de edad.

Por otro lado, pero en el mismo orden de ideas, el Código en cita, tampoco nos indica la manera en la que habrá de prepararse la prueba en cuestión, cómo debe realizarse el respectivo interrogatorio, pero nunca menciona la prohibición de que un menor de edad rinda testimonio, y ante tal omisión en la legislación, es menester hacer mención a los criterios sostenidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al emitir la siguiente jurisprudencia:

***“TESTIGOS MENORES DE EDAD.-** Para que un testigo pueda emitir su declaración, se requiere no la menor o mayor edad del mismo, sino que tenga la capacidad para comprender los hechos de que se ha dado cuenta, retenerlos en la mente y poderlos exponer ante quien le pida su declaración.”*

En consecuencia se debe entender, en teoría, que el testigo menor de edad si puede comparecer a juicio, sobre todo en cuestión familiar, para verter su testimonio, pues la minoría de edad no

invalida por sí misma el valor probatorio que tenga el testimonio de éste, pues se debe atender únicamente a la circunstancia de si éste tiene la capacidad suficiente para comprender los hechos sobre los cuales versarán sus declaraciones y si éstos fueron susceptibles de ser apreciados por sus sentidos, tomándose en cuenta, además de lo declarado, si su testimonio fue vertido de una manera clara y precisa. Asimismo no se debe olvidar que al testigo menor de edad no se le debe protestar, porque esta formalidad procesal sólo es aplicable a quienes tienen la capacidad legal suficiente para comprender el dolo en el que pudieran incurrir para el caso de verter un testimonio falso.

1.6 LA GARANTÍA DE AUDIENCIA

Comenzaremos este apartado definiendo lo que es la audiencia; así pues esta palabra “deriva del latín *audientia*, y consiste en el acto por parte de los soberanos o autoridades, de oír a las personas que exponen, reclaman o solicitan alguna cosa”.⁴¹

La primera Constitución Federal que incluyó la garantía de audiencia fue la Constitución de 1857 en su artículo 14, así como los numerales 21 y 26 del Proyecto de dicha Constitución regulaban la citada garantía.

⁴¹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Op. cit. Tomo I. P. 264

En la redacción original de estos artículos, la garantía de audiencia debía ser previa a todo acto de autoridad, de índole privativa, más en la versión definitiva quedó como una garantía de legalidad exacta en materia judicial, como se desprende del precepto constitucional “Nadie puede ser juzgado, ni sentenciado...”. Esto trajo aparejada la transformación del Juicio de Amparo y la consecuente intervención de la Suprema Corte, como órgano de control Constitucional. Pero fue hasta la promulgación de la actual Constitución, que la garantía de audiencia pudo realmente ser aplicada en materia civil, de igual manera que en la penal.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente la garantía de audiencia se encuentra regulada por el artículo 14, segundo párrafo, conforme a este precepto, dicha garantía corresponde a la fórmula mexicana del debido proceso legal. La garantía de audiencia, en tanto garantía de seguridad jurídica, impone a las autoridades estatales la obligación, frente al particular de evaluar todos sus actos, conforme a las exigencias implícitas en el derecho de audiencia. A su vez esta garantía está integrada por cuatro garantías específicas de seguridad jurídica concurrentes, y son:

- 1) Un juicio previo al acto privativo.-
- 2) Seguido ante tribunales previamente establecidos;
- 3) Con el cumplimiento de las formalidades procesales esenciales; y,

- 4) Conforme a las leyes vigentes, con anterioridad al hecho.

A este respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la siguiente jurisprudencia:

“AUDIENCIA, GARANTÍA DE.- La garantía de audiencia que consagra el artículo 14 Constitucional exige que antes de privar a una persona de sus derechos, se le debe dar oportunidad de alegar y probar lo que a su derecho corresponda, lo que implica darle a conocer en forma plena y cabal todos los datos o elementos que pueden fundar y motivar el acto de autoridad, pues de lo contrario malamente podría alegar y probar en forma adecuada y congruente. Y tal garantía debe ser respetada siempre por las autoridades administrativas, aunque la ley que rija el acto no prevea o establezca ese debido proceso legal, y aunque estimen que sus facultades para actuar son discrecionales, a menos que aleguen y demuestren razonablemente que el interés público o la seguridad nacional justifican que no se otorgue en esa forma el derecho de previa audiencia.”

Así pues, la garantía de audiencia corresponde a todo sujeto susceptible de ser parcial o totalmente objeto de actos de autoridad. El acto violatorio de la garantía de audiencia debe ser de carácter privativo, es decir, que debe consistir en una merma o menoscabo en la esfera jurídica del particular o en un impedimento

para el ejercicio de algún derecho. Los bienes tutelados por la garantía de audiencia son:

- a) La Vida.- Entendiéndose como tal, al ser humano en su sustantividad psicofísica y moral;
- b) La Libertad.- Tanto física como moral;
- c) La Propiedad.- Es decir, el uso, disfrute y disposición de una cosa;
- d) La Posesión Originada y Derivada.- Sea cual sea el título o la causa de su constitución y los derechos subjetivos del particular.

Esta garantía de audiencia se concatena con lo dispuesto en el artículo 4º Constitucional, el cual en uno de sus párrafos advierte que efectivamente el Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos; en relación con lo establecido en el artículo 4.96 del Código Civil del Estado de México, mismo que reza: *“En la sentencia que decrete el divorcio, se determinarán los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad, respecto a la persona y bienes de sus hijos; teniendo en cuenta el interés particular de los menores, su salud, costumbres, educación, conservación de su patrimonio. El Juez acordará de oficio cualquier providencia que considere benéfica para los hijos o lo sujetos a tutela.”*

CAPÍTULO II

BREVE RESEÑA DEL ARTÍCULO 2.138 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE MÉXICO

Empezáremos este capítulo dando unos pequeños antecedentes acerca de la iniciativa para el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México; por lo que es necesario señalar que las Comisiones de Dictamen de Asuntos Constitucionales, de Administración de Justicia y de Legislación, recibieron instrucción de la Presidencia de la Legislatura a fin de poner en estudio dicha iniciativa.

Es menester conocer brevemente que del origen y trayectoria del Código de Procedimientos Civiles para Estado de México, se destaca que es el ordenamiento vigente más antiguo, pues fue expedido el 9 de agosto de 1937, por el Gobernador Interino, Eucario López Contreras, en ejercicio de las facultades que le confirió la XXXIV Legislatura Local. Asimismo se dice que durante su existencia legal ha sido motivo en veinte ocasiones de reformas, adiciones, derogaciones, que en su momento fueron introducidas para entender las legítimas demandas de la sociedad de su tiempo, pero actualmente han sido rebasados.

Para conocer mejor el surgimiento del actual artículo 2.138, se procederá a mencionar una parte de la exposición de

motivos que se emitió; así pues tenemos que el plan de desarrollo 1999-2005 sustentó la tesis de que el Estado era la respuesta histórica que el hombre encontró para hacer posible la convivencia política y social, ordenada y pacífica, por ello se propuso edificar un gobierno de leyes, en el cual, la legalidad fue la base fundamental para la legitimidad.

Por tal motivo se propuso modernizar el marco jurídico del Estado de México, por lo cual se llevó a cabo una revisión integral del universo legislativo para que se pudiera adecuar a las necesidades del entorno y así transformar la ley en un instrumento que, con sentido humano, permitiera alcanzar los fines de la sociedad.

La iniciativa que se propuso para renovar el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, tuvo como fin, la adecuación de sus disposiciones con el ordenamiento sustantivo y mejorar la terminología y sistematización de las instituciones procesales; y fue el resultado de una minuciosa revisión y actualización de las disposiciones vigentes; hecha por distinguidos Magistrados y Jueces del Poder Judicial del Estado de México, prestigiados especialistas en derecho procesal civil, académicos e integrantes de asociaciones de profesionales de derecho, quienes aportaron su talento y esfuerzo para que se llevara a cabo la elaboración concordante con las exigencias de una sociedad en permanente transformación.

Ahora bien, en el Diario de Debates de fecha 31 de mayo del 2002, y estando en sesión los diputados de la LIV Legislatura del Estado de México se mencionó que tras décadas de rezago jurídico, había llegado el momento de actualizar la legislación adjetiva-civil, esto basándose en los avances en materia jurídica, ajustada a las necesidades de que surgieron de una mayor complejidad en las relaciones de los particulares al reconocimiento histórico de la institución matrimonial que se vincula con la familia a la igualdad de géneros y a la eficiencia normativa.

Entre las consideraciones más importantes y que es la que se adecua al tema de este trabajo de investigación, tenemos que se creo la fase de conciliación y depuración procesal.

2.1 IMPORTANCIA Y TRASCENDENCIA DEL ARTÍCULO 2.138 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE MÉXICO

Es pues de vital importancia el artículo 2.138, toda vez que aun y cuando ya se ha reformado en varias ocasiones el Código de Procedimientos Civiles, éste no ha sufrido alteración alguna en su contenido, sólo lo ha hecho en su numeración, por lo que después de algún tiempo, en la Gaceta del Gobierno de fecha 1º de Julio del año 2002, se dio a conocer el nuevo articulado del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México quedando entre ellos el

actual artículo 2.138 que habla sobre la audiencia de conciliación y depuración en los juicios de controversias de orden familiar, pues como se ha venido diciendo a lo largo del presente trabajo de investigación, la familia es la base de la sociedad, y por lo tanto ésta se interesa por el bienestar de la familia, procurando en este artículo, lograr la conciliación entre los consortes.

Por otro lado, pero en el mismo orden de ideas tenemos que la normatividad procesal vigente sólo contempla la tramitación escrita del proceso, al haberse suprimido los juicios verbales. Ahora bien, dentro de dicho proceso se lleva a cabo una fase que se le llama Audiencia de Conciliación y Depuración; y que es precisamente lo que se alude en el precepto en cuestión, señalando que habrá una audiencia de conciliación, esto siempre y cuando el juez lo considere necesario; esto trae como resultado que si el juzgador logra la conciliación entre las parte en controversia, el juicio queda concluido, levantándose un acta que tendrá efectos de transacción y tomará la fuerza de cosa juzgada.

Pero para el caso de que no se logre tal objetivo; cosa que en la mayoría de los juicios de divorcio necesario no se logra llegar a una conciliación; se hace la propuesta de adición al artículo en cita, misma que se hará en el último capítulo del presente trabajo de investigación.

2.2 EL ARTÍCULO 2.138 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE MÉXICO

El artículo 2.138 del Código de Procedimientos Civiles dice a la letra:

“En los juicios de orden familiar podrá haber la fase conciliatoria, si lo considera el juez.

En los demás juicios sobre estado civil, queda a criterio del Juez la celebración de la junta de conciliación, si no se afectan intereses de la colectividad, y de no haber junta de conciliación la audiencia sólo se efectuará para decidir las excepciones procesales y de cosa juzgada”.

A continuación se explicará lo que es la Conciliación; así pues la conciliación “es el acuerdo a que llegan las partes en un proceso, cuando existe controversia sobre la aplicación o interpretación de sus derechos, que permite resulte innecesario dicho proceso. Es asimismo el acto por el cual las partes encuentran una solución a sus diferencias y la actividad que sirve para ayudar a los contendientes a encontrar el derecho que deba regular sus relaciones jurídicas”.⁴²

⁴² INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Op. cit. Tomo I, P. 568

La conciliación en materia civil no constituye un poder jurídico, sino un deber jurídico. En algunas legislaciones relacionadas con la materia civil, la conciliación es voluntaria y los conciliadores actúan cuando son requeridos para solucionar las controversias; pero en el derecho mexicano las circunstancias de que las personas pueden conciliar sus diferencias, no determina la dispensa de la conciliación, ya que puede ocurrir que una de las partes no tenga capacidad para disponer por sí misma.

Por lo que toca a las controversias del orden familiar, el juez del conocimiento está facultado para intentar la conciliación entre las partes, antes de que el asunto sometido a su decisión pase a sentencia, disponiendo igualmente de facultades para proponer las bases que les permitan optar por un arreglo que dirima los puntos controvertidos y ponga fin al juicio.

CAPÍTULO III

LOS DERECHOS DEL MENOR Y SU MARCO JURÍDICO

En este capítulo se realizará un estudio detallado de las leyes, en las cuales se contemplan las atribuciones legales del Juez, así como de los ordenamientos legislativos más importantes, encargados de vigilar el sano desarrollo de los menores de edad, su protección, tutela y representación.

3.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece garantías individuales mediante las cuales se protege a los menores de edad, desde su concepción misma; desprendiéndose en primer término el ya citado artículo 4º, el cual en sus últimos tres párrafos menciona que:

“...Los niños y las niñas tienen el derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo

necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.”

Garantías tales, que no podrán restringirse ni suspenderse y partiendo de esta premisa, se debe entender que todo mexicano, tan solo por el hecho de nacer gozará de estas garantías, y en este orden de ideas se encuentra el artículo 3º el cual establece:

“Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado - Federación, Estados y Municipios – impartirá educación preescolar, primaria y secundaria. La educación primaria y la secundaria son obligatorias...”

Hállese en lo anterior, los principios fundamentales, consistentes en la protección a los derechos de la vida y a un desarrollo psicofísico normal y sano, pues este derecho no debe entenderse como el respeto a la mera supervivencia, sino como el desarrollo de la persona en sí. Es un derecho que implica forzosamente que cada niño y niña tengan un nivel de vida adecuado para lograr su crecimiento pleno en todos los sentidos, ya sea físico, mental, espiritual, moral y social; por lo tanto el precepto constitucional consagra todos estos derechos, al imponer la educación obligatoria hasta el nivel de secundaria y respetando la libre creencia de los gobernados, al determinar que la educación debe ser laica y por lo menos pretende imponer un nivel de educación general.

No se debe pasar por desapercibido, que si bien es cierto que los progenitores tienen la obligación de proporcionar a sus hijos, en la medida de sus posibilidades, las condiciones de existencia que les sean necesarias, para alcanzar ese desarrollo, el Estado tiene injerencia inmediata en este rubro, ya que a éste le corresponde auxiliarlos a fin de que estos derechos a la vida y a un nivel de vida adecuados, sean una realidad; a este respecto la Ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas.

3.2 PRINCIPALES DERECHOS DEL MENOR INVOCADOS EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

Al haber hecho una revisión de algunos de los preceptos más importantes en la Convención sobre los Derechos de los Niños, se encontró que los principales derechos subjetivos que pretende salvaguardar dicha Convención son:

- 1) El principio del interés de la infancia;
- 2) Los derechos a la vida y a un sano desarrollo psicofísico;
- 3) El derecho a la identidad;

- 4) El derecho a una atención especial del niño en consideración de sus intereses;
- 5) El derecho a la libertad de expresión;
- 6) Derecho a la no-discriminación;
- 7) Los derechos a vivir en familia y a recibir cuidados alternativos adecuados en caso de desamparo familiar;
- 8) El derecho a ser protegido contra los peligros físicos o mentales, el descuido, el abuso sexual, la explotación, el uso de drogas y enervantes y el secuestro y la trata:
- 9) El derecho a una educación que respete la dignidad y prepare para la vida en un espíritu de comprensión, paz y tolerancia;
- 10) Los derechos al descanso, al juego y a las actividades culturales y artísticas;
- 11) La libertad de asociación;
- 12) El derecho a la información;

- 13) El derecho a la protección contra injerencias arbitrarias y a un trato humanitario en cualquier circunstancia.

Resultando inminente que para una mejor comprensión de todos y cada uno de los derechos subjetivos tutelados por la Convención sobre los Derechos de los Niños, es menester estudiar los ordenamientos legislativos que los consagran, relacionándolos con el presente tema de investigación, pues no debe pasar desapercibido que el accionar del Juez en el ejercicio de sus facultades, no debe limitarse al sólo acto de determinación judicial, sino que debe sobrepasar los límites del caso legal, sujeto a su competencia, es decir, debe seguir toda una serie de actos tendientes a velar por la integridad tanto física moral y mental de los menores.

3.3 DECRETO DE PROMULGACIÓN EN RELACIÓN CON LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

La Convención sobre los Derechos de los Niños señala lo que debe entenderse por niño; siendo aquel ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad, siendo para nuestro país la edad mencionada, tal y como lo establece el artículo 4.339 del Código Civil del Estado de México, mismo que es acorde a la Convención en cita,

es decir, ambas legislaciones consagran que la mayor edad se da cuando se cumplen los dieciocho años.

Por otro lado, los Estados reconocen que toda persona menor de dieciocho años tiene el derecho intrínseco a la vida, y que estos tienen la obligación de garantizar en la medida de lo posible la supervivencia y desarrollo sano, comprometiéndose a respetar el derecho de los niños, a preservar su identidad, sin injerencias ilícitas.

Así pues, el artículo 13 del Decreto Promulgatorio de la Convención sobre los Derechos de los Niños establece que:

1. *“El Niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio por el niño.*

2. *El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:*
 - a) *Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o*

b) *Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral pública*.⁴³

Otro punto importante a tocar lo conforma el artículo 23 del Decreto en cita, y que dice:

1. *“Los Estados parte reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismos y faciliten la participación activa del niño en comunidad.*
2. *Los Estados parte reconocen el derecho del niño impedido a recibir oportunidades de esparcimiento y reciba servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual con la máxima medida posible.*
3. *Los Estados parte promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria y preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el*

⁴³ Decreto Promulgatorio de la Convención de sobre los Derechos de los Niños. Editorial Porrúa, S.A. México 1997. P. 10

acceso a esa información a fin de que los Estados partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo”⁴⁴

Finalmente cabe señalar el contenido del artículo 24 de la legislación en comento:

1. *Los Estados partes reconocen el derecho del niño a disfrutar del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.*

2. *Los Estados partes asegurarán la plena aplicación de este derecho, y en particular adoptarán las medidas apropiadas para:*
 - a) *Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;*

 - b) *Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;*

⁴⁴ Ídem. P. 19

- c) *Combatir las enfermedades y malnutrición en el marco de la atención primera de la salud, entre otras la aplicación, de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;*
 - d) *Asegurar que todos los sectores de la sociedad y en particular los padres y los niños conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;*
 - e) *Asegurar la atención sanitaria prenatal y postnatal apropiadas a las madres;*
 - f) *Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.*
3. *Los Estados partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.*

4. *Los Estados partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo*".⁴⁵

Como se puede observar, todas las tendencias van encaminadas hacia la protección de los derechos del menor, valiendo la pena en todo momento tener a la mano la presente legislación, en virtud de contener en todos y cada uno de sus artículos, una trascendental importancia de aportación jurídica para que en determinado momento se haga llegar al Juez del conocimiento de alguna controversia donde se estén involucrados menores de edad, elementos para resolver respecto de los derechos inherentes a éstos.

3.4 LA LEY DE AMPARO

Por su parte la Ley de Amparo protege al menor de edad contra injerencias arbitrarias y le da un trato humanitario en cualquier instancia, ya que bajo este principio se encuentran comprendidos los derechos de todas las personas, derechos tales como la intimidad, el honor, la legalidad, etc.; es pues el artículo 6º y 22 de la ley en cita, los que protegen al menor, y mismo que a la letra dicen:

⁴⁵ Ídem. P. 21

“Artículo 6.- El menor de edad podrá pedir amparo sin la intervención de su legítimo representante cuando éste se halle ausente o impedido; pero en tal caso, el Juez, sin perjuicio de dictar las providencias que sean urgentes, le nombrará un representante especial para que intervenga en el juicio.

Si el menor hubiere cumplido ya catorce años, podrá hacer la designación de representante en el escrito de demanda.”

“Artículo 17.- Cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento judicial, deportación o destierro, o alguno de los actos prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal, y el agraviado se encuentre imposibilitado para promover amparo, podrá hacerlo cualquiera otra persona en su nombre, aunque sea menor de edad. En este caso, el Juez dictará todas las medidas necesarias para lograr la comparecencia del agraviado, y habido que sea, ordenará que se le requiera para que dentro del término de tres días ratifique la demanda de amparo; si el interesado la ratifica se tramitará el juicio; si no la ratifica se tendrá por no presentada la demanda, quedando si efecto las providencia que se hubiesen dictado.”

3.5 LA LEY GENERAL DE EDUCACIÓN

La Educación a que todos tenemos derecho, y que es de carácter obligatorio, tiene su fundamento en la Ley General de Educación, y por lo tanto en ella se hallan los principios fundamentales, tales como derecho al descanso, al juego, a las actividades culturales y artísticas, el derecho a una dignidad que se respete y prepare para la vida en un espíritu de comprensión, paz y tolerancia, tal y como ya se había mencionado con antelación.

Así pues la Ley General de Educación en su artículo 2º establece que:

“Todo individuo tiene derecho a recibir educación y por lo tanto todos los habitantes del país tienen las mismas oportunidades de acceso al sistema educativo nacional, con sólo satisfacer los requisitos que establezcan las disposiciones generales aplicables.”

La educación es el medio fundamental para adquirir, transmitir y acrecentar la cultura, es el proceso permanente que contribuye al desarrollo del individuo y a la transformación de la sociedad, y es el factor determinante para la adquisición de conocimientos y para formar al hombre de manera que tenga sentido de solidaridad social.

Durante el proceso educativo, se deberá asegurar la participación activa del educando, estimulando su iniciativa y su sentido de responsabilidad social, para alcanzar los fines a que se refiere el artículo 7º de la ley en cita; consecuentemente señala que todos los habitantes de nuestro país se encuentran obligados a cursar la educación primaria y secundaria siendo obligación de los mexicanos obligar a sus hijos o pupilos menores de edad a cursar la primaria y la secundaria, las cuales integran la educación básica. Asimismo en la impartición de educación para menores de edad se tomarán medidas que aseguren al educando la protección y el cuidado necesarios para preservar su integridad física, psicológica y social sobre la base del respeto a su dignidad y que la aplicación de la disciplina escolar sea compatible con su edad.

Por otro lado menciona la impartición de educación a través de particulares, misma que tener autorización expresa del Estado, debiendo obtener el reconocimiento de validez oficial de estudios ante la Secretaria de Educación Pública, también señala cómo las instituciones particulares deben contar con las condiciones higiénicas tanto de seguridad como pedagógicas, así como facilitar la práctica de inspección y vigilancia por parte de las autoridades.

Por su parte el artículo 65 de la misma legislación menciona los derechos con que cuenta el padre o tutor del menor de edad, esto en relación con la misma educación del menor; a saber:

“Artículo 65.- Son derechos de quienes ejercen la patria potestad o tutela:

- I. Obtener inscripción en escuelas públicas para que sus hijos o pupilos menores de edad, que satisfagan los requisitos aplicables, reciban la educación preescolar, la primaria y la secundaria;*
- II. Participar a las autoridades de la escuela en la que estén inscritos sus hijos o pupilos, cualquier problema relacionado con la educación de éstos, a fin de que aquéllas se avoquen a su solución;*
- III. Colaborar con las autoridades escolares para la superación de los educandos y en el mejoramiento de los establecimientos educativos;*
- IV. Formar parte de las asociaciones de padres de familia y de los consejos de participación social a que se refiere este capítulo; y,*
- V. Opinar en los casos de la educación que impartan los particulares, en relación con las contraprestaciones que las escuelas fije.”*

Así como los padres o tutores tienen derechos, también tienen obligaciones, mismas que se encuentran consagradas en el artículo 66, y son:

“Artículo 66.- Son obligaciones de quienes ejercen la patria potestad o tutela:

- I. Hacer que sus hijos o pupilos, menores de edad, reciban la educación primaria y la secundaria;*
- II. Apoyar el proceso educativo de sus hijos o pupilos, y,*

III. Colaborar con las instituciones educativas en las que estén inscritos sus hijos o pupilos, en las actividades que dichas instituciones realicen."

Como se puede observar, estos preceptos contenidos en la Ley General de Educación van encaminados a la protección y el bienestar educativo del menor de edad.

3.6 CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO

La norma de la que nace la facultad tuitiva del Juzgador en materia familiar para proteger los intereses superiores de los menores de edad, se encuentra consagrada primeramente en el Código Civil, que para el caso, sería el vigente en el Estado de México.

Entendiéndose como intereses superiores de los menores de edad, aquellos que prevalecen por encima de cualquier otra consideración, si se quiere lograr el cabal cumplimiento de los derechos reconocidos a los niños y las niñas, y debe ser utilizado con precisión y discrecionalidad, toda vez que la doctrina aún no lo ha acabado de precisar, sin embargo, es menester apreciar las normas cuya aplicación esta dirigida a los niños, llámense hombres o mujeres, en función de los cuidados y la asistencia especiales, que unos y otras requiere para lograr un crecimiento y un desarrollo plenos, dentro de un ambiente de bienestar familiar y social, pero es aquí donde entran las interrogantes ¿Qué pasa cuando un menor se ve involucrado en

un proceso judicial?, ¿Quién debe velar por sus intereses, independientemente de la labor que hace el Ministerio Público?. No cabe duda que es sólo el Juez de lo Familiar quien debe y tiene la obligación de hacer valer los intereses superiores en toda controversia judicial, siendo para ello escrupulosos en los principios y preceptos legales que vaya a invocar para sustentar su determinación.

El Código Civil del Estado de México establece los derechos, obligaciones y protecciones que debe tener el menor de edad para el caso de encontrarse involucrado en una controversia del orden familiar. Sin embargo no establece que dicho menor pueda o tenga el derecho de comparecer a una audiencia, motivo por el cual es el desarrollo del presente trabajo de investigación y que como ya se dijo, en capítulo aparte se hará la propuesta para que se regule la garantía de audiencia; esto ya dentro del proceso.

En relación con lo expuesto en el párrafo anterior, tenemos que el artículo 2.1 nos dice que: *“Persona física es el ser humano desde que nace y es viable, hasta que muere; a quien se le atribuye capacidad de goce y de ejercicio; y que desde que es concebido se le tiene por persona para los efectos declarados por la ley”*. Sin embargo el citado código también nos habla de las restricciones a la personalidad que se le atribuye al hombre; esto en su artículo 2.2, estableciendo que *“La minoría de edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica; ...”*

Por otro lado, en el multicitado Código Civil del Estado de México también se hallan varias acepciones que tienen relación con las personas, los bienes y derechos que integran la familia, encontrando entre dichas acepciones un capítulo que se refiere al Registro Civil y define la forma, los términos y las condiciones en que deberá llevarse a cabo el registro de un infante, esto va en relación con uno de los fines de la ya mencionada Convención sobre los Derechos de los Niños y las Niñas.

3.7 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE MÉXICO

En la misma tesitura que el Código Civil del Estado de México, se encuentra el de Procedimientos Civiles, naciendo a la vida jurídica las normas adjetivas; mismas que seguían los lineamientos planteados en la Convención sobre los Derechos de los Niños, referentes a garantizar el derecho a la libertad de expresión del menor de edad; haciendo referencia que el presente trabajo de investigación versa en la adición a uno de los preceptos consagrados en esta legislación.

Se considera que el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, es la ley fundamental para este trabajo, por encontrarse en él, la disposición en la cual existe interés en hacer una

adición, con el fin de regular la garantía de audiencia del menor de edad.

Por otro lado el Código en comento establece el procedimiento que debe llevarse a cabo en una controversia; así pues tenemos que el artículo 2.277 reza que: *“Si el Juez no logra la reconciliación en la misma junta, analizará el convenio señalando a los cónyuges los puntos que no se ajustan a derecho, o que no considera de equidad, proponiéndoles que lo corrijan o ajusten.”*; esto es, el Juez debe velar en todo momento por los intereses y bienestar, tanto físico como moral, del menor de edad que se encuentra inmiscuido en un juicio, garantizando en todo momento sus derechos.

Por su parte el artículo 4.17 establece que *“... podrá dictar las medidas urgentes necesarias si hay menores interesados o peligro de que se oculten, pierdan o dilapiden los bienes.”*

Así sucesivamente se puede seguir citando artículos en los que se proteja al menor, pero realmente, en esencia éstos son la base fundamental para la protección del menor de edad.

3.8 ESTATUTO ORGÁNICO DEL SISTEMA NACIONAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA

En principio es menester establecer a qué se refiere el derecho a una atención especial del niño, y en este sentido es

pertinente destacar que la Convención sobre los Derechos del Niño crea un nuevo concepto jurídico del interés superior de la infancia, el cual se observará posteriormente, pero en virtud de éste, se sostiene que las políticas, acciones y la toma de decisiones relacionadas con este período de la vida humana, tendrán que darse de tal manera que, en primer lugar y antes de cualquier otra consideración, se busque el beneficio directo del menor, llámese niño o niña; a quien van dirigido, estableciendo la obligación de crear institutos u organizaciones de bienestar social, tanto públicas como privadas, autoridades administrativas y órganos legislativos.

Así pues dentro de las figuras consagradas en los ordenamientos internos, la institución de gran trascendencia para la defensa de los menores es precisamente la del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia; organismo público descentralizado con la asistencia social, la prestación de servicio, la promoción de la interrelación sistemática de acciones que en la materia lleven a cabo las instituciones públicas, así como la realización de las demás acciones establecidas en las disposiciones legales aplicables.

El Estatuto Orgánico del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, en su artículo 2º establece los objetivos o metas planteadas por este organismo y determina literalmente:

“El organismo para el logro de sus objetivos realizará las siguientes funciones:

I. Promover y prestar servicios de asistencia social;

- II. *Apoyar el desarrollo de la familia y de la comunidad;*
- III. *Realizar acciones de apoyo educativo para la integración social y de capacitación para el trabajo a los sujetos de la asistencia social;*
- IV. *Promover e impulsar el sano crecimiento físico, mental y social de los menores;*
- V. *Proponer a la Secretaría de Salud, en su carácter de administradora del patrimonio de la beneficencia pública, programas de asistencia social que contribuyan al uso eficiente de los bienes que lo componen;*
- VI. *Fomentar y apoyar a las asociaciones y sociedades civiles así como a todo tipo de entidades privadas cuyo objeto sea la prestación de servicios de asistencia social, sin perjuicio de las atribuciones que al efecto correspondan a otras dependencias;*
- VII. *Operar establecimientos de asistencia social en beneficio de menores en estado de abandono, de ancianos desamparados y de minusválidos sin recursos;*
- VIII. *Llevar a cabo acciones en materia de prevención de invalidez y rehabilitación de inválidos, en centros no hospitalarios, con sujeción a la Ley General de Salud;*
- IX. *Realizar estudios e investigaciones sobre asistencia social, con la participación, en su caso, de las autoridades asistenciales de las entidades federativas y de los municipios;*

- X. *Realizar y promover la capacitación de recursos humanos para la asistencia social;*
- XI. *Participar con al Secretaría de Salud en el Sistema Nacional para la Información sobre Asistencia Social;*
- XII. *Prestar servicios de asistencia jurídica y de orientación social a menores, ancianos, minusválidos y en general a las personas sin recursos;*
- XIII. *Apoyar el ejercicio de la tutela de los incapaces que corresponda al Estado, en los términos de la Ley respectiva;*
- XIV. *Poner a disposición del Ministerio Público los elementos a su alcance para la protección de incapaces y en los procedimientos civiles y familiares que les afecten, de acuerdo con las disposiciones legales correspondientes;*
- XV. *Realizar estudios e investigaciones en materia de invalidez;*
- XVI. *participar, como conducto de la Secretaría de Salud y coordinadamente con los gobiernos de las entidades federativas y municipales, el establecimiento de centros y servicios somáticas, psicológica, social y ocupacional;*
- XVII. *Participar, en el ámbito de la competencia del organismo, en la coordinación de acciones que realicen los diferentes sectores en beneficio de la población afectada por casos de desastre;*
- XVIII. *Recomendar y promover el establecimiento de organismos de asistencia social en las entidades*

- federativas y municipales y prestar a estos apoyos y colaboración técnica y administrativa;*
- XIX. Emitir opinión sobre el otorgamiento de donativos y apoyos a instituciones públicas o privadas que actúen en el campo de la asistencia social;*
- XX. Las demás que establezcan las disposiciones legales aplicables en la materia.”⁴⁶*

El Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia actualmente cuenta con un departamento jurídico dedicado a la noble causa de defender a los litigantes y asesorarlos, así como representarlos en algún juicio, procurando seguir en todas sus etapas un procedimiento antes los tribunales competentes; pues si bien es cierto que el Sistema Nacional cuenta con un patrimonio propio, también lo es, que dicho Sistema no cobra retribución alguna, a los litigantes que requieren de su asesoría, siendo totalmente gratuito el servicio prestado; labor de destacada importancia, toda vez que va encaminada a proteger a la familia, a los desvalidos, a las personas con escasos recursos y sobre todo, que es lo más importante, vela por los menores de edad, siendo pues, uno de los objetivos primordiales para los cuales fue creado dicho organismo.

⁴⁶ Estatuto Orgánico del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, Editorial Porrúa, S.A. México 1997. P. 1

CAPÍTULO IV

ADICIÓN AL ARTÍCULO 2.138 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE MÉXICO, DONDE SE REGULE LA GARANTÍA DE AUDIENCIA AL MENOR DE EDAD.

En el presente capítulo se desarrollará la propuesta de adición al artículo 2.138 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, toda vez que es en este precepto donde se considera pueda adicionarse la regulación de la garantía de audiencia al menor de edad, pues es durante el proceso del juicio de divorcio necesario, y en la audiencia de conciliación donde puede el menor intervenir el juicio, con el fin de defender lo que a su derecho corresponda.

Esto, en atención de que después de revisar detenidamente los preceptos del Código de Procedimientos Civiles, en relación con el proceso de divorcio necesario, no se encontró disposición alguna, donde se especifique que un menor tenga o pueda intervenir el dicho proceso, esto con el fin de que sea escuchado y se tome en cuenta su opinión y sobre todo sus intereses y el bienestar, tanto físico como emocional del mismo.

4.1 MOMENTO PROCESAL OPORTUO PARA LLAMAR A JUICIO A UN MENOR DE EDAD

No se debe pasar por alto que al llamar a un menor de edad a juicio, obedece a la problemática nacida dentro de un litigio habido entre cónyuges, quienes la mayoría de las veces ocultan la verdad de los hechos acontecidos, haciendo casi imposible el accionar del Juez, con sólo los elementos que aporten ambas partes y evidenciando la necesidad de conocer el fondo del asunto, pues por lo regular, este ocultamiento deriva de la verdad real, por los conflictos existentes entre los cónyuges, y entre padres e hijos; trayendo como consecuencia que en un futuro los hijos habidos dentro del matrimonio, actúen de la misma manera que sus progenitores; cabe señalar aquí que los hijos son el reflejo de los padres; a este respecto cabe hacer mención a lo que Guitron Fuentevilla señala; "La escala de valores asimilada por ellos es el reflejo de la conducta de sus mayores, de los gobernantes, de los maestros, de sus compañeros, de sus padres, de sus hermanos y otros parientes."⁴⁷

Entrando en materia, se tiene que ya entablada la demanda, que para el caso que nos ocupa sería de divorcio necesario, el actor puede solicitar en esta misma, la guarda y custodia provisional sobre los hijos menores de edad, dándose previamente vista a la contraparte para que dentro del término de ley, manifieste lo que a su

⁴⁷ GUITRON FUENTEVILLA, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar?. Tercera edición. Editorial Promociones Jurídicas y Culturales, S.C. México 1987. P. 59

derecho corresponda; si ambas partes están de acuerdo, el juez sin más trámite otorgara la guarda y custodia a favor del actor; pero si por el contrario, el demandado no está de acuerdo, el Juez del conocimiento, dará nuevamente vista al actor con la inconformidad planteada, o en caso contrario señalará fecha para que las partes se presenten al juzgado, ordenado a la parte actora, presente a los menores de edad para que éstos comparezcan y de ser posible manifiesten, con cuál de sus padres quieren permanecer. Acto que en la práctica casi no se lleva a cabo, por no encontrarse en la legislación artículo alguno en el que se establezca que es obligatorio que el menor se presente a un juicio y mucho menos a declarar como testigo; no obstante que dentro de las garantías del menor existe la libertad para elegir con cual de sus padres desea continuar en custodia; cosa que si deberían considerar los juzgadores, pues el testimonio o manifestación de los menores de edad, sería un indicio de cómo se encuentra el problema entre los divorciantes.

A este respecto Ignacio Medina nos dice que “este es un deber necesario, que sólo deroga respecto a los medios de prueba que por disposición de ley pueda admitir o no en su arbitrio.”⁴⁸

Así pues, tenemos que una de las condiciones indispensables, *sine qua non*, para que el individuo realice sus propios fines, desarrollando su personalidad y propinado a lograr su felicidad, es precisamente la libertad, concebida no solamente como

⁴⁸ MEDINA LUNA, Ignacio. Breve Antología Procesal. Segunda edición. UNAM. México 1986. P. 179

una mera potestad psicológica de elegir propósitos determinados y escoger los medios subjetivos de ejecución de los mimos, sino como una actuación externa sin limitaciones o restricciones que hagan imposible o impracticable los conductos necesarios para la actualización de la teología. "La existencia *sine qua non* de la libertad, como elemento esencial del desarrollo de la propia individualidad, encuentre su sustrato evidente en la misma naturaleza de la personalidad humana. Efectivamente se ha hecho hincapié en la circunstancia de que la persona tiende siempre a realizar su propia finalidad, que por lo general se traduce en el anhelo de operar valores subjetiva u objetivamente, según el caso. Ahora bien, la calidad y cualidad de los fines particulares deben estar de acuerdo en la idiosincrasia y el temperamento específico del que los concibe. Por ende, los fines o propósitos deben ser forjados por la propia persona interesada, pues sería un contrasentido que le fueran impuestos, ya que ello implicaría no sólo un valladar insuperable para el desenvolvimiento de la individualidad humana, sino que constituiría la negación misma de la personalidad, porque la noción de ésta implicaría la de totalidad y la de independencia".⁴⁹

Es pues este el momento procesal oportuno donde se puede llamar a juicio a un menor de edad, dándole la confianza suficiente para que exprese y diga todo cuanto sepa acerca de la controversia suscitada entre sus progenitores, dándole en su momento el valor probatorio correspondiente para la conclusión del conflicto;

⁴⁹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales. Décima edición. Editorial Porrúa, S.A. México 2001. P. 19

estando por su puesto, presentes las personas correspondientes para salvaguardar la integridad del menor, personas tales como psicólogos y en determinado momento el Ministerio Público adscrito al juzgado.

4.2 MEDIDAS PROVISIONALES Y LA SOLICITUD DE ÉSTAS

Las medidas provisionales, llamadas también precautorias, son los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación de un proceso.

Dichas medidas pueden tomarse tanto con anterioridad como durante toda la tramitación del mismo en tanto se dicta la sentencia firme que le ponga fin, o cuando termina definitivamente el juicio por alguna otra causa.

Cuando el juicio de divorcio se ha iniciado, o han ocurrido hechos muy graves que funcionarán como causales en la demanda que ha de plantearse, es obvio que la convivencia de los cónyuges en la propia casa se puede tornar insoportable y a veces peligrosa, por tal motivo el cónyuge que ha de iniciar dicha demanda, solicita al juez que vaya a conocer del caso, dicte las medidas provisionales necesarias

para evitar que se perjudique al demandante y en su caso a los hijos de éstos.

Planteado el juicio de divorcio se suelen suscitar una serie de cuestiones que dan lugar a medidas provisionales o cautelares del Juez, tanto respecto de las personas como de los bienes de los cónyuges.

Respecto de las personas frecuentemente se plantea el problema de la adjudicación de la vivienda, la tenencia provisoria de los hijos menores y el régimen de visitas.

En cuanto a las medidas provisionales, propiamente dichas son las que se toman en precaución de los bienes de la sociedad conyugal.

Elas se dictan por el Juez inaudita parte, es decir, sin oír a la parte contraria, esas medidas pueden consistir en embargos, inhibiciones, nombramiento de interventores o administradores en las sociedades que integran la comunidad conyugal.

Otra cuestión provisoria generalmente suscitada entre los cónyuges es "la fijación de alimentos durante el tiempo en el que durará el juicio de divorcio".⁵⁰

⁵⁰ BORDA, Guillermo. Manual de Derecho de Familia. Décima Primera edición. Editorial Perrot. Buenos Aires. P. 282.

Por su parte los tratadistas modernos entienden por medidas cautelares, las que autoriza la ley para que el titular de un derecho subjetivo asegure oportunamente su ejercicio cuando carece de un título definitivamente, el cual pueda obtener de inmediato la ejecución judicial del mismo. Están sujetas a los siguientes principios:

La medida cautelar se funda en una acción autónoma que otorga la ley y que es independiente de la existencia o de la inexistencia del derecho subjetivo que tiende a proteger la medida, en otras palabras esta no deriva de él.

Estas medidas se dictan siempre con el carácter de provisionales y están sujetas a lo que dicta la sentencia definitiva, donde se pronuncian y que es en el juicio donde aquéllas se llevan a cabo.

Excepcionalmente dan lugar a juicio autónomo como en los interdictos, pero aún en estos casos tienen el carácter de provisionales.

Para que se dicte una medida precautoria, la persona que pretende obtenerla, debe probar la necesidad de la misma y el derecho para que se le conceda. La doctrina relativa a las medidas de seguridad debe de completarse con el estudio de cada una de sus especies en los vocablos respectivos y no hay que olvidar que siempre que se otorgan sin perjuicio de un tercero y dando a la persona contra la cual se dictan, la facultad de pedir su levantamiento.

Al hablar de medidas provisionales, éstas se encuentran contempladas en el artículo 4.95 del Código Civil del Estado de México, y que en sus fracciones III y V habla específicamente del menor; mismas que dicen:

“III. A falta de acuerdo entre los cónyuges, la guarda y custodia de los hijos se decretará por el Juez en función del mayor interés de los menores y de los sujetos a tutela;

IV. Las necesarias para que los cónyuges no se causen daños en su persona, en sus bienes, en los de la sociedad conyugal o en los bienes de los hijos.”

No debe olvidarse que por regla general, la mayoría de los Jueces en materia familiar, tienen la presunción legal de que los menores de siete años deben quedar al cuidado de la madre, presunción estimada por la naturaleza legal que recae en la madre, al ser ella, quien invariablemente durante la tierna edad de los hijos, puede satisfactoriamente cumplir con todas y cada una de las necesidades primarias de los hijos; sin que ello pueda aducirse como una desigualdad entre las partes; pudiendo el padre en determinado momento exponer sus argumentos y ofreciendo pruebas fehacientes del porque es él el que debe quedarse con la guarda y custodia de los hijos.

Es pues facultad del juzgador resolver de la mejor manera posible, y siempre prevaleciendo el interés superior de los menores de

edad, cual de los padres debe tener la guarda y custodia de los menores, solicitada en la demanda inicial del proceso.

4.3 IMPORTANCIA DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES

Se observa de manera clara y precisa cómo el juzgador no debe tan solo constreñir sus sentidos y determinaciones en el hecho de decretar de manera provisional una medida solicitada por las partes, sin advertir las verdaderas circunstancias de fondo sobre la problemática de la familia en una controversia en cuestiones familiares. Debe ceñirse en los extremos valores supremos de los menores hijos de las partes, haciendo respetar su calidad humana y su valía personal. Es por ello que debe darse cabida a las medidas provisionales, a fin de que éstas sean invocadas por el propio juzgador y no sólo por las partes, en cualquier etapa del juicio en la que se evidencie un posible acto dañino en perjuicio del menor, pudiendo en ese momento el Juez del conocimiento valorar la afectación en la esfera psíquica y socioeconómica en los hijos de las partes.

En tanto la medida provisional solicitada, debe ser ampliada al mundo de una verdadera substanciación adjetiva, para constituirse como un verdadero ordenamiento adjetivo de interés público, dentro de una sociedad exigente de normas rígidas, respetadas tanto por las partes como por el juzgador, sin poder válidamente éste, establecer como pretexto para dejar de tomar en cuenta un mundo tan indefenso como el de los hijos menores de edad;

el hecho de no existir, a su favor una verdadera norma procesal, es decir, una medida provisional, se debe transformar en una real etapa procesal; donde las partes se vean sujetas a un procedimiento entre ellos mismos, donde se propongan alternativas de solución del conflicto a fin de resolver de manera inmediata el problema donde se vean inmiscuidos sus hijos; y no una simple medida unilateral dictada por el juez, sin saber a ciencia cierta, el fondo del litigio, resolviendo únicamente en forma fría y con las constancias conformadas por los autos, más no con el dictado de su razón y sentido, o en su defecto y a falta de esta amigable composición, los divorciantes deben estarse a los resultados del juicio.

Es pues de vital importancia que desde el inicio del juicio deban dejar en claro la posición que guardaran los hijos habidos durante la vigencia del matrimonio, o de lo contrario, el que solicite tal o cual medida provisional, que para el caso sería la guarda y custodia de los hijos menores de edad, debe acreditar fehacientemente el porque debe tener éste la guarda y custodia de los hijos, todo esto con el fin de que, los pequeños salgan lo menos posible lastimados o dañados emocionalmente, y que paguen los errores de sus padres.

4.4 ASISTENCIA DEL MENOR DE EDAD EN EL JUZGADO

Jamás los menores asistirán por su propio derecho, a un juicio, donde se encuentres involucrados, salva extremas excepciones, y por lo tanto resulta evidente que en este supuesto y atendiendo a las formalidades observadas por parte del juzgador debe dictarse un acuerdo a manera de proyecto.

Por lo anterior, debe entenderse que se dicta un acuerdo, obedeciendo a la petición expresa, formulada por una de las partes citándose a una junta; se habla de junta, toda vez que ni el Código Civil ni el de Procedimientos Civiles se precisa como audiencia; luego entonces, no debe olvidarse que no se requieren formalidades para acudir a los juzgados, tratándose de materia familiar. En relación con esto Miguel Ángel Rubluo nos dice que "el juzgador de asuntos familiares debe salir de formalismos para encontrar la verdad y, al igual que en el derecho laboral suplir las faltas procesales o de fondo que pueda contener un escrito de cualquiera de las partes en conflicto."⁵¹

Dicho lo anterior, en ejercicio de las amplias facultades que la legislación procesal confiere a los Jueces para hacer cumplir sus determinaciones, el juez debe decretar apercibimientos para hacer cumplir las mismas, estos se decretan sólo para el caso de que alguna

⁵¹ RUBLUO, I. Miguel Ángel. Lo Obsoleto del Matrimonio Civil en México. Segunda edición. Editorial Edamex. México 1996. P. 40

de las partes no compareciera a la junta sin causa justificada, teniendo la carga a su entero perjuicio de soportar la presunción de no mostrar ni manifestar interés alguno por sus menores hijos, y tampoco de deducir en juicio los posibles derechos habidos en su favor, quizá porque no tiene ninguno a su favor, pero sin darse cuenta que con ello contraviene las normas del orden público, que salvaguardan los intereses de los menores y a sabiendas de que con su conducta contumaz, obstruye el procedimiento, al abstenerse de presentar a sus hijos, logrando con ello dilatar el procedimiento, ocultando tal vez, con ello la verdad que puedan esclarecer sus hijos, por temor a represalias de su contraparte; por lo tanto, el interés de la sociedad por salvaguardar los derechos de las partes y de sus hijos, debe ser inescrutable y no debe permitir que se obstruya el conocimiento de la verdad, ni que se burle a la autoridad, y puede encontrarse el sustento de sus determinaciones, en la imposición de medidas de apremio en caso de algún desacato a una orden judicial.

Así pues, se concluye que la concurrencia de las partes y de sus hijos, debe ser obligatoria, no debe quedar su concurrencia al sano juicio de las partes, por tratarse de disposiciones del orden público de estricta observancia por el juzgador, quien debe contar con los elementos convictivos pertinentes para el mejor esclarecimiento de la verdad; y suponiendo no ser éstos suficientes para el esclarecimiento, el juez atendiendo a las circunstancias reales observadas por los niños y la junta citada, deberá ordenar con la debida anticipación, la realización de diversos estudios en materia de psicología y socioeconomía esto con el fin de resolver de la mejor

manera posible y dar a los menores la mejor atención, ya otorgándolos en custodia con su madre, o con su padre, respetando la voluntad del propio menor.

4.5 FORMALIDAD DEL TESTIMONIO DE UN MENOR DE EDAD

La formalidad que debe revestir la comparecencia de un menor de edad ante los tribunales en materia familiar, en lo conducente y de manera obligatoria, no debe ser tomada meramente como una formalidad que debe cubrir el desahogo de una prueba testimonial, sino que en realidad debe cubrir una formalidad propia. En términos generales no sólo debe ser tomada en consideración el dicho de los menores, sino también deben respetarse sus derechos civiles y oírlos plenamente en juicio, con la debida prudencia y arbitrio judicial, a fin de valora en su conjunto el testimonio rendido, con los demás elementos de convicción allegados por el juzgador.

Existen tesis y diversos argumentos esgrimidos, en el sentido de ser la voluntad de las partes, por tanto únicamente puede admitirse la voluntad de los menores como voluntad máxima, y así entendiéndose la voluntad realmente válida, como la expresada por quien goza de todos los atributos de la personalidad, dentro de la cual invariablemente se encuentran limitados los menores, esto en términos de lo dispuesto por el artículo 2.2 del Código Civil del Estado

de México; y que es precisamente la minoría de edad la restricción de la personalidad jurídica, sin embargo no por esta restricción debe menoscabarse la dignidad del menor de edad, ni mucho menos atentar contra su dignidad y sus derechos, por el simple hecho de existir una limitación adjetiva consistente en la incapacidad de actuar por su propio derecho, por lo tanto, sólo cabe una interrogante formulada en este sentido: ¿Puede válidamente desestimarse el testimonio rendido por un menor, con base únicamente en el supuesto de no tener personalidad jurídica?. La respuesta es y debe, en todo momento, ser negativa, toda vez que el deber del juzgador es allegarse de todos los elementos necesarios para resolver la controversia, y que mejor prueba que el testimonio de un menor, pues es él, parte integrante del núcleo familiar que se encuentra en crisis y muchas veces es el que mejor está enterado de la situación que prevalece en su hogar.

Así pues; ya presentado el menor ante el juzgado, el Juez o el secretario de acuerdos en su caso; serán los únicos que pueden formular las preguntas a los menores, estando éstos alejados de sus padres, para así evitar intimidaciones o influencias, y por ningún motivo los litigantes podrán formular pregunta alguna.

Aunado a lo anterior, no es necesario protestar en términos de ley a los menores; sólo se debe exhortarlos para que se conduzcan con la verdad, haciendo de esta audiencia o junta, una charla amena entre los menores y el Juez o Secretario de Acuerdos en su caso,

tendiendo éstos la ardua tarea de transmitir confianza y seguridad para que los menores puedan expresarse libremente.

4.6 ELEMENTOS DE CONVICCIÓN TENDIENTES A VERIFICAR LA CERTEZA DEL TESTIMONIO RENDIDO

Comenzáremos este apartado recordando que las pruebas deben prepararse; recabándose con el firme propósito de robustecer o desestimar el testimonio rendido; por lo tanto el juzgador debe ordenar, en caso de considerarlo necesario, estudios tanto psicológicos como socioeconómicos; esto en virtud de que en ocasiones la conducta de los menores puede verse reflejada en su actitud social; pues ya muchos concedores de la materia, han considerado como principales motivos de enfermedades mentales, tales como psicosis, estrés, esquizofrenia o fobias; nacen en razón de una grave experiencia traumática, generalmente de tipo sexual, o agresión física, lo cual invariablemente se da en el seno familiar, por tanto resulta inconcuso, que el juzgador pueda determinar si el testimonio rendido por un menor sea verdad, o lo dicho sea, inconscientemente, expresado por miedo a ser castigado o en su caso por el interés de ser premiado.

Así pues, si el testimonio rendido por el menor reviste certitud plena o no se depuso con influencia alguna, y fueron las

simples manifestaciones de la verdad expresadas por el menor, entonces esto dará paso a que dichas manifestaciones sean tomadas en cuenta al momento de resolver sobre la controversia, estando en todo momento a favor del interés superior de dichos menores.

Por lo que se refiere al estudio socioeconómico, este debe tomarse en consideración, pues de éste, depende el bienestar del menor, entendiéndose como bienestar, los medios necesarios y suficientes para el sano desarrollo; cabiendo aclarar que no por el hecho de tener una posición social elevada, el menor tendrá buenas bases morales y éticas, mismas que no por la carencia de medios suficientes, se pierden.

Ambas consideraciones deben ser tomadas por el Juez al momento de emitir su resolución. Independientemente de las constancias y actuaciones que se encuentran en el expediente respectivo.

4.7 PRINCIPIOS RECTORES QUE DEBEN SATISFACER LOS JUECES DE LO FAMILIAR

A este respecto, tenemos que todo integrante de los órganos de la administración de justicia, y principalmente todo los Jueces en materia familiar, deben tener como principios rectores, tanto en su persona como en su criterio, los siguientes:

- 1) Estricta aplicación de la justicia.- Entendiéndose esa constante y perpetua voluntad de darle a cada quien lo suyo.
- 2) Amplio sentido de honradez.- Su proceder siempre debe ser recto y con estricto apego a establecer o reestablecer en su caso el estado de derecho.
- 3) Encontrarse siempre abierto al diálogo.- Para así poder establecer una verdadera comunicación entre las partes y sus hijos, evitando las barreras interpuestas entre los particulares y las autoridades.
- 4) Amplio sentido de hacer respetar la dignidad humana como premisa en su accionar.- Es entre otras cosas excelencia real, y al hablarse de dignidad de la persona, puede significar la excelencia en razón de su propia naturaleza.
- 5) Debe permanecer constante.- Para así mantener una línea de ideas, entendiendo también por constancia, el hecho de aplicarse por todos, para formar y normar un criterio constante y perpetuo en todos y cada uno de los juzgados.

- 6) Actuar con libertad.- En el juzgador, recae directamente la obligación de velar por los intereses de los desprotegidos.

4.8 PROPUESTA DE ADICIÓN AL ARTÍCULO 2.138 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE MÉXICO

De todo lo expuesto durante el desarrollo del presente trabajo de investigación, se concluye que el menor, es parte, o por lo menos debía ser parte importante en un juicio, que para el caso que nos atañe, sería de divorcio necesario, toda vez que son precisamente ellos los que pueden ayudar al Juez para emitir una mejor resolución, y sobre todo para resolver de la mejor manera posible la situación de dichos menores, salvaguardando con esto el bienestar tanto físico como mental del mismo.

Así pues tenemos que aún y cuando todo mexicano tiene derechos y garantías consagradas en nuestra Carta Magna; el menor se encuentra restringido para comparecer a una audiencia, en la cual debe tener injerencia por ser parte fundamental en dicho juicio, acto que en la práctica, casi nunca se lleva a cabo; motivo por el cual la propuesta que se hace es en función de que la ley regule la garantía de audiencia que debe tener un menor de edad; esto con el fin de que

dicho menor este en posibilidad de expresar su sentir y sobre todo defender su integridad, tanto física como emocional.

Es pues, la propuesta que el artículo donde podría regularse tal garantía, es en el artículo 2.138 del Código de Procedimientos Civiles, mismo que establece:

“En los juicios del orden familiar podrá haber la fase de conciliación, si lo considera el juez.

En los demás juicios sobre estado civil, queda a criterio del Juez la celebración de la junta de conciliación, si no se afectan intereses de la colectividad, y de no haber junta de conciliación la audiencia sólo se efectuará para decidir las excepciones procesales y de cosa juzgada.”

Pudiendo quedar dicho artículo, ya con la adición al mismo, de la siguiente manera:

“Artículo 2.138.- En los juicios del orden familiar podrá haber la fase de conciliación, si lo considera el juez.

Si dentro del juicio del orden familiar se encuentran intereses que afecten directamente al menor de edad, éstos deberán y tendrán la obligación de comparecer a juicio para que manifiesten lo que a su derecho corresponda, siempre y cuando tengan siete años de edad y lo podrán hacer hasta antes de cumplir los dieciocho años de edad.

En los demás juicios sobre estado civil, queda a criterio del Juez la celebración de la junta de conciliación, si no se afectan intereses de la colectividad, y de no haber junta de conciliación la audiencia sólo se efectuará para decidir las excepciones procesales y de cosa juzgada.”

Dicha propuesta de adición se hace con el fin primordial de defender el derecho que tienen los menores de edad, para decidir, en determinado momento su situación y sobre todo para que expresen su sentir, pues son ellos, los que siempre tienen que padecer los errores de los adultos, sin tomar en cuenta su opinión acerca de tal o cual problema que de cierta manera también es de ellos. Pues nosotros los adultos siempre pensamos que nuestro bienestar es también el de nuestros hijos; no obstante que muchas veces nuestras decisiones los afectan más de lo que pudiéramos imaginar.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El matrimonio es la unión de un hombre con una mujer con el fin de procrear la especie y ayudarse mutuamente a llevar el peso de la vida; es un acuerdo de voluntades que produce deberes y derechos entre los consortes e hijos; es un acto solemne que produce una comunidad de vida entre un hombre y una mujer; crea un vínculo permanente, disoluble por voluntad de los cónyuges y por disposición de la Ley. Como acto es un contrato y como género es un estado.

SEGUNDA.- La familia no se concibe plenamente si no es a través de la Institución del Matrimonio legalmente fundado; es una Institución que se considera básica para el desarrollo sociológico de la Nación, de fuerte contenido moral, siendo el más natural y antiguo de los núcleos sociales; es la verdadera célula de la sociedad, toda vez que por medio de ésta se asegura la reproducción e integración de la humanidad a través de las generaciones.

TERCERA- El divorcio es el rompimiento del vínculo matrimonial de dos personas que se unieron civilmente y que al paso del tiempo deciden separarse, toda vez que existen diferencias entre ellos, y el ambiente así como la convivencia se torna insostenible, aparte del divorcio otra forma de disolver el vínculo del matrimonio es por la muerte de uno de los cónyuges.

CUARTA.- El Divorcio siempre ha existido pudiéndose observar que desde que se formaba la pareja y vivían en matrimonio, se daba todo tipo de problemas, sin embargo el castigo en ese tiempo era mucho más riguroso que en la actualidad, pudiendo nuestros tiempos librar a la mujer del repudio, esto a través del divorcio y teniendo los mismos beneficios que el hombre; así como también obligaciones.

QUINTA.- Como se pudo ver durante el desarrollo del presente trabajo, desde la antigüedad existían diversas formas de divorcio; ahora bien, actualmente se puede demandar el divorcio solicitando la separación de cuerpos, en el cual sólo se suspenden algunas obligaciones del matrimonio como tal; obligaciones como lo son: hacer vida en común y cohabitar; sin embargo no por el hecho de solicitar el divorcio se acaban otro tipo de obligaciones; como son la fidelidad y la provisión de alimentos; por otro lado el divorcio vincular mejor conocido como divorcio voluntario y divorcio necesario, en estos casos quedan subsistentes algunas obligaciones importantes, como lo es el proveer alimentos para los hijos dentro del matrimonio.

SEXTA.- El Código Civil del Estado de México vigente, establece diecinueve causas por las que se puede solicitar el divorcio necesario; entre las más comunes se encuentran: La separación de los cónyuges por más de seis meses sin causa justificada (fracción IX); la separación de los cónyuges por mas de dos años, independientemente el motivo que haya originado dicha separación (fracción XIX); el maltrato físico o mental hacia los hijos de ambas

partes o de uno de los cónyuges (fracción XVII) y en ocasiones el alcoholismo y el uso de estupefacientes (fracción XV).

SÉPTIMA.- En la práctica no se lleva a cabo la asistencia del menor ante el juzgado que toco conocer de la controversia familiar, por lo que aún y cuando el artículo 14 de nuestra Constitución Política nos otorga la garantía de audiencia, tan sólo por el hecho de ser mexicano; en realidad el menor no es tomado en cuenta para defender sus derechos e intervenir en dicha controversia, toda vez que existen impedimentos de tipo jurídico para que el menor sea sujeto de derecho; es decir, la minoría de edad le impide ser sujeto con capacidad jurídica, pues la minoría de edad se relaciona con la inmadurez; y ésta a su vez traería como consecuencia que si un menor llegara a formar parte de un juicio donde se vean afectados sus intereses y su bienestar físico y mental, pudiera llegar a ser manipulado por cualesquiera de las partes.

OCTAVA.- El Código de Procedimientos Civiles del Estado de México no contiene disposición alguna en la que prohíba al testimonio de un menor, sin embargo tampoco existe otro que especifique que dicho menor tenga que comparecer a juicio; motivo por el cual se proponer en este trabajo de investigación la adición al artículo 2.128 del código en cita, en el cual se haga obligatoria la concurrencia del menor, siempre y cuando tenga siete años de edad y hasta antes de cumplir los dieciocho años, a que manifieste lo que a su derecho corresponda, y pueda decidir libremente con cual de sus padres quiere permanecer.

BIBLIOGRAFÍA

ARELLANO GARCÍA, Carlos. Métodos y Técnicas de Investigación Jurídica. Editorial Porrúa, S.A. México 2002.

AZUA, R. Metodología y Técnicas de Investigación Jurídica. Editorial Porrúa, S.A. México 2003.

BALLESCA, J. Y Cía. México a Través de los Siglos. Tomo II. Sucesores Editores, México 1975.

BONNECASE, J. En su obra "La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia". Tr. Lic. José M: Cajica Jr. Editorial Cajica.

BORDA, Guillermo. Manual de Derecho de Familia. Décima Primera edición. Editorial Perrot. Buenos Aires.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales. Décima Sexta edición. Editorial Porrúa, S.A. México 2001.

CORREAS, Oscar. Metodología Jurídica (Una introducción Filosófica). Distribuciones Fontamara. México 2002.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Derecho Familiar y Relaciones Jurídicas Familiares. Cuarta edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1997.

DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia, Editorial Porrúa, S.A. México 1991.

DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. México 1975.

ESTRADA, Metodología Jurídica Integral. Editorial PAC, México 2003.

FIX ZAMUDIO, Héctor. Metodología, Docencia e Investigación Jurídica. Décima edición. Editorial Porrúa, S.A. México 2003.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho de Familia, Séptima edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1985.

GUITRON FUENTEVILLA, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar? Tercera edición. Editorial Promociones Jurídicas y Culturales, S.C. México 1987.

MEDINA LUNA, Ignacio. Breve Antología Procesal. Segunda edición. UNAM. México 1986.

MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S.A. México 1984.

PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. Editorial Porrúa, S.A. México 1984.

PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Nacional. México 1971.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia. Tomo I, Editorial Porrúa, S.A. México 1997.

RUBLUO, I., Miguel Ángel. Lo Obsoleto del Matrimonio Civil en México. Segunda edición. Editorial Edamex, México 1996.

SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo. Derecho Civil, Parte General, Personas y Familia. Editorial Porrúa, S.A. México 1998.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S.A. México 1979.

SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia, Fines de la Familia. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1990.

WITKER VELÁZQUEZ, Jorge. Metodología Jurídica. Segunda edición. Editorial Mc. Graw Hill. México 2003.

YUNGANO, Arturo R. Derecho de Familia (Teoría y Práctica). Tercera edición actualizada. Ediciones Macchi. México 2001.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE MÉXICO

LEY DE AMPARO

LEY GENERAL DE EDUCACIÓN

DECRETO PROMULGATORIO DE LA CONVENCION DE SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS. EDITORIAL PORRÚA, S.A. MÉXICO 1997.

ESTATUTO ORGÁNICO DEL SISTEMA NACIONAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA, EDITORIAL PORRÚA, S.A. MÉXICO 1997.

OTRAS FUENTES DE CONSULTA

DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. Vigésima sexta edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1998.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Editorial Espasa Calpe, Madrid, España 1980.

ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA. Tomo XXXVIII. Editorial Espasa-Calpe, Madrid España 1989

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano. Décima Quinta edición. Tomos I, II, III y IV. Editorial Porrúa, S.A. México 2001.

JURISPRUDENCIAS

AUDIENCIA, GARANTÍA DE. Séptima Época. Semanario Judicial de la Federación. Volumen 103-108 Sexta Parte.

MATRIMONIO Y DE LA FAMILIA. NATURALEZA DEL. Octava Época. Tribunal Colegiado de Circuito. Semanario Judicial de la Federación. Tomo XII.

TESTIGOS MENORES DE EDAD. Séptima Época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación Tomo 169-174. Segunda Parte.