

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC
ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO No. CON FECHA
DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA



**“ANÁLISIS DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL
SISTEMA JURÍDICO MEXICANO”**

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

CINTHIA PÉREZ TREJO.

MÉXICO, D.F.

2005



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.

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC
ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO No. CON FECHA
DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA



**“ANÁLISIS DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL
SISTEMA JURÍDICO MEXICANO”**

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

CINTHIA PÉREZ TREJO.

ASESOR DE TESIS:
LICENCIADO MANUEL LUIS RÁBADE Y FERNÁNDEZ
CÉDULA PROFESIONAL No. 2007796.

MÉXICO, D.F.

2005

ÍNDICE

	Págs.
INTRODUCCIÓN	II
CAPÍTULO I. CONCEPTUALIZACIÓN Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA FIGURA JURÍDICA DE LA GUARDA Y CUSTODIA.	
1.1. Distintas definiciones de la figura de La Guarda y Custodia	2
1.2. Distintas Definiciones de Patria Potestad.	4
1.3. Distintas Definiciones de Guarda y Custodia Compartida	8
1.4. La figura de la Patria Potestad en Roma	9
1.4.1. La Familia Romana	10
1.5. La figura de la Guarda y Custodia en Roma	13
1.6. La Guarda y Custodia en España	14
1.7. La Patria Potestad en España	15
1.8. El matrimonio como fuente del ejercicio de la Patria Potestad y Guarda y Custodia de los menores.	16
1.9. El concubinato como fuente del ejercicio de la Patria Potestad y Guarda y Custodia de los menores.	20
1.10. La Guarda y Custodia en el Sistema Jurídico Mexicano.	22
1.11. El Divorcio, en sus diferentes acepciones, frente a la Guarda y Custodia y la Guarda y Custodia Compartida.	22
1.11.1. Divorcio por Mutuo Consentimiento	24
1.11.2. Divorcio Necesario	25
1.11.3. Concubinato	25

CAPÍTULO II. LEGISLACIÓN NACIONAL Y COMPARADA EN MATERIA DE CUSTODIA COMPARTIDA

2.1.Legislación nacional en materia de Guarda y Custodia	30
2.1.1. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal	43
2.1.2. Código Penal Vigente para el Distrito Federal	50
2.2.La costumbre en materia de Guarda y Custodia Compartida en el Sistema Jurídico Mexicano	51
2.3.Legislación Comparada en materia de Guarda y Custodia Compartida	54
2.3.1. España	54
2.3.2. Francia	58
2.3.3. Estados Unidos de América	68
a) California	70
b) Florida	72
c) Michigan	73
2.3.4. Argentina	75

CAPÍTULO III. ANÁLISIS A LA REFORMA DE DIVERSAS DISPOSICIONES EN MATERIA CIVIL Y PENAL EN EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES.

3.1. Problemática en la Actualidad	80
3.2. Objetivo de la Reforma en materia de Custodia Compartida	85
3.3. Aplicación del Principio de Irretroactividad de la Ley	86
3.4. Prevención vs. Represión de conductas en materia de Custodia Compartida	90
3.5. Tenencia Compartida, ¿Ventaja o Desventaja?	91

CONCLUSIONES	92
---------------------	----

BIBLIOGRAFÍA	98
---------------------	----

ANEXO

INTRODUCCIÓN

Lo que el lector encontrará a través del desarrollo del presente estudio, es una investigación documental y de análisis de la figura de la Custodia Compartida, como una de las formas por las cuales ambos padres conservan la custodia de sus hijos (menores de edad), aún y cuando la relación que los unía a través del matrimonio ha terminado legalmente, es decir, por un divorcio, principalmente un divorcio necesario.

De esta forma, y a través del desarrollo del presente trabajo, se inició en el primer Capítulo con la conceptualización de las figuras jurídicas de la Guarda y Custodia, la Patria Potestad y la Custodia Compartida, todo ello con el objeto de partir con ciertos conocimientos acerca de las figuras que se mencionan y que fueron manejadas a lo largo de este estudio.

Además, dentro de este mismo Capítulo, se realizó una breve reseña histórica de dichas figuras jurídicas, esto desde la época del Derecho Romano, pasando por la legislación española, hasta llegar a la actualidad, para con ello estar en posibilidad de analizar ya en el segundo Capítulo, algunas de las características y consideraciones de ciertas legislaciones extranjeras vigentes en las que la figura de la Custodia Compartida ya es contemplada.

Lo que se evidenció con esta parte del estudio, fue el grado de evolución que desde el punto de vista de este trabajo ha significado la introducción de dicha figura al Sistema Jurídico Mexicano, así como algunas de las características y forma de aplicación a los casos en concreto.

Asimismo, se encuentra contemplado en este Capítulo algunas otras legislaciones en las que la Custodia Compartida aún no forma parte de ellas, y sin embargo, es una necesidad de la sociedad su instauración.

Todo este estudio, el cual como se ha dicho abarca la conceptualización de ciertas figuras jurídicas, la evolución de éstas a través del tiempo y la legislación comparada, se llevó a cabo con el objetivo de analizar la reciente reforma realizada por la Asamblea Legislativa en el Distrito Federal en materia de Custodia Compartida, y con ello tener en cuenta la evolución de la legislación nacional en esta materia, análisis que se encuentra desarrollado en el Capítulo Tercero.

Así en este Tercer Capítulo, se analizó la Reforma de reciente entrada en vigor en materia de Custodia Compartida en el Sistema Jurídico Mexicano, lo que desde el punto de vista de este trabajo es una innovación y que aún y cuando para algunos autores y legisladores, su introducción ha sido un gran avance en materia familiar, para otros, solo implica inseguridad jurídica para los menores así como otras complicaciones, una de las más importantes, es el hecho de que los menores tengan que estar desplazándose de una casa a otra con cierta frecuencia, dando como resultado inestabilidad psicológica y emocional, características básica de esta figura jurídica que hace que las opiniones de distintos autores se dividan.

Por lo que el propósito del presente estudio, es presentar una opinión acerca de las ventajas que tiene la aplicación de la Custodia Compartida dentro de la Legislación Nacional, así como analizar las características que dicha reforma tiene como parte del proceso legislativo, es decir, todas aquellas implicaciones que de manera jurídica presenta, basado en diversos estudios doctrinarios y legislación vigente, para con ello establecer un punto de vista que si bien es cierto no trata de ser

absoluto, significaría un panorama de lo que es la actual figura de la Custodia Compartida en el Sistema Jurídico Mexicano.

Todo este estudio se realizó, como ya se mencionó, mediante una investigación documental que parte de la siguiente pregunta: ¿De qué manera la introducción de la figura de la custodia compartida en el sistema jurídico mexicano es una alternativa que conllevaría a que los padres compartan la custodia física de sus menores hijos?.

Pues bien, de lectura de este estudio se pondrá a la vista que las ventajas que se tienen son mayores, pues presentan grandes beneficios no solo para los menores, sino incluso para los padres pues mantienen una convivencia regular con los menores, Por lo que a lo largo de este estudio se explica que con la introducción de la figura jurídica de la Guarda y Custodia compartida en el sistema jurídico mexicano, se favorece el acceso a la vivienda social de ambos padres, así como hecho de que acoge a los menores en buenas condiciones, toda vez que uno de los principales beneficios que presenta es el hecho de favorecer que los niños vivan alternadamente en casa de cada uno de los padres y con ello continuar con su normal desarrollo, favoreciendo la preservación y satisfacción de sus necesidades y convivencia con ambos progenitores.

CAPÍTULO I
CONCEPTUALIZACIÓN Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS
DE LA FIGURA JURÍDICA DE LA GUARDA Y CUSTODIA.

A través de la conceptualización de términos como la Guarda, la Custodia, la Patria Potestad y la Guarda y Custodia Compartida, se trata de establecer un punto de partida en el que queden claros los conceptos que a lo largo de todo este trabajo se presentan.

1.1. Distintas definiciones de Guarda y Custodia

El término CUSTODIA, “proviene del latín *custos*, que significa guarda o guardián, y ésta a su vez deriva de *curtos*, la cual es una forma de verbo que quiere decir cuidar. De lo anterior se deriva o concluye que la CUSTODIA, es la acción y efecto de custodiar, es decir, guardar con cuidado alguna cosa”. (Enciclopedia Jurídica Omeba, 1979, pp 380 - 381)

En tanto que la GUARDA, deriva del germanesco *wardon*, que significa cuidar. De lo anterior y salta a la vista que ambos conceptos quieren decir lo mismo, pero en el ámbito jurídico la CUSTODIA no solo se refiere a lo hijos, y un claro ejemplo de ello es en el Derecho Romano, ya que ésta significó una clase especial de cuidado que debía tener el poseedor de una cosa de la cual era deudor.

En un sentido amplio la “*Guarda* del hijo comprende todos los derechos que se ejercen sobre su persona, en sentido estricto comprende especialmente el derecho de retener al hijo en el lugar escogido por los padres”. (Planiol y Ripert, 2002, p 344)

Este derecho de guarda, en opinión de los autores Marcelo Planiol y Jorge Ripert, entraña como consecuencia el derecho de los padres a velar sobre el cuerpo y sobre la memoria del hijo después de su muerte. Solamente el padre tiene el derecho de regular sus exequias y sepultura.

La figura de la GUARDA Y CUSTODIA, es definida por el Diccionario Jurídico Mexicano, como sigue: “Se entiende en el lenguaje jurídico, la acción y efecto de cuidar directa y temporalmente a incapacitados, con la diligencia propia de un buen padre de familia” (Diccionario Jurídico Mexicano, 2000, p 1555)

Ésta tiene entre sus principales características, el deber de ser renunciable, esto es, cualquier persona a quien se le otorgue la custodia de un menor puede excusarse, estando restringida esta renuncia a los intereses del menor, pues no pueden transgredirse las necesidades de dichos menores.

Además de esta característica, cuenta con la de ser subordinado e intransmisible, lo cual implica que siempre va a estar condicionado a los intereses y necesidades del menor, y solamente el beneficiario de él puede ejercerlo.

Custodia se define como tenencia o control físico que tienen los padres sobre sus hijos. En rigor jurídico, la custodia es un atributo inherente a la patria potestad a pesar de que el código civil y la jurisprudencia las tratan como independientes. Se define custodia como la tenencia o control físico que tienen los padres sobre sus hijos.

El Derecho Romano, y solo como parte introductoria, ya que será este tema retomado en el siguiente capítulo, en los textos y en la glosa se hablaba de la *custodia* en las obligaciones derivadas de ciertos contratos como el de depósito y comodato, así como en la teoría de la culpa.

En estos contratos, se establecía que el deudor a cuyo cargo estaba la conservación de la cosa objeto de la obligación, debía poner en ella diligencia exacta y obviamente custodia. La custodia era así una parte de la diligencia en el cumplimiento de la obligación referida a la conservación de la cosa.

La obligación de *custodia praestare* nacía naturalmente de cualquiera de los contratos por los que se entraba en tenencia de una cosa ajena y ponía a cargo del deudor las consecuencias cuando la cosa se perdía por su dolo o culpa.

En síntesis, el derecho romano entendía por *custodia*, una clase especial de diligencia, entendiendo por diligencia la obligación de facilitar el cumplimiento de la obligación por todos los medios posibles, que consistía en el cuidado necesario para conservar la cosa ajena y en vigilancia para que no se perdiese, fuese robada, hurtada o usucapida por terceros.

Por el principio general de “*custodiam praestare*, el deudor respondía por las pérdidas o detrimentos de la cosa ocurridos por su odio o culpa grave o leve, pero la cláusula expresa *custodiam suscipere*, extendía la responsabilidad del deudor a ciertos casos fortuitos como hurto o huida de animales o cosas”. (Enciclopedia Jurídica Omeba, 1979, p 380, 381)

1.2. Distintas definiciones de Patria Potestad

El derecho como manifestación social está profundamente ligado al proceso histórico, por ello, se hace necesaria una referencia histórica a la que se pasa a continuación. Como parte del derecho de familia, la *Patria Potestad* se ha organizado de acuerdo a la estructura familiar adoptada, para algunos autores la evolución familiar pasó por los siguientes pasos o “etapas:

- a) Promiscuidad absoluta;
- b) Familia Consanguínea: desaparece la promiscuidad entre ascendientes y descendientes, pero subsiste entre hermanos;
- c) Familia Ponalúa: un grupo de hombres se casan con un conjunto de mujeres;
- d) Familia Sindiásmica: tipo matriarcal;
- e) Familia Patriarcal Poligámica; y
- f) Familia Monogámica”. (Arias, 1952, p 17)

Fácil es inferir que en la familia poligámica, y anteriores, la *Patria Potestad* no pudo haber estado organizada o con caracteres tan absolutos como en Roma. Es evidente, por lo tanto, que al describir esta institución en el derecho romano, la *patria potestad* solo puede ser sólidamente organizada sobre una base de la familia monogámica, ya que es fundamental para su subsistencia la presencia de un jefe único y supremo en torno del cual se agrupe la familia.

La *Patria Potestad* en Roma, era el poder que normalmente duraba hasta la muerte del *paterfamilias*, en la que se encontraban las siguientes constantes de acuerdo a lo que establece el profesor Margadant:

El padre o el abuelo, tenían un poder disciplinario, casi al punto de poder matarlo, de esta forma si un padre podría matar a un hijo, se entiende que la venta, también estaba permitida, esto hasta la época de Justiniano, siempre y cuando se trataran de emergencias financieras.

Por ser el *paterfamilias* la única persona verdadera dentro de la familia, el hijo no podía ser titular de derechos propios; todo lo que adquiría entraba a formar parte del patrimonio del primero.

La patria potestad que en su origen fue un poder establecido a favor del padre de familia, se convirtió durante la fase imperial, en una figura jurídica en la que se encuentran derechos y deberes mutuos, de esta forma ya en los tiempos de Marco Aurelio se encuentra con que se reconoce la existencia de la relación padre- hijo.

La patria potestad proviene del latín *patrius a um* que significa lo relativo al padre y *potestas* que equivale a decir poder, facultad.

El Diccionario Jurídico Mexicano, define a la Patria Potestad como “Institución que atribuye un conjunto de facultades y derechos a los ascendientes a fin de que puedan cumplir con las obligaciones que tiene para con sus descendientes.” (2000, p 2351)

En la opinión de los autores Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, la Patria Potestad, se considera como un “poder concedido a las ascendientes como medio de cumplir con sus deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes, es por ello que se equipara con una función Pública, de aquí que debemos entender el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal período” (1990 , p. 227.)

La patria potestad puede ser definida como el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados. Estos deberes y facultades son:

1. Regir los bienes del menor
2. Representarlos legalmente

3. Educarlos
4. Alimentarlos y cuidar de su salud física y mental
5. Corregirlos y castigarlos moderadamente
6. Vigilar y protegerlos de peligros físicos y morales
7. Consentir a la adopción de sus hijos menores
8. Conceder su emancipación
9. Nombrarles tutor
10. Aceptar las donaciones, herencias y legados
11. Pedir nombramiento de defensor judicial

La Patria Potestad, en opinión de los autores Marcelo Planiol y Jorge Ripert, es “el conjunto de los derechos y de las facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos menores” (Planiol y Ripert, 2002, pp 312-313)

Estos derechos y facultades de los que habla el concepto anteriormente transcrito, les son concedidos como consecuencia de los pesados deberes que tienen que cumplir y que no tiene otro objeto que hacerles posibles el mantenimiento y la obligación del hijo.

En opinión de los autores anteriormente mencionados, el término de *patria potestad* ha sido criticado, término por el cual la ley designa los derechos y las facultades de los padres, término que además evoca las legislaciones primitivas, en que el padre tiene sobre sus hijos una verdadera potestad, fundada en su interés más que en el de ellos en relación con la propiedad. En este sentido la expresión *patria potestad* no ha sido jamás exacta; y lo es hoy menos que nunca ya que la autoridad parental existe para la protección del hijo pudiéndola poseer igualmente el padre o la madre.

Pero aún y cuando la *patria potestad* comprende todos los derechos y facultades de los padres, esta palabra tiene un sentido más limitado, constituyendo así un campo en que la sociedad abandona sus derechos en las manos del padre y de la madre, considerados como jueces del interés de hijo en particular, y de la familia en general.

El interés familiar es, en efecto, el que representan los padres; en su persona la ley protege la autonomía que debe corresponder en la sociedad, a la familia, de la cual son jefes.

Siguiendo el criterio de estos dos autores, la *patria potestad* se ejerce a la vez sobre la persona y sobre los bienes del hijo. Sobre la persona, comprende un derecho de guarda, de dirección y de vigilancia que permite a los padres elegir la habilitación del hijo, ser dueños de su educación e intervenir en sus relaciones y su correspondencia. Sobre los bienes del menor, da un derecho a los padres del goce legal, mientras viven ambos un derecho de administración legal.

1.3. Distintas definiciones de Guarda y Custodia Compartida

Esta figura implica el arreglo mediante el cual tras la ruptura matrimonial, los niños pasan parte de su tiempo con uno de los progenitores y parte con el otro de una forma más o menos equitativa. Estos arreglos pueden variar desde residir exclusivamente con uno y sólo tener contacto con el otro equivalente a las visitas, hasta dividir el tiempo entre los padres ya sea por semanas o por meses.

Esta figura está basada en los principios de que los padres cooperan y comparten responsabilidades de crianza de los niños, la educación, etc., además del hecho de que los padres como las madres son vistos como igualmente importantes en el desarrollo del niño.

Esta forma de convivencia de los hijos con los padres divorciados tiende a equilibrar el poder y la autoridad entre los padres, reduciendo los conflictos entre los mismos. Todo ello con la finalidad de favorecer el acceso a la convivencia de ambos padres con los menores y acoger a los mismos en buenas condiciones, favoreciendo a la alternancia de la custodia, estableciendo la igualdad de derechos de los padres en cuanto a la guarda y custodia de los hijos tras la separación de la pareja.

Dentro del sistema jurídico mexicano, de la cual se hablara mas a fondo en capítulos siguientes, esta figura habla de la procuración que debe hacerse en lo posible del régimen de custodia compartida del padre y la madre, consistiendo en que los niños y niñas permanezcan de manera plena y concertada con ambos padres.

Una vez que estos conceptos han quedado definidos, ello permitirá la mejor comprensión de los siguientes Capítulos del presente trabajo, para lo cual se inicia con el estudio de ciertos antecedentes históricos que permitan al lector conocer la evolución que ésta figura ha tenido a través del tiempo, toda vez que como tal, la Custodia Compartida no existió desde los inicios de la historia del derecho, sino que ha ido evolucionando, al igual que el derecho en general, de acuerdo a las necesidades y características propias de cada sociedad, por lo que a continuación se iniciará con éste análisis.

1.4. La figura de la Patria Potestad en Roma

Roma a diferencia de la ideología y costumbres de otros pueblos de la antigüedad, transmitió sus normas, las cuales presiden aún en la actualidad en todo nuestro derecho.

1.4.1. La Familia Romana

Las personas que integran la familia romana podían ser de dos clases: *alieni juris*, en la cual se consideraba a los individuos sometidos a la autoridad de otros existiendo cuatro poderes:

- 1) la autoridad del señor sobre el esclavo;
- 2) la autoridad paternal o patria potestad;
- 3) la manus que era la autoridad del marido o de un tercero sobre la mujer casada; y
- 4) la mancipium, la cual era la autoridad especial de un hombre libre sobre una persona de igual condición.

Y la segunda clase, que era la *sui juris* consideradas así todas aquellas personas libre de toda autoridad, dependientes solo de ellas mismas, siendo este segundo poder el que es más importante para el presente estudio.

La Patria Potestad era ejercida por el jefe de familia sobre los descendientes, considerada ésta como un poder concedido a los padres, sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, además de ser un medio de cumplir con sus deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes, como anteriormente se ha manifestado, en Roma, era un poder concedido al *pater familias*, que se extinguía con la muerte.

“Este poder era considerado como absoluto, mismo que con el paso del tiempo fue disminuyendo paulatinamente. Dentro de los primeros siglos el jefe de familia tiene derechos de vida y muerte sobre los hijos, poder que para el siglo II de esta era se redujo a un derecho de corrección”. (Enciclopedia Jurídica Omeba, 1989, pp 792 – 795)

La patria potestad, tenía diversos aspectos, de acuerdo con la opinión del autor Guillermo Floris Margadant, éstos son los siguientes:

- El padre o el abuelo tenían un poder disciplinario, el cual era casi ilimitado, hasta el punto de poder matar a su hijo, venderlo o exponerlo, hecho que después de la época del Bajo Imperio fue considerada como un crimen equiparable al homicidio.
- El hijo no podía ser titular de derechos propios, pues es el propio *pater familias* quien era, originalmente, la única persona, y por esa calidad, todo lo que adquiría entraba a formar parte de su patrimonio. Esta situación con el paso del tiempo fue evolucionando, permitiéndose a los hijos durante la época de Augusto, que fuera propietario de su propio peculio castrense (ganado por su actividad militar), hasta el punto de que en caso de la muerte del *pater familiar*, el peculio era entregado directamente al hijo, sin que entrara a la masa hereditaria.
- Lo que en su origen era un poder que se estableció a favor del *pater familias*, durante la fase imperial y ya en la época de Marco Aurelio, se convirtió en una figura jurídica en la que existían derechos y obligaciones mutuos. (1998, pp 200 – 201)

La patria potestad en Roma difería pues del concepto que hoy se conoce, pues se estima a esta facultad que tenía el padre sobre el hijo como una mera protección y apoyo para su mejor desarrollo, es decir, una tutela que termina cuando el hijo llega a un entendimiento y tiene facultades para valerse por si mismo, sin embargo, en Roma no pasaba lo mismo, pues la sumisión de los descendientes ante su ascendientes no se liberaba ni por la edad, ni por el matrimonio ni por el desarrollo de sus facultades, y la diferencia más esencial es que el derecho que tenían los padres sobre los hijos era materialmente ilimitado, toda vez que en un *pater familias* podía implementar como

medida disciplinaria a un hijo, el quitarle la vida, tal y como se advierte en el siguiente texto:

“terribles eran en Roma los efectos de la patria potestad. Durante mucho tiempo el pater familias pudo matar, mutilar, arrojar de su casa a las personas alieni iuris como podía romper, destruir, abandonar las cosas que le pertenecían. Podía venderlas y hasta el tiempo de Cicerón darlas en prenda”. (Ibarrola, 1981, p 360.)

“Hecho que fue variando, como ya se mencionó, a través de las diferentes etapas de la historia en Roma y prohibido en alguna de estas”. (Cueto Cruz, 2001, p 5)

Hemos dicho que la patria potestad sólo pertenecía al jefe de familia, aunque no siempre es el padre quien la ejercía mientras estaba sometido, pues su facultad se borraba ante el abuelo paterno, en tal virtud se estableció que el jefe y señor de la familia es el pater familias, sin embargo, se podía ser pater familias y tener todas las facultades y capacidades jurídicas que ésta figura otorgaba a un ciudadano romano, sin ser padre de familia o haber engendrado descendencia, pues un niño huérfano es decir, un niño era sui iuris, si no tenía jefe de familia, y por el contrario un hombre de edad madura y padre de numerosa prole, podía ser jurídicamente filius familias, alieni iuris si se hallaba bajo la potestad de un jefe de familia.

“El antiguo pater familias, en resumen, era la única persona que en la antigua Roma tenía una plena capacidad de goce y ejercicio, y una plena capacidad procesal, todos los demás miembros de la domus dependían de él y participaban de la vida jurídica de Roma a través de él”. (Floris Margadants, 1998, p 197) Es importante mencionar que la madre no podía ejercer la patria potestad, cosa que en nuestros días si está permitido.

1.5. La figura de la Guarda y Custodia en Roma

El derecho que tiene un padre a la custodia sobre su menor hijo es un derecho natural, que se basa en la presunción de que los padres son quienes están en la mejor posición para cuidar y velar por los intereses de sus hijos, en caso de una separación entre cónyuges o concubinos.

Esta presunción se debía a que el padre producía ropa, alimentos, etc., y el hijo a su vez ayudaría a trabajar la tierra. La tradición dictaba que el padre era el guardián natural de sus hijos.

Con el correr del tiempo se fue diluyendo el derecho absoluto del padre para obtener la custodia de los hijos menores, comenzó entonces a otorgarse la custodia a la madre, cuando los hijos eran de tan tierna edad, que necesitaban de los cuidados maternos de que la naturaleza las dotó.

También en el Derecho Romano, en los textos y en la glosa se hablaba de la *custodia* en las obligaciones derivadas de ciertos contratos como el de depósito y comodato, así como en la teoría de la culpa.

En estos contratos, se establecía que el deudor a cuyo cargo estaba la conservación de la cosa objeto de la obligación, debía poner en ella diligencia exacta y obviamente custodia. La custodia era así una parte de la diligencia en el cumplimiento de la obligación referida a la conservación de la cosa. La obligación de *custodia praestare* nacía naturalmente de cualquiera de los contratos por los que se entraba en tenencia de una cosa ajena y ponía a cargo del deudor las consecuencias cuando la cosa se perdía por su dolo o culpa.

En síntesis, el derecho romano entendía por *custodia*, una clase especial de diligencia, entendiendo por diligencia la obligación de facilitar el cumplimiento de la obligación por todos los medios posibles, que consistía en el cuidado necesario para conservar la cosa ajena y en vigilancia para que no se perdiese, fuese robada, hurtada o usucapida por terceros.

Por el principio general de “*custodiam praestare*, el deudor respondía por las pérdidas o detrimentos de la cosa ocurridos por su odio o culpa grave o leve, pero la cláusula expresa *custodiam suscipere*, extendía la responsabilidad del deudor a ciertos casos fortuitos como hurto o huida de animales o cosas”. (Enciclopedia Jurídica Omeba, 1979, pp 380 - 381)

1.6. La Guarda y Custodia en España

Desde que en 1981 se aprobó en España la Ley del Divorcio, el número de rupturas matrimoniales ha ido en aumento. Según los datos del Consejo General del Poder Judicial, en 2002 hubo 115.049 demandas por separación o divorcio, un 20% más que en el año 2000.

En la actualidad, se calcula que el número de parejas separadas españolas ronda 1.800.000, con un total aproximado de un millón de niños afectados por esta nueva situación familiar. Respecto a la asignación de los hijos no emancipados, esta legislación establece que sea el juez quien decida y distingue entre dos conceptos: la custodia, que se define como la tenencia o control físico de los padres sobre sus hijos; y la patria potestad, que es el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre cada hijo no emancipado.

Según este sistema, después de la separación o divorcio, la patria potestad sigue correspondiendo normalmente a los dos progenitores. Sin embargo, aunque la legislación establece que cualquiera de los cónyuges pueda optar por igual a la guardia y custodia de sus hijos, la estadística se alejan mucho de esta igualdad jurídica: en los procesos de ruptura matrimonial que se producen en España, la custodia de los hijos se adjudica a la madre en el 95% de los casos, y cuando los niños son menores de siete años, la asignación de estos derechos a la madre es prácticamente automática.

Frente a esta situación, muchos son los padres que reclaman la implantación de la custodia compartida, también denominada *coparentalidad o responsabilidad parental conjunta*. Este concepto implica un acuerdo mediante el cual, tras la ruptura matrimonial, los hijos pasan una parte de su tiempo con un progenitor y otra parte con el otro, de una forma más o menos equitativa.

De acuerdo con la legislación española, en específico el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, las cuales hacen referencia a la atribución de los hijos a uno sólo de los padres, mientras que al otro se le *concede* un régimen de visitas.

Por lo que, la figura de la guarda y custodia en España, está basada en que debe existir igualdad de sexos ante los tribunales, como dicta la Constitución, así como que los hijos necesitan de ambos padres para la educación y crianza, aún cuando éstos rompan sus relaciones matrimoniales no debiendo ser las víctimas de una separación, lo cual sucede si son separados de uno de sus padres y de su entorno familiar

1.7. La Patria Potestad en España

En la primitiva familia española, el padre llevaba la dote, y los hijos debían casar a sus hermanas, pero con la invasión visigoda se introdujeron nuevas costumbres. La

patria potestad no era tan rigurosa como en Roma, aunque el padre conservaba un amplio poder sobre su esposa e hijos.

Tanto en el Derecho Romano como en la legislación española, la Patria Potestad terminaba por la promoción del hijo para desempeñar ciertas dignidades o cargos públicos, por ejemplo: cónsul, prefecto, patricio, consejero del rey u obispo.

1.8. El Matrimonio como fuente del ejercicio de la Patria Potestad y Guarda y Custodia de los menores.

Para comenzar con esta sección de estudio, es pertinente hacer una breve reflexión acerca de la “*Familia*, la cual entendida en su sentido amplio, es un conjunto de las personas que se hallan vinculadas por el matrimonio, por la filiación o por la adopción”. (Planiol y Ripert, 2002, p 7) El propio vocablo en sentido estricto, se refiere a los miembros de la familia que viven bajo el mismo techo, dirección y los recursos del jefe de familia.

Otra opinión acerca de la definición de familia es aquella que dice que “la familia es la agrupación social de personas que se encuentran unidas por razones de sangre o por lazos que crea la ley, como es el caso de la adopción. Una familia nace de la unión de dos adultos que viven juntos, de los hijos que ellos tengan y del reconocimiento que hagan otros miembros de la sociedad y/o la ley acerca de la unión”. (Pérez Contreras, 2000 p 50)

Por otra parte hoy se entiende por familia el grupo reducido de personas que forman el padre, la madre y los hijos con exclusión de los demás parientes o por lo menos de los colaterales. Los historiadores y los sociólogos discuten sobre los orígenes y los caracteres primitivos del grupo familiar. Por esta razón es que a través

del tiempo se han dado diversas definiciones de Familia; sin embargo, lo que ha sido invariable es la concepción de que ésta es el origen de la organización social.

Para este estudio es suficiente manifestar que la familia se considera como una institución necesaria como el lugar donde el hombre aprende los valores humanos, sociales, morales, culturales e incluso religiosos, y con base en ellos a relacionarse. Es el lugar donde el ser humano se desarrolló tanto física como psicológica, afectiva y socialmente.

Se puede afirmar que la institución de la familia siempre ha tenido como fundamento jurídico el matrimonio, y ahora también el concubinato, así como la filiación y el ejercicio de la patria potestad, instituciones que surgen como consecuencia de la procreación. Mientras estos factores se presentan y cumplen en forma eficaz la función social que les corresponde, la cual consiste en proveer a sus miembros de lo indispensable para un desarrollo humano pleno e integral que les permita tener una vida satisfactoria.

Y es esta protección y educación del hijo que se impone al padre y a la madre como deberes que no pudieran ser cumplidos útilmente sino por medio de la unión duradera de los dos padres. Aún en el caso de que la unión resultare infecunda no deja de constituir una sociedad.

Este grupo tiene, según las épocas, distintas características. En las repúblicas antiguas la familia constituía una célula del Estado, el cual le imprimía un carácter político que resultaba altamente acentuado en la familia romana, colocada bajo la soberanía absoluta del pater familias. Pero el principio de la igualdad civil y política ha hecho desaparecer este carácter, actualmente el individuo no deriva de su familia ninguna situación especial.

La familia primitiva era un conjunto económico; la propiedad fue probablemente familiar antes de ser individual; la producción era domiciliaria y el trabajo doméstico aseguraba la subsistencia. Sin embargo, la propiedad individual se abrió paso enseguida, no así la producción doméstica.

Las consecuencias de esta evolución han sido que la mujer y los hijos han buscado trabajo fuera del hogar familiar dejándolo desierto. La familia ha dejado de ser un grupo productor, pero continúa siendo la agrupación de propiedad.

“Familia desde el punto de vista jurídico, es el grupo formado por la pareja, sus ascendientes y sus descendientes, así como por otras personas unidas por vínculos de sangre, matrimonio civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y obligaciones”. (Pérez Contreras, 2000 p 76)

“Las fuentes constitutivas de la familia son tres: el matrimonio, la filiación y la adopción, siendo la primera de ellas el punto a tratar en este estudio”. (Planiol y Ripert, 2002, p 12)

“Existen definiciones varias acerca del matrimonio, las cuales han cambiado por hechos históricos. Hoy los rasgos esenciales del matrimonio son su fuerza obligatoria y su duración”. (Planiol y Ripert, 2002, p 58)

El matrimonio puede ser definido y de acuerdo con los autores Ripert y Planiol de la siguiente manera: “Acto por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona y que no pueden romper por su voluntad” (2002, p 60)

De acuerdo con el Derecho Romano, específicamente definido por el Digesto de Justiniano, el matrimonio es la unión libre de hombre y mujer en pleno consorcio

de su vida y comunicación del derecho divino y humano. No pudiendo haber matrimonio si no media el consentimiento de todos, es decir, de los contrayentes y de aquellas personas bajo cuya potestad se encuentran.

Por lo que el matrimonio crea una asociación entre los dos esposos, con obligaciones recíprocas; con el objetivo esencial de la creación de la familia. En resumen, el objeto del matrimonio es fundar una familia, establecer comunidad de vida permanente entre un hombre y una mujer y la ayuda mutua.

Como ya se mencionó la familia se funda en el parentesco de sangre, por afinidad o civil (adopción) que exista, haya o no matrimonio de por medio. Sin embargo la forma en que el Estado pueda intervenir para mantener, organizar y proteger a la familia es mediante un orden jurídico.

Este orden jurídico será el mecanismo para que se puedan ejercitar todos los derechos, así como cumplir con todas las obligaciones que nacen entre los cónyuges, sin ningún tipo de limitación o exclusión.

En resumen, el matrimonio es un estado de derecho que faculta a los consortes para hacer valer todas las disposiciones de carácter familiar ante la autoridad judicial, no así las uniones de hecho en las que sólo se cumplan con los requisitos para ser considerados como concubinato, se podrán ejercer determinadas acciones y recursos legales por los integrantes de la pareja, y así dar paso al nacimiento de derechos y obligaciones entre los consortes y de éstos hacia los menores, si lo hubiere.

1.9. El Concubinato como fuente del ejercicio de la Patria Potestad y Guarda y Custodia de los menores

Antes de iniciar el estudio de este tema, es necesario establecer que es lo que se entiende por este concepto, y los autores Marcelo Planiol y Jorge Ripert, la unión libre también llamada concubinato, se opone al matrimonio del mismo modo que una situación de puro hecho se opone a una situación regulada por el derecho.

La Unión libre es un hecho grave, como lo sostienen los autores antes mencionados, por virtud de la libertad sin límites que permite a los concubinos una situación fuera del derecho. Esta libertad extrema es incompatible con la existencia de la familia que crean. Es considerada igualmente, en opinión de estos mismos, como realmente contraria al propio interés de cada uno de los cónyuges, el cual puede ser abandonado de la noche a la mañana.

“Es también contraria siguiendo esta línea de pensamiento, al interés de los hijos que corren el riesgo de ser abandonados materialmente y también moralmente, puesto que el hijo tiene necesidad de procurarse en un medio de vida estable”. (Planiol y Ripert, 2002, p 60)

En el Digesto, esta figura del concubinato también ya era tomada en cuenta, teniendo una legislación en la que solo la mujer podría tener ese carácter, lo cual se ve reflejado en lo siguiente:

“Puede ser concubina la liberta de otro y la mujer que nació libre, sobre todo la de origen humilde o la que ejerció la prostitución; en cambio si quisiera alguien tener como concubina a una mujer de vida honrada o que nació libre, es manifiesto que no le permite hacerlo sin constancia documental, sino que es necesario que la tenga como mujer legítima o que, si no quiere tenerla así, cometa con ella una unión ilícita. Y no

puede cometer adulterio al tener una mujer concubina, pues como ha escrito Marcelo 7dig, el concubinato no esta penado por la ley, ya que son las mismas leyes las que dieron nombre al concubinato.” (Digesto, 1988, p 201)

Así mismo, se tenía por concubina a la que un hombre tenía en tal condición por la mera intención. También se autorizaba a aquellos que desempeñaban un cargo en la provincia a tener una concubina.

Desde otro punto de vista el concubinato es la común finalidad que tienen un hombre y una mujer de formar una familia y de mantener un estado de vida permanente reconocido por la sociedad, pero que no está sancionado por el orden jurídico; esto es que la voluntad de vivir juntos no se manifiesta ante el Juez del Registro Civil. El artículo 291 bis a 291 quintus del Código Civil establece los requisitos para el reconocimiento jurídico de los derechos y obligaciones que derivan de este tipo de uniones.

De ahí que al no estar casados los progenitores, simplemente se da la separación entre ellos, y la custodia queda fictamente en poder de uno de ellos; corresponderá al padre que no tenga la custodia solicitar al juez familiar un régimen de visitas, en el supuesto de que no se le permita la convivencia con sus menores hijos.

Asimismo y en caso de que el padre nunca haya vivido con la madre, sin embargo y por virtud de haber reconocido como su hijo ante el oficial del registro civil al menor, ejerce la patria potestad sobre éste, por lo que podrá solicitar también la convivencia con el citado menor.

Todo ello tomando en consideración la legislación que esta prevista por el Código Civil vigente para el Distrito Federal, en el capítulo respectivo al

Concubinato.

1.10. La Guarda y Custodia en el Sistema Jurídico Mexicano

La Guarda y Custodia, en el Sistema Jurídico Mexicano, es la posesión, vigilancia, protección y cuidado de los hijos. A su vez la Patria Potestad sobre los hijos la ejercen los padres, y cuando por alguna circunstancia deje de ejercerla uno, corresponderá su ejercicio al otro.

En caso de separación de quienes ejercen la Patria Potestad quién ejercerá la Guarda y Custodia, en principio, ambos progenitores deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. A falta de los progenitores, podrán ejercer la guarda y custodia los abuelos. Quienes ejercen la Patria Potestad, aún cuando no tengan la guarda y custodia.

1.11. El Divorcio, en sus diferentes acepciones, frente a la Guarda y Custodia y la Guarda y Custodia Compartida.

El Divorcio, y siguiendo con el pensamiento de los autores Planiol y Ripert, es “la disolución en vida de los esposos de un matrimonio válido” (2002, p 368)

Para el Derecho Romano, y siguiendo la temática que se ha establecido en el presente trabajo, y tomando en cuenta lo que se establece en el Digesto, se hacen las siguientes consideraciones en cuanto al divorcio:

“El matrimonio se disuelve por el Divorcio, la muerte, el cautiverio de guerra u otra eventual caída en esclavitud de cualquiera de los cónyuges.

Se llama Divorcio porque supone una divergencia de pareceres o porque se van diversas partes los que deshacen el matrimonio. Para el repudio, es decir, para notificárselo, los cónyuges se aceptan estas palabras: Ten lo tuyo para tí, o arréglate tus cosas”. (Digesto, 1988, p 164)

Solo era considerado como divorcio el que se hacía con la intención de separarse para siempre, manifestándose que lo que se hacía o decía en el calor del arrebato, no tenía consecuencias hasta que la perseverancia demostrara que fuera verdadera la intención, es por ello, que no se consideraba divorciada la mujer que volvía a la casa tras una breve ausencia.

Como ya se ha manifestado, “el divorcio es una institución que permite la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges”. (Piug Brutan, 1992, p 195) Dentro de la legislación vigente civil para el Distrito Federal, el Divorcio (Artículo 266) disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro, éste se clasifica en dos tipos: 1) voluntario, el cual se da cuando es solicitado de común acuerdo por los cónyuges; y 2) necesario, el cual se da cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial, fundado en una o más de las causales a que se refiere la propia ley.

Pero los efectos del divorcio no solamente se concretan a la disolución del vínculo matrimonial, ya que se debe hablar de alimentos, repartición de bienes, y en el caso de que haya hijos, la patria potestad y su debida guarda y custodia, durante el proceso de divorcio y una vez terminado éste.

Durante el matrimonio, la custodia de los hijos la ejercen los dos progenitores de manera conjunta y en un mismo domicilio, pero cuando éstos se separan, los menores quedan bajo la custodia de uno solo de ellos, siendo prudente en este punto

hacer una distinción entre los progenitores casados y los progenitores concubinos, pues si los progenitores están unidos en legítimo matrimonio, su separación se va a dar por uno de los tipos de divorcios que contempla la ley civil vigente: divorcio por mutuo consentimiento, y divorcio necesario, caso distinto en el concubinato.

1.11.1. Divorcio por Mutuo Consentimiento

En la primer forma de divorcio (por mutuo consentimiento), los dos cónyuges manifiestan por escrito su deseo de divorciarse, adjuntando un convenio por el cual uno de los dos se harán cargo del menor o menores habidos en matrimonio, y el otro pagará una pensión a favor de éstos y tendrá a su vez un régimen para poder visitarlos.

Después del procedimiento acostumbrado, el convenio en cita, se aprobará por virtud de una sentencia definitiva en donde se establece el mandamiento judicial que autoriza a la cónyuge o al varón divorciante ejercer la custodia de los menores hijos, otorgándose a su vez al cónyuge que no ejerce esta custodia un régimen de visitas o viceversa.

Algunos de los efectos de divorcio voluntario:

- en caso de que haya hijos, ambos cónyuges conservarán la patria potestad
- en el convenio de divorcio, los cónyuges establecen quién conservará la custodia, cuáles serán las condiciones de las visitas y los alimentos para el excónyuge y/o los hijos. Pudiendo establecerse en este mismo convenio el cual es un requisito indispensable en este tipo de matrimonio el régimen de guarda y custodia compartida.

1.11.2. Divorcio Necesario

En el divorcio necesario se pueden dar varios supuestos, como el caso de que el cónyuge varón demande el divorcio a la cónyuge que lo ha abandonado junto con sus menores hijos, o bien la madre se los haya llevado consigo, o viceversa, es decir, el cónyuge que demande el divorcio puede invocar las distintas causales que previene la legislación sustantiva civil en su artículo 267.

En este caso, será el propio Juez quien determine, de acuerdo a las particularidades de cada uno de los procedimientos, bajo la custodia de cual de los progenitores quedarán los menores, o incluso, la guarda y custodia compartida.

Algunos de los efectos en el divorcio necesario son:

- el cónyuge inocente siempre conserva la patria potestad de los hijos
- el cónyuge inocente conservará durante el juicio la custodia temporal siendo ésta definitiva una vez dictada la sentencia que lo ordene, sujetándose el otro cónyuge a un régimen de visitas.

1.11.3. Concubinato

En el concubinato de acuerdo con la legislación civil vigente para el Distrito Federal, tanto “el hombre como la mujer tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones, no siendo necesario que transcurra este período de tiempo cuando tengan un hijo en común. La figura del concubinato, está regida por todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables.” (Leyes Federal y Estatales, 2005, febrero, disponible

en www.cddhcu.gob.mx)

En la legislación actual, y de acuerdo con el artículo 282, la figura de la Guarda y Custodia Compartida, solo es aplicable para los casos de divorcio necesario, tal y como se deriva de la lectura de la ley, cuyo artículo recientemente reformado establece:

“Desde que se presenta la demanda y sólo mientras dure el juicio se dictarán las medidas provisionales pertinentes conforme a las disposiciones siguientes:

[...]

V.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, debiendo ser uno de éstos y pudiéndose compartir la custodia. En defecto de este acuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente, previo el procedimiento que fije el Código respectivo y tomando en cuenta la opinión del menor. Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de 7 años deberán quedar al cuidado de la madre. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.”

(Leyes Federal y Estatales, 2005, febrero, disponible en www.cddhcu.gob.mx)

Esta misma figura se vuelve a mencionar, en el siguiente artículo, en el que se manifiesta lo siguiente:

“Artículo 283.- La sentencia que se pronuncie en definitiva fijará la situación de los hijos para lo cual el Juez de lo Familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión, limitación o recuperación, según el caso.

Deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, siendo los niños y niñas, permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres. En caso de que algún descendiente tuviese la custodia, el otro que no

la posee, después de los 7 años, podrá demandar en lo posible custodia para ambos padres.

Lo anterior en función de las posibilidades de éstos y aquellos, así como que no exista con alguno de los progenitores peligro alguno para su normal desarrollo.

La recuperación de la patria potestad procederá únicamente en aquellos casos que por cuestiones alimentarias se haya perdido, siempre y cuando acredite que se cumplió constantemente con dicha obligación. Lo mismo se observará respecto de la recuperación de la custodia.” (Leyes Federal y Estatales, 2005, febrero, disponible en www.cddhcu.gob.mx)

Los efectos de la separación en el concubinato son:

- En caso de que haya hijos, ambos concubinos conservarán la patria potestad.
- Al entablar una demanda ante el Juez de lo familiar, en concubino demandante establece sus peticiones en lo relativo a la custodia, las condiciones de las visitas y los alimentos para los hijos.

Cabe hacer una cita en este momento, la cual consiste en lo siguiente:

“en el caso del concubinato, las obligaciones y derechos que nacen del parentesco surten efecto a partir del reconocimiento de los hijos que sólo uno o ambos padres hagan mediante su registro ante el juez del Registro Civil, el cual expedirá su acta de nacimiento, independientemente del parentesco natural (consanguíneo) o por afinidad que pueda haber de los hijos con sus progenitores y los familiares de estos.” (Pérez Contreras, 2000, p 45)

Como ha quedado establecido, la figura de la Custodia Compartida ha sido el resultado de una evolución del derecho con la finalidad de regular aquellas necesidades que la sociedad demanda, en este sentido, en el siguiente Capítulo se analizan algunas de las legislaciones extranjeras en las que esta figura se encuentra vigente, dentro de las cuales se encuentra la Legislación Vigente en el Distrito Federal.

CAPÍTULO II

LEGISLACIÓN NACIONAL Y COMPARADA EN MATERIA DE CUSTODIA COMPARTIDA

2.1. Legislación Nacional en materia de Guarda y Custodia

La Guarda y Custodia, como ya se ha manifestado es la posesión, vigilancia, protección y cuidado de los hijos, ejercida a través de los padres, y cuando por alguna circunstancia deje de ejercerla uno, corresponderá su ejercicio al otro, como en el caso de la separación de éstos (divorcio voluntario o necesario).

Al ocurrir esto, se debe continuar con el cumplimiento de sus deberes, pudiéndose hasta convenir los términos del ejercicio de la custodia (divorcio voluntario, artículo 273 del Código Civil vigente para el Distrito Federal), pero a falta de los progenitores, ésta se confiere a un tercero o a una institución oficial o particular, todo ello si el interés del menor lo exigiere, esto por razones graves que deben ser expuestas en el fallo, así como establecer las modalidades que juzgue convenientes la autoridad competente y dictar las medidas que estime necesarias.

Todo ello decidido por el Juez de lo Familiar, quien resuelve lo conducente, tomando en cuenta la opinión del Ministerio Público como representante de los intereses de los menores, el derecho de convivencia que los padres tienen con sus hijos, con el objetivo de garantizar las circunstancias más benéficas para su desarrollo y estabilidad.

La Legislación Mexicana que actualmente está en vigor en materia de Guarda y Custodia de los menores en el caso de un divorcio es la siguiente:

A nivel Constitucional, en el artículo 4º el cual en su parte conducente establece que “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”... (Leyes Federal y Estatales, 2005, febrero, disponible en www.cddhcu.gob.mx)

Asimismo establece que “es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas.

Los niños y las niñas tienen 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 Estados otorgarán facilidades a los particulares para que se coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez”. (Leyes Federal y Estatales, 2005, febrero, disponible en www.cddhcu.gob.mx)

En cuanto a la Legislación que en materia Civil se encuentra en vigor en el Distrito Federal se encuentra la siguiente:

“Artículo 266. El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Se clasifica en voluntario y necesario. Es voluntario cuando se solicita de

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

Artículo 267. Son causales de divorcio:

I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;

II. El hecho de que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia;

III. La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no solo cuando el mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tengan relaciones carnales con ella o con él;

IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito;

V. La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;

VI. Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada;

VII. Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo;

VIII. La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses;

IX. La separación de los cónyuges por mas de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos;

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

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

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

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

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

XV. El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la

familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;

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

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

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

XIX. El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la ley general de salud y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotropicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;

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

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

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

Artículo 271. En todos los casos previstos en el artículo 267, los jueces de lo familiar están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho,

sin cambiar los hechos, acciones y excepciones o defensas.

Las limitaciones formales de la prueba que rigen en la materia civil, no deben aplicarse en las causales previstas en las fracciones XI, XVII y XVIII del artículo 267.

Artículo 272. Procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año o mas de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no esté embarazada, no tengan hijos en común, o teniéndolos, sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. El juez del registro civil, previa identificación de los cónyuges, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a éstos para que la ratifiquen a los quince días. Si los cónyuges lo hacen, el juez los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

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

Artículo 273. Procede el divorcio voluntario por vía judicial cuando los cónyuges que no se encuentren en el caso previsto en el artículo anterior, y por mutuo consentimiento lo soliciten al juez de lo familiar, en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles, siempre que haya transcurrido un año o mas de celebrado el matrimonio y acompañen un convenio que deberá contener las siguientes cláusulas:

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 275. Mientras se decreta el divorcio voluntario, el juez de lo familiar autorizará la separación provisional de los cónyuges y dictará las medidas necesarias respecto a la pensión alimenticia provisional de los hijos y del cónyuge, en términos del convenio a que se refiere el artículo 273 de este código.

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

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

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

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

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

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

V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, debiendo ser uno de éstos y pudiéndose compartir la custodia. En defecto de ese acuerdo; el juez de lo familiar resolverá lo conducente, previo el procedimiento que fije el código respectivo y, tomando en cuenta la opinión del menor.

Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

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

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

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

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

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

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

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

X. Las demás que considere necesarias.

Artículo 283. La sentencia que se pronuncie en definitiva, fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez de lo familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión, limitación o recuperación, según el caso.

Deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los niños y niñas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres, en caso de que algún ascendente tuviese la custodia, el otro que no la posee, después de los siete años podrá demandar en lo posible custodia para ambos padres, lo anterior en función de las posibilidades de éstos y aquellos, así como que no exista con alguno de los progenitores peligro alguno para su normal desarrollo.

La recuperación de la patria potestad procederá únicamente en aquellos casos que por cuestiones alimentarias se haya perdido, siempre y cuando se acredite que se ha cumplido con dicha obligación.

Lo mismo se observará respecto de la recuperación de la custodia.

Artículo 293. El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores.

En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.

Artículo 411. Quien ejerza la patria potestad, debe procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente que también ejerza la patria potestad. En consecuencia, cada uno de los ascendientes deberá evitar cualquier acto de manipulación, alineación parental encaminado a producir en la niña o el niño, rencor o rechazo hacia el otro progenitor.

Artículo 417. Los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos.

No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el juez de lo familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor. Sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial.

El juez de lo familiar aplicará las medidas previstas en el Código de Procedimientos Civiles e incluso podrá decretar el cambio de custodia de los menores previo el procedimiento respectivo, cuando quien tenga decretada judicialmente la custodia provisional o definitiva sobre ellos, realice conductas reiteradas para evitar la convivencia de los menores con la persona o personas que tengan reconocido judicialmente su derecho a la misma.

Artículo 447. La patria potestad se suspende:

I. Por incapacidad declarada judicialmente;

II. Por la ausencia declarada en forma;

III. Cuando el consumo del alcohol, el hábito de juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que éste sea al menor; y

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

V. Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso su vida del o de los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, o de pariente por consaguinidad o afinidad hasta por el cuarto grado.

VI. Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente”. (Leyes Federal y Estatales, 2005, febrero, disponible en www.cddhcu.gob.mx)

Esta reforma, de acuerdo con la opinión de los legisladores ha significado un gran esfuerzo de todas las fracciones parlamentarias, con la finalidad de resguardar y dar mayor certidumbre jurídica a todos los padres de familia; en opinión del presente trabajo, significa un gran avance en materia de salvaguarda a los intereses y de los menores, manteniendo y procurando al mismo tiempo igualdad de los derechos de ambos progenitores.

A partir de la entrada en vigor del presente decreto, se pretende que todos los menores cuyos progenitores atraviesen por un proceso de divorcio, puedan tener acceso a una convivencia de manera íntegra, sana y afectiva con sus padres, durante y después de dicho procedimiento, a pesar de que el matrimonio se derive de una separación que conllevaría al alejamiento entre alguno de los progenitores y los hijos, tomando en cuenta que este punto suele convertirse en el centro de la controversia, es decir la custodia de los hijos.

Cabe hacer la aclaración en este punto, que cuando se habla de proceso de divorcio, se habla de los casos de Divorcio Necesario, ya que es en estos procedimientos por lo general, en los que se presentan las controversias en cuanto a la custodia y consecuente guarda de los menores, ya que en los procesos de Divorcios Voluntarios, y de acuerdo con el artículo 273 del Código Civil vigente para el Distrito

Federal, estas cuestiones y otras como los alimentos, deben quedar acordadas por las partes a través de un convenio para con ello estar en condiciones de dictar una sentencia por parte de la autoridad competente, en el que se toma como base lo manifestado por los padres, es decir las partes en el proceso.

Asimismo, dentro de las recientes reformas se modificaron algunas estipulaciones del Código de Procedimientos Civiles y al Código Penal, ambos de aplicación en el Distrito Federal en materia familiar, las cuales quedaron como siguen:

2.1.1. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

Artículo 73 Bis. Los jueces de lo familiar, respecto a la convivencia de menores, podrán emplear:

- I. Arresto hasta por 36 horas.
- II. La reiteración inmediata de no permitir la convivencia de quien ejerza la custodia del menor, dará lugar a la intervención del C. Agente del Ministerio Público, para el ejercicio de la acción correspondiente

Artículo 114. Será notificado personalmente en el domicilio señalado por los litigantes:

- I. El emplazamiento del demandado, y siempre que se trate de la primera notificación en el procedimiento, de diligencias preparatorias o de jurisdicción voluntaria en que se deba hacer saber de las mismas a la otra parte;
- II. El autor que ordena la absolución de posesiones o reconocimiento de documentos;

III. La primera resolución que se dicte cuando se dejare de actuar por más de seis meses por cualquier motivo;

IV. Cuando se estime que se trata de un caso urgente y así se ordene;

V. El requerimiento de un acto a la parte que deba cumplirlo;

VI. La sentencia dictada por el juez o la Sala del Tribunal que condene al arrendatario de casa habitación a desocuparla, así como el auto de su ejecución.

VII. En los demás casos que la ley disponga.

A los procedimientos familiares sólo les será aplicado lo señalado en las fracciones I, III y IV, de no ser así las partes quedarán enteradas por boletín judicial, salvo que el juez considere otra cosa; asimismo, para el supuesto de que dicha diligencia se refiera a entrega de menor, la misma se practicará en el lugar en donde reside el requerido.

Artículo 123. La primera notificación al promovente de cualquier procedimiento se hará por Boletín Judicial, salvo que se disponga otra cosa por la ley o el tribunal. En todo caso el tribunal tendrá la obligación de notificar personalmente, entregando copia simple o fotostática de la resolución, la segunda y ulteriores notificaciones a los interesados o a sus apoderados, procuradores o autorizados, si éstos ocurren al tribunal o juzgado respectivo, el mismo día en que se dicten las resoluciones que hayan de notificarse, y exigen que se les haga conocedoras de las providencias dictadas, sin necesidad de esperar a que se publiquen en el Boletín Judicial, dejando constancia en autos de dicha notificación, firmada por el notificado y el fedatario, o haciendo saber si el primero se negó a firmar.

El tribunal tendrá la facultad de notificar a las partes, personalmente o por conducto de sus autorizados cualquier notificación personal, citación, requerimiento, notificación inicial o incidental decretada en autos, cuando comparezcan al tribunal a imponerse de ellos, o asistan a cualquier diligencia, en los términos de la parte final del párrafo que antecede.

Artículo 205. El que intente demandar, denunciar o querellarse contra su cónyuge, concubino o pariente, podrá acudir al Centro de Justicia Alternativa, quienes deberán llamar a los mediados, para tratar de dirimir la controversia.

El mediador propondrá lo que mejor convenga al interés superior de los menores, a fin de que por convenio entre los progenitores, se resuelva lo relativo a su guarda y custodia, y al derecho de convivencia que corresponda al ascendiente que no conserve la custodia. El cumplimiento del convenio podrá solicitarse ante el Juez de lo Familiar en la vía de apremio.

Por otra parte, para el caso de que se trate de personas que se encuentren en los supuestos señalados en primer lugar, podrán por separado a la mediación, solicitar al Juez de lo Familiar su separación del domicilio en el que residan habitualmente.

Artículo 255. Toda contienda judicial, principal o incidental, principiará por demanda, en la cual se expresaran:

- I. El tribunal ante el que se promueve;
- II. El nombre y apellidos del actor y el domicilio que señale para oír notificaciones;
- III. El nombre del demandado y su domicilio;

IV. El objeto u objetos que se reclamen, con sus accesorios;

V. Los hechos en que el actor funde su petición, en los cuales precisará los documentos públicos o privados que tengan relación con cada hecho, así como si los tiene o no a su disposición. De igual manera proporcionará los nombres y apellidos de los testigos que hayan presenciado los hechos relativos.

Asimismo debe numerar y narrar los hechos, exponiéndolos sucintamente con claridad y precisión;

VI. Los fundamentos de derecho y la clase de acción, procurando citar los preceptos legales o principios jurídicos aplicables;

VII. El valor de lo demandado, si de ello depende la competencia del juez, y

VIII. La firma del actor, o de su representante legítimo. Si éstos no supieren o no pudieren firmar, pondrán su huella digital, firmando otra persona en su nombre y a su ruego, indicando estas circunstancias;

IX. Para el trámite de incidentes, la primera notificación se llevará a cabo en el domicilio señalado en autos por las partes, si se encuentra vigente el juicio principal, y para el caso, de que haya resolución firme o ejecutoriada, o haya inactividad procesal por más de tres meses, se practicará en el lugar en el que resida la parte demandada incidentista.

Artículo 941 Bis. Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus parientes por consaguinidad en línea colateral hasta por el cuarto grado, previamente

se dará vista a la parte contraria y, en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y las convivencias de los menores, misma que se verificará dentro de los quince días siguientes.

En la audiencia las partes aportarán las pruebas que estimen necesarias a efecto de ejercer la custodia, las que se desahogarán en la misma audiencia; inmediatamente después el juez de lo familiar determinará la situación jurídica provisional de la niña o del niño, principalmente a quien corresponderá la custodia del menor; atendiendo para ello a las circunstancias que observe en ese momento, los elementos que hayan aportado las partes y sobre todo tutelando el interés superior del menor.

A falta o imposibilidad de los padres para tener la custodia de los menores se considerarán las hipótesis previstas en los artículos 414 y 418 del Código Civil.

El Ascendiente que no le sea otorgada la custodia podrá convivir tal y como lo fije el Juez diversos días de la semana, fuera del horario escolar y sin desatender las labores escolares y debiendo auxiliarlo en dichas actividades.

Asimismo, en forma equitativa, se podrá regular la convivencia en fines de semana alternados, periodos de vacaciones escolares y días festivos; cuando éstos ya acudan a centros educativos.

En los casos, en que los menores no acudan a centros educativos, médicos o de rehabilitación, el Juez de lo familiar, a su prudente arbitrio, regulará las convivencias del menor con los parientes por consaguinidad en línea colateral hasta el cuarto grado que no lo tengan bajo su custodia.

Artículo 941 Ter. No será obstáculo para regular el derecho de convivencia de manera provisional, el hecho de que una de las partes manifieste unilateralmente y sin estar reconocido por resolución judicial firme, que ha habido violencia familiar en contra de los menores o algún otro de los miembros del núcleo familiar.

Sin embargo, tales aseveraciones deberán ser tomadas en cuenta por el juez de lo familiar prudentemente. Por tanto, en caso de duda, y para salvaguarda de los menores, podrá ordenar que la convivencia, se realice en los centros e instituciones destinados para tal efecto, únicamente durante el procedimiento. Y no existiendo precedente de riesgo o peligro para el menor no será ordenado por el Juez de lo familiar las convivencias en las instituciones destinadas para tal efecto.

Para el caso de incumplimiento de las resoluciones que ordenen la convivencia con los menores, deberán aplicarse las sanciones que correspondan según los ordenamientos legales aplicables.

Artículo 941 Quáter. El incumplimiento a permitir la convivencia con el ascendiente que no tiene decretada la custodia, dará lugar al cambio de ésta a favor de la otra parte, si no hubiere inconveniente legal alguno, se resolverá en forma incidental.

En el caso de cambio en la persona que tenga la custodia, la regulación de la convivencia con el menor se hará en los mismos términos en que se venía dando, siempre y cuando no se encuentre involucrada en actos de violencia familiar en contra de los integrantes del núcleo familiar, conforme resolución judicial firme.

Artículo 941 Quintus. El ascendiente que tenga el derecho de convivencia con el hijo por resolución judicial y no asista a dichas visitas, sin causa justificada se podrá suspender el goce y ejercicio de ese derecho, quedando como precedente para no

solicitarlo o ejercerlo de nuevo con ese hijo, mientras sea menor de edad.

Artículo 941 Sextus. Cuando por cambio de residencia por parte del ascendiente que conserva la guarda y custodia, éste tiene la obligación de informar al Juez y a quien no ejerce la custodia los datos del nuevo domicilio y número telefónico para efecto de mantener la comunicación del menor y del ascendiente que no ejerza la guarda y custodia.

El incumplimiento de esta disposición dará lugar a lo establecido en el artículo 73 Bis de este ordenamiento.

Para efectos de la convivencia el Juez resolverá, conforme a lo dispuesto, en el párrafo quinto del artículo 941 Bis”. (Leyes Federal y Estatales, 2005, febrero, disponible en www.cddhcu.gob.mx)

En este punto es pertinente que se apunte que estas disposiciones que han quedado transcritas, tienen como finalidad el salvaguardar los intereses de los menores, así como dar seguridad jurídica a las partes que se encuentren en litigio

El punto que resalta como uno de los más importantes por ser el objeto de éste estudio, es el referente a las acciones que puede tomar el Juez para con ello garantizar la convivencia de los menores con sus progenitores, ya que dichas medidas fueron reformadas por el legislador, y que desde el punto de vista de este trabajo, si bien es cierto significa un avance en materia de Custodia de los menores, también ello significa la continuidad de la cultura de la represión de conductas, en lugar de la prevención, punto, que a mayor profundidad es tratado en el Capítulo III.

2.1.2. Código Penal Vigente para el Distrito Federal

Capítulo VI

Retención y Sustracción de Menores o Incapaces

Artículo 171. Al que sin tener relación de parentesco, a que se refiere el artículo 173 de este Código, o de tutela de un menor de edad o incapaz, lo retenga sin el consentimiento de quien ejerza su custodia legítima o su guarda, se le impondrá prisión de uno a cinco años y de cien a quinientos días de multa.

A quien bajo los mismos supuestos del párrafo anterior los sustraiga de su custodia legítima o su guarda, se le impondrá de cinco a quince años de prisión y de doscientos a mil días multa.

Artículo 173. Se impondrá de uno a cinco años de prisión y de cien a quinientos días de multa, al ascendiente, descendiente, pariente colateral o afín hasta el cuarto grado, que retenga o sustraiga a un menor o incapaz, en los siguientes casos:

- I. Que haya perdido la patria potestad o ejerciendo ésta se encuentre suspendido o limitado;
- II. No tenga la guarda y custodia provisional o definitiva o la tutela sobre él;
- III. No permita las convivencias decretadas por resolución judicial; o
- IV. Teniendo la guarda y custodia compartida, no devuelva al menor en los términos de la resolución que se haya dictado para ello.

Este delito se perseguirá por querrela.

Artículo 284. Cuando la ley autorice el empleo de medidas de apremio para hacer efectivos los mandatos de la autoridad, la consumación de los delitos de desobediencia y resistencia de particulares, se producirá en el momento en que se agote el empleo de tales medidas de apremio.

Con excepción de los casos previstos en el artículo 73 Bis del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.” (Leyes Federal y Estatales, 2004, septiembre, disponible en www.cddhcu.gob.mx)

Al final de esta cita, es pertinente hacer el siguiente comentario, de acuerdo con la línea de estudio que se sigue por este trabajo, la aplicación de medidas más severas como medio de solución de conductas que atentan en contra de los derechos de terceros, solo implica la represión de las mismas, pero no ataca la fuente de dichas problemáticas sociales, por lo que el aumentar sanciones civiles o penales como en este caso, no es considerado como un medio solución de dichas controversias del orden familiar.

2.2. La Costumbre en materia de Guarda y Custodia Compartida en el Sistema Jurídico Mexicano

Dentro de este capítulo, se trata de explicar la relevancia que para el tema de la Guarda y Custodia de los menores tiene la aplicación de la jurisprudencia, como fuente del derecho y la tendencia de dichos criterios aplicados en la resolución de todos aquellos asuntos relativos a este tema.

Al respecto los Tribunales Colegiados de Circuito, a través de la Tesis: II.2o.C.T.7 C, Parte : II, Agosto de 1995, manifiesta que “si bien es cierto que de conformidad con el artículo 267 del Código Civil del Estado de México, tratándose de

divorcio, corresponde al cónyuge inocente la guarda y custodia de los hijos habidos en el matrimonio; también lo es que esto no significa que tal disposición se aplique indiscriminadamente a todos los casos, porque el mismo precepto legal establece una excepción cuando dispone que el juez puede discrecionalmente, acordar de oficio cualquier providencia que considere benéfica para los hijos, lo que implica que el juzgador debe cuidar que la resolución que emita en este sentido, sea acorde a los intereses de los menores.” (Semanao Judicial de la Federación y su Gaceta 1995, p 559)

En ese mismo sentido, se establece que “si bien es cierto que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que cuando se trata de menores de edad lo más benéfico para su desarrollo y estabilidad es que se encuentren bajo el cuidado de su madre, también lo es que esto no significa que tal criterio deba aplicarse indiscriminadamente a todos los casos, pues es obligación del juzgador tomar en cuenta, el interés del menor sobre cualquier otro.” (Semanao Judicial de la Federación y su Gaceta, año 1995, p 363)

Asimismo se manifiesta en diversa tesis que de acuerdo con “el artículo 273 de Código Civil para el Distrito Federal, otorga al juzgador las más amplias facultades para decir entre otras cuestiones, respecto a la guarda y custodia de los menores hijos de los divorciantes; de ahí que si en el caso de que se trata al ejercer esas facultades atiende a los elementos de prueba que obran en autos y llega a la convicción de que la conducta de la persona que tiene la guarda y custodia de los menores durante el procedimiento no resulta nociva a éstos, esa determinación resulta legal y no se invalida por la circunstancia de que dicha persona haya dado causa al divorcio, salvo que esa causa, por su naturaleza, implique por sí misma que esta conducta sea manifiestamente contraria a la formación educación e integración socio afectiva de los menores.” (Semanao Judicial de la Federación, año 1995, p 130)

De esta forma salta a la vista, que la tendencia de criterio en la resolución de controversias del orden familiar en materia de Guarda y Custodia de menores, ha sido el otorgarla a favor de la madre, por ser considerada como más apta para desarrollar esas funciones, sentenciando al padre a un régimen de visitas, además del cumplimiento de otras obligaciones. Sin embargo, ello no significa que sea la madre la única capacitada para desarrollar esas funciones desde el punto de vista de este trabajo, cuestión que también se ve reflejada en diversas tesis, que constituyen la minoría en cuanto a número de criterios, pero esta cuestión será retomada más adelante.

En este mismo sentido, de analizar la costumbre como fuente de derecho y consecuentemente fuente de la Legislación Nacional y como una forma introductoria al siguiente tema, en este trabajo se toma en cuenta de las convenciones firmadas por México, que influyen y hacen necesaria la mención expresa respecto al tema que se está tratando, tal es el caso de la siguiente jurisprudencia por reiteración de criterios que a continuación se transcribe:

“GUARDA Y CUSTODIA. DEBE DETERMINARSE CONSIDERANDO EL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CONFORME A LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. El derecho a la guarda y custodia de una niña, niño y adolescente, implica considerar no sólo las pruebas ofrecidas por las partes con las que pretendan demostrar una adecuada capacidad para el cuidado del menor, sino que atendiendo al beneficio directo de la infancia, el juzgador también debe considerar el interés superior de la niña, niño y adolescente como presupuesto esencial para determinar quién tiene derecho a la guarda y custodia. Ello, porque conforme a lo dispuesto por el artículo 4o. constitucional que establece el desarrollo integral, el respeto a la dignidad y derechos de la niñez, así como los artículos 3o., 7o., 9o., 12, 18, 19, 20 y 27 de la Convención

sobre los Derechos del Niño, ratificada por México el veintiuno de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, que establece que los Estados garantizarán que los tribunales judiciales velen por el interés superior del niño, los juicios en los que se vean involucrados derechos inherentes de las niñas, niños y adolescentes, como el caso en que se demande la guarda y custodia, debe tenerse como presupuesto esencial el interés superior del niño y darle intervención al Ministerio Público, para que en su carácter de representante de la sociedad, vele por los derechos de los infantes y adolescentes. “*

2.3. Legislación Comparada en materia de Guarda y Custodia Compartida

2.3.1. España

Desde que en 1981 se aprobó en España la Ley del Divorcio, el número de rupturas matrimoniales ha ido en aumento. Según los datos del Consejo General del Poder Judicial, en el 2002 hubo en ese país 115.049 demandas por separación o divorcio, un 20% más que en el año 2000. Esto trajo como consecuencia que en la actualidad, el número de parejas separadas españolas ronda 1.800.000, con un total aproximado de un millón de niños afectados por esa nueva situación familiar

Según esa ley, después de la separación o divorcio, la patria potestad sigue correspondiendo normalmente a los dos progenitores. Sin embargo, aunque la legislación establece que cualquiera de los cónyuges pueda optar por igual a la guarda y custodia de sus hijos en los procesos de ruptura matrimonial que se

* TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Clave: II.3o.C. , Núm.: J/4 Amparo directo 170/2000. Adrián Escorcía Martínez y otra. 1o. de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Felipe Alfredo Fuentes Barrera. Secretaria: Cristina García Acuautla. Amparo directo 935/2000. Rosa María Reyes Galicia y otro. 17 de octubre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: Yolanda González Medrano. Amparo directo 980/2000. Geni Vega Espriella. 26 de junio de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: Yolanda González Medrano. Amparo directo 701/2001. Ignacio Alfaro Hernández. 29 de enero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: E. Laura Rojas Vargas. Amparo directo 367/2002. Carlos Octavio Juárez González. 9 de julio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente:

producen, la custodia de los menores suele adjudicarse a la madre en el 95% de los casos, y cuando son menores de siete años, la asignación de estos derechos a la madre es prácticamente automática.

Frente a esta situación, muchos son los padres que reclaman la implantación de la custodia compartida. Este concepto implica, como ya se ha manifestado un acuerdo mediante el cual, los hijos pasarían una parte de su tiempo con un progenitor y otra parte con el otro, de una forma más o menos equitativa.

Para apoyar la implantación de la coparentalidad, padres y madres separados y divorciados de todo el país se han unido en distintas asociaciones y organizaciones. La más importante de ellas es la Confederación Estatal de Asociaciones de Padres y Madres Separados (CONPAPAYMAMA), que integra a las organizaciones más representativas de España. En septiembre de 2002, dos de ellas, la Asociación de Padres de Familia Separados (APFS) y la Federación Andaluza de Padres y Madres Separados (FASE), presentaron el Informe Reencuentro, que bajo el lema el mejor padre, ambos padres, propone una alternativa legislativa basada en la parentalidad conjunta.

Aunque la legislación española no contempla la custodia compartida, esta figura ya está implantada en otros países, como Francia, Suecia, Canadá o Estados Unidos (en algunos de sus estados). Así, por ejemplo, la Ley francesa de Autoridad Parental de 2002 establece que los cónyuges presenten un plan de coparentalidad acordado por ambos, en lugar de que sean los tribunales quienes decidan sobre el futuro de los menores.

“En la custodia compartida pueden distinguirse dos modalidades básicas de

aplicación, la primera de ellas, es la de tiempos de convivencia iguales, en la cual se trata de dividir el tiempo de permanencia con cada progenitor en intervalos –semanas, meses, etc.- que pueden variar en función de las circunstancias y necesidades de los hijos (edad, proximidad geográfica, situación personal...). Para llevar a cabo esta opción, los menores pueden alternar su permanencia en dos hogares muy cercanos, para que no cambien de ambiente, o permanecer en el hogar conyugal, y ser los padres quienes vayan cambiando.

En la segunda distinción se trata de la de libre relación de los menores con el progenitor no custodio, aquí los menores pueden residir exclusivamente con un progenitor y tener con el otro un contacto equivalente a las visitas. Por ejemplo, el padre no custodio podría ir por los niños al colegio y pasar la tarde con ellos, y los llevaría después al domicilio del progenitor custodio, permitiendo así la libre comunicación de los hijos con ambos padres”. (Custodia Compartida, 2003, octubre, disponible en www.consumer.es/web/es/especiales/2003/10/08/66380.php)

Desde el punto de vista que se ha venido manejando durante este trabajo, la presencia de las dos figuras, paterna y materna, en la educación facilita una distribución de las tareas de crianza, además de la participación en la toma de decisiones. Esto favorece, por una parte, la integración social y laboral de las mujeres y, por otra, estimularía en los hombres valores considerados como tradicionalmente femeninos.

Entre los inconvenientes que se suelen adjudicar a la custodia compartida, destacan el continuo cambio de domicilio cuando se opta por la alternancia entre la vivienda materna y paterna, siendo el principal argumento de los detractores de la custodia compartida quienes argumentan que el hecho de que el menor esté haciendo

maletas continuamente y vaya de un sitio para otro perjudica a su estabilidad emocional.

Por otro lado en España, y con el objetivo de hacer respetar la Carta Magna y salvaguardar el derecho de los hijos a no ser apartados de ninguno de sus padres, y así evitar efectos nocivos sobre unos y otros, se considera que los artículos del Código Civil se deberían modificar atendiendo a la:

"PLENA COMPARTICIÓN DE AMBOS PADRES en todo lo relacionado con los hijos y en cualquier situación, salvo circunstancias muy excepcionales que supongan un grave peligro demostrado para los hijos. De ser así, el juez podría desnivelar la comunicación con alguno de los padres o apartarlo temporalmente de él. Las leyes regularán todo lo concerniente a esta plena compartición." (Custodia Compartida, 2003, octubre, disponible en www.consumer.es/web/es/especiales/2003/10/08/66380.php)

Así mismo en España, se ha hecha la DECLARACIÓN DEL DERECHO DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS A LA CUSTODIA COMPARTIDA, misma que establece:

“De acuerdo con la Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Carta Europea de los Derechos del Niño, y la Constitución Española, que recogen el principio de interés superior del niño en todas las decisiones familiares, administrativas o judiciales que le afecten, declaramos que:

La guarda y custodia compartida, o coparentalidad, entendiendo como tal el derecho del menor al cuidado y educación habitual de ambos progenitores y el

equilibrado reparto de derechos y deberes de cada uno de ellos, es un derecho fundamental e irrenunciable de los menores afectados por la separación de sus padres.

Ambos padres tienen derecho a acordar la forma de aplicación de dichos derechos y obligaciones de mutuo acuerdo, siempre que sea favorable al interés de su hijo.

Ante la falta de acuerdo entre los progenitores, se deberá aplicar la guarda y custodia compartida, como norma general y siempre adaptándola a cada caso concreto.

En los casos excepcionales en que no se aplique, la resolución deberá justificar expresamente el motivo que incapacita al progenitor afectado, o en su caso a los dos.

La práctica consuetudinaria de los tribunales españoles de conceder la guarda y custodia monoparental, es perjudicial y discriminatoria para los niños al desequilibrar la relación con sus padres, para el progenitor no custodio al impedirle ejercer su función, y para el progenitor custodio al responsabilizarle del cuidado y educación de los hijos, limitando su desarrollo profesional, personal y social, lo que va en contra del principio de igualdad.

Por ello solicitamos:

Se acometan de inmediato las reformas necesarias para la implantación de la guarda y custodia compartida, como solución natural y equilibrada a la separación de los progenitores, adaptando el ordenamiento jurídico al interés superior del niño y al principio de igualdad entre hombres y mujeres, contribuyendo de esta manera al progreso social.” (Custodia Compartida, 2003, octubre, disponible en

www.consumer.es/web/es/especiales/2003/10/08/66380.php)

Así aún y cuando la Legislación Española no contempla la práctica de la custodia compartida, y al igual que en México se sigue criterios tendientes a otorgarla a favor de la madre, es la realidad social, la que actualmente solicita la introducción de esta figura en la legislación, y con ello, al igual que en nuestro país, garantizar y proteger las necesidades de los menores y mantener un equilibrio entre los derechos de los progenitores.

2.3.2. Francia

Una de las legislaciones en las se encuentra contemplada la figura de la Custodia Compartida es la legislación Francesa, en donde su Asamblea Nacional (cámara de diputados) aprobó el 13 de diciembre de 2001 el proyecto de ley que equipara los derechos y deberes de padres y madres, siendo el texto propuesto aceptado por unanimidad. Esta ley establece la igualdad de derechos de hombres y mujeres en cuanto a la guardia y custodia de los hijos tras la separación de la pareja. La custodia recaía hasta ese momento en la madre.

El texto otorga una autoridad compartida por ambos padres en cuanto a la educación de los hijos, sea cual sea la situación de la pareja. Esta ley favorece que los menores vivan alternamente en casa de cada uno de los padres.

Esta propuesta del Gobierno francés, se considera tiene un valor innegable, ya que por primera vez, un gobierno europeo reconoció que ese régimen de alternancia en la convivencia es el más conveniente para el desarrollo del niño.

La iniciativa, titulada "La reforma de la autoridad parental: los nuevos derechos

de las familias", se enmarca en la reforma del derecho de la familia emprendida por el Gabinete del socialista Lionel Jospin, que, asimismo, moderniza otros aspectos como, los derechos sucesorios de viudos y viudas, está basada en que cada hijo tiene el derecho a ser educado por su padre y por su madre, con independencia de la situación familiar. De esta forma se suprime el derecho de visita por entender que padre y madre tienen el derecho y el deber de mantener relaciones personales con el o los hijos.

Esta iniciativa constituyó, sin duda, un paso agigantado en medio de los regímenes de divorcio. Sin embargo la Asociación Francesa SOS PAPA ha visto en ella algunas fisuras, especialmente en los casos de poca voluntad conciliadora o excesiva hostilidad de las parejas (o de uno de sus miembros). Esta asociación, lamentó que no se hubieran previsto aspectos como los secuestros o huidas con los niños antes emprenderse cualquier acción judicial, además de que no se impusiera a las partes una seria obligación de negociación, conciliación o mediación ni se distinga entre los progenitores, cuál es el que obstaculiza toda conciliación, entre otras observaciones.

Estas observaciones si se comparan con la reciente reforma en México, podríamos decir, que aquella situación en cuanto a la hostilidad que se presenta entre los progenitores, de cierta forma está prevista, puesto que al incluir dicha figura en la legislación nacional, lo que se trata de evitar es precisamente, que la custodia de los menores sea el principal punto de disputa entre los padres.

En cuanto a los secuestros de los menores antes de iniciar algún procedimiento judicial, no se estableció ninguna medida preventiva en la reforma objeto de este estudio, tal y como se tratará más adelante, puesto que de la lectura de las recientes modificaciones a la legislación penal, se advierte que el legislador solo incluyó penas

más severas para aquellos progenitores que impidan el ejercicio de la Patria Potestad o Custodia de los menores.

Retomando la legislación Francesa, a continuación se presentan algunos de los fragmentos que se han considerado más significativos de dicha propuesta:

“REFORMA DE LA AUTORIDAD PARENTAL

Refundar, renovar y sostener la autoridad de los padres

Objetivo

Ultimar con la Ministra de Justicia, Marylise Lebranchu, el proyecto de reforma legislativa del derecho de familia y preparar medidas reglamentarias prácticas para la próxima conferencia de la familia en junio próximo.

Los cuatro principios:

Afirmar el fundamento de la noción de autoridad otorgándole todo su sentido (refundar).

Ejercer en común la autoridad parental, en condiciones igualitarias entre el padre y la madre (coparentalidad) y, consecuentemente, consolidar la función de los padres y la función paterna (renovar y sostener).

Definir un derecho común a todos los niños, con independencia de que sus padres vivan juntos o estén divorciados, y sean o no casados, a fin de estabilizar la filiación (renovar).

Ayudar a las familias más necesitadas (sostener): grupo de trabajo sobre familia y

pobreza; ya que las familias pobres no son pobres familias y los padres deben ejercer su responsabilidad con la misma dignidad y su autoridad con la misma eficacia.

[...]

Decisiones sobre las medidas concretas que se examinarán en la próxima Conferencia de la Familia.

[...]

II - Igualar la responsabilidad parental entre el padre y la madre y, por tanto, consolidar la función paterna y revalorizar el papel de los padres.

Un adolescente de cada cuatro vive con uno solo de sus padres y, la mayor parte de ellos, no tiene contacto educativo con el padre.

Una pensión alimenticia de cada cinco queda sin pagar, y el sentimiento de marginación del padre tiene mucho que ver con ese hecho. Mejorando un aspecto, se mejorará el otro.

Debe darse prioridad a los acuerdos amistosos entre el padre la madre, sobre todo en lo que respecta a la organización de la custodia y a la función de terceros.

En consecuencia, es preciso:

1 - En cuanto a la reforma del derecho de familia (anteproyecto de ley):

Armonizar las reglas aplicables a todos los padres, y suprimir la condición de comunidad de vida para que los padres no casados puedan ejercer la autoridad parental

Introducir en el Código Civil la posibilidad de la custodia alterna de los niños en caso de divorcio;

Facilitar el acceso de las parejas al juez de familia para homologar los acuerdos que ambos miembros de la pareja establezcan entre ellos, con independencia de que estén o no casados;

2 - Medidas concretas de coparentalidad

Crear un libro de paternidad, en el momento en que la madre recibe su documento de maternidad [...];

Estudiar la posibilidad de establecer un permiso de paternidad, ya que estudios suecos han demostrado la presencia de vínculos más fuertes en los padres que se han ocupado del bebé;

Desarrollar la mediación familiar para evitar conflictos al niño;

Ayudar a los padres antes del nacimiento y durante el primer año: prevenir las separaciones debidas a la llegada del niño [...];

Igualdad de ambos padres respecto de la escolaridad de sus hijos: ficha informativa con ambas direcciones, boletines de notas, procedimientos disciplinarios, orientación, derecho de voto [...]

Doble libro de familia, para que el padre divorciado que no tenga la custodia no se vea privado de toda documentación relativa a su hijo;
[...].

4 - Coparentalidad e igualdad hombre-mujer

Situación actual

El ejercicio de la función parental no puede considerarse con independencia de las cuestiones de igualdad, igualdad social e igualdad entre los sexos.

[...]

Promover una coparentalidad es permitir a los padres y a las madres el establecimiento de un equilibrio entre la vida profesional, la vida familiar y la vida social.

La consideración de la vida familiar en la organización del tiempo profesional debe afectar tanto a los hombres como a las mujeres.

[...]

Por motivos culturales, la paternidad sigue estando poco amparada en la vida profesional: las encuestas demuestran que el 20% de los hombres, sobre todo los padres jóvenes, desearían ejercer más sus responsabilidades familiares en comparación con sus responsabilidades profesionales.

La "custodia alterna"

Situación actual

Tras haber sido desprestigiada en nombre del interés del niño, la fórmula del reparto del tiempo del niño entre sus dos padres a partes iguales, según un ritmo general de semanas alternas, se reconoce hoy tan válida para responder a las necesidades del niño como las fórmulas más clásicas del reparto del tiempo entre días laborables y fines de semana.

[...]

A partir de la ley de 1993, el juez fija la residencia habitual del niño "si no existe acuerdo entre los padres". Ambos padres conservan el ejercicio de la patria potestad, es decir, cada uno conserva "el derecho y el deber de custodia", que es uno de los atributos de la patria potestad.

[...]

Propuestas

[...]

La palabra "custodia" define a la vez el derecho y el deber de un padre de mantener al hijo en su hogar familiar, así como el derecho y el deber de ese padre de atender las necesidades de su hijo y prodigarle los cuidados que necesite cada día.

La separación conlleva necesariamente una alternancia de la custodia, ya que el niño debe repartir su tiempo entre ambos padres, con independencia del modo de alternancia establecido.

En ese sentido, no se puede ya hablar de un padre custodio y un padre no custodio: cuando se fija una residencia habitual en el domicilio de uno de ellos, éste es el padre que aloja a título principal al niño, modalidad de repartición del tiempo del niño que no tiene ningún efecto jurídico.

[...]

La fijación de las pensiones alimenticias

Situación actual

La contribución al mantenimiento y la educación del niño es una obligación que incumbe a ambos padres, una vez establecida la filiación.

El carácter de orden público de esta obligación no impide una repartición amistosa de su cumplimiento entre los progenitores separados.

La fijación de la cuantía de las pensiones alimenticias origina importantes y costosos contenciosos. [...]. Cada año, unos 40.000 procedimientos resultantes del divorcio se refieren únicamente a la cuestión de la pensión alimenticia, con intervención de abogados como asistencia jurídica en el 40% de esos procedimientos.

[...]

Propuestas

Definir indicativos simples basados en los ingresos del deudor de la pensión, así como en las situaciones que justifiquen un aumento o una disminución respecto de esos mismos, tomando como base, por ejemplo, el mecanismo puesto en funcionamiento en el Canadá en 1996. [...]

Reexaminar las normas del derecho fiscal aplicables a las pensiones alimenticias.

17-Prevenir las dificultades de alojamiento del padre no custodio

[...]

Se trata por tanto de:

Favorecer el acceso a la vivienda social del padre "no custodio" para permitirle acoger a sus hijos en buenas condiciones;

Promover la creación de lugares de acogida donde los padres no custodios en situación precaria puedan recibir a sus hijos durante el fin de semana y las vacaciones escolares.” (Custodia Compartida, año 2004, julio, disponible en www.anuhe.com.ar/articulos/page2.html)

En alguno de los debates parlamentarios que se sostuvieron en Francia, se habló de la importancia de la custodia alterna, manifestándose la preocupación en general por la homologación de los derechos de los padres en beneficio de los hijos con el objeto de garantizar el derecho de todo niño a ser educado y protegido por sus padres con respeto a su persona debiendo tener fuerza de ley, es por ello de suma importancia esta ley y de ahí el paso tan grande que constituyó la misma.

Asimismo se hablaba del principio de que el padre y la madre deben mantener relaciones personales con el niño y respetar sus vínculos con el otro progenitor; ya que la custodia alterna, constituiría sin duda, un progreso, tanto en el reconocimiento de la igualdad entre padre y la madre como del interés del menor.

Estas consideraciones se fundaron en los principios de respeto la vida privada y no discriminación reconocidos por la Convención Europea de los Derechos del Hombre, y ponen igualmente de relieve el derecho de los niños a ser criados por sus dos padres, consagrado por la Convención de los Derechos del Niño del 29 de enero de 1990, cuyo artículo 18 fórmula el principio según el cual "ambos padres tienen responsabilidades comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño”.

Dicha Convención además contempla el hecho de que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

(Convención sobre los Derechos del Niño, año 2005, enero, disponible en [www,un.org.com](http://www.un.org.com))

Finalmente y tras un año de lecturas sucesivas en la Asamblea y el Senado franceses, la nueva Ley sobre la autoridad parental entró en vigor el 5 de marzo de 2002, estableciendo como disposiciones más innovadoras, las siguientes:

- La desaparición del concepto de “custodia” y el ejercicio común de la patria potestad;
- La prioridad concedida al convenio presentado por los padres y, en caso de desacuerdo de éstos, a las fórmulas de mediación (a instancias del propio tribunal);
- La posibilidad de fijar la residencia del niño en el domicilio de cada uno de los progenitores, con carácter alternativo, o en el domicilio de uno de ellos;
- En caso de desacuerdo entre los padres respecto del modo de residencia del niño, el establecimiento de la residencia alterna del niño durante un plazo determinado o con carácter definitivo.

2.3.3. Estados Unidos de América

En Estados Unidos de América, la custodia compartida o shared custody ha ganado terreno, hasta el punto de ser ya la fórmula adoptada como presunción inicial en casi todas las legislaciones sobre divorcio de los distintos estados. Al respecto y de acuerdo con esta legislación se deben distinguir dos formas de custodia compartida, de la siguiente forma:

- *Custodia legal conjunta*: en la cual los padres comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al niño, además suele acompañarse de un régimen amplio de convivencia.

- *Custodia física conjunta*: significa que los padres comparten el tiempo de residencia con el niño, aunque los períodos de convivencia no tengan forzosamente la misma duración. “En general, se considera el 35% del tiempo como umbral mínimo de convivencia del progenitor que menos tiempo pasa con el niño, siendo frecuentes los repartos al 50%.” (Custodia Compartida, 2003, octubre, disponible en www.consumer.es/web/es/especiales/2003/10/08/66380.php)

La custodia legal conjunta ha sido adoptada por prácticamente la totalidad de los Estados, y la custodia física conjunta es la fórmula considerada a priori como más idónea por la mayoría de las legislaciones. Por otra parte, tanto la inmensa mayoría de los estatutos y legislaciones de divorcio, como la Ley Uniforme sobre Jurisdicción y Aplicación de la Custodia de Niños, recomiendan el contacto asiduo y significativo del niño con ambos padres tras la separación o el divorcio.

“En 1995 el Centro Nacional de Estadísticas Sanitarias estableció los porcentajes de custodias físicas maternas, paternas y conjuntas asignadas judicialmente en 1989 y 1990 sobre la base de 19 estados, estos resultados mostraban grandes diferencias en los porcentajes de custodia física conjunta según las distintas legislaciones; sin embargo cabe destacar que, ya en 1990, los porcentajes de custodia física conjunta habían aumentado respecto del año anterior y se situaban entre el 30% y el 50% en algunos estados como Connecticut, Idaho, Kansas, Montana y Rhode Island”. (Custodia Compartida, 2003, octubre, disponible en www.consumer.es/web/es/especiales/2003/10/08/66380.php)

Además de la instauración de la custodia conjunta, en esta política se plasmó también el denominado *principio del progenitor más generoso*, según el cual, en los casos en que se haya de otorgar la custodia en exclusiva, será factor determinante para asignarla a uno u otro de los padres la capacidad respectiva que cada uno de ellos muestre para favorecer el contacto significativo y continuo del niño con el otro progenitor.

Algunos ejemplos de la figura de la custodia conjunta a la legislación en Estados Unidos de América son los siguientes:

a) California

(California Family Code)

[...]

3002. Por "custodia conjunta" se entenderá la custodia física conjunta y la custodia legal conjunta.

3003. Por "custodia legal conjunta" se entenderá que ambos padres compartirán el derecho y la responsabilidad de adoptar las decisiones relativas a la salud, la educación y el bienestar del niño.

3004. Por "custodia física conjunta" se entenderá que cada uno de los padres tendrá períodos significativos de custodia física. La custodia física conjunta será compartida por los padres de tal forma que se garantice al niño un contacto frecuente y continuo con ambos padres, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 3011 y 3020.

[...]

3020. b) El poder legislativo considera y declara que es política pública de este estado garantizar a los hijos el contacto frecuente y continuo con ambos padres tras la

separación de éstos o la ruptura de su matrimonio, o tras el final de su relación, y alentar a los padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de los hijos para llevar a efecto esta política, excepto si ese contacto no es compatible con el mejor interés del niño, con arreglo a lo previsto en el artículo 3011.

[...]

3040. a) La custodia deberá concederse por el siguiente orden de preferencia, según el mejor interés del niño tal como se prevé en los artículos 3011 y 3020:

1) A ambos padres conjuntamente, con arreglo al dispuesto en el capítulo 4 (a partir del artículo 3080), o a cualquiera de ellos. Al dictar una orden de concesión de la custodia a uno de los padres, el tribunal deberá tener en cuenta, entre otros factores, cuál de los dos padres permitirá, con mayor probabilidad, el contacto frecuente y continuo del niño con el progenitor no custodio, de conformidad con los artículos 3011 y 3020, y no dará preferencia a uno de los padres como custodio por razón de su sexo. El tribunal puede, si lo considera oportuno, pedir a los padres que presenten un plan para la aplicación de la sentencia de custodia.

[...]

3080. Existe la presunción, salvo prueba en contrario, de que la custodia conjunta coincide con el mejor interés del niño, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 3011, siempre que los padres hayan llegado a un acuerdo de custodia conjunta o así lo acuerden en audiencia pública celebrada para determinar la custodia del niño.

[...]

3082. Cuando se apruebe o se deniegue una solicitud de custodia conjunta, el tribunal hará constar en su decisión, a petición de cualquiera de las partes, las razones para aprobar o denegar la solicitud de custodia. Una declaración de que la custodia física conjunta coincide, o no coincide, con el mejor interés del niño no es suficiente para satisfacer los requisitos del presente artículo. “ (Custodia Compartida, año 2005, enero, disponible en www.es.geocities.com/apinach/estudios.htm)

b) Florida

(Florida Statutes Annotated)

61.121. Custodia alterna. El tribunal podrá ordenar la custodia alterna si considera que coincide con el mejor interés del niño.

61.13. [...] Es política pública de este estado asegurar que cada hijo menor de edad tenga contacto frecuente y continuo con ambos padres tras la separación de éstos o la ruptura de su matrimonio, y alentar a los padres a compartir los derechos y responsabilidades, así como las satisfacciones, de la crianza de los hijos. Tras el examen de todos los datos pertinentes, se otorgará al padre la misma consideración que a la madre al determinar la residencia primaria del niño, con independencia de la edad o del sexo del niño.

[...]

Al ordenar la compartición de la responsabilidad parental, el tribunal podrá tener en cuenta los deseos expresados por los padres y conceder a una de las partes la responsabilidad final de determinados aspectos del bienestar del niño, o podrá dividir esa responsabilidad entre las partes sobre la base del mejor interés del niño. Entre los aspectos de responsabilidad, podrá incluirse la residencia primaria, la educación, la atención médica y odontológica y otras responsabilidades que el tribunal considere exclusivas de una familia determinada.

[...]

A efecto de compartición de la responsabilidad parental y atribución de la residencia primaria, el mejor interés del niño comprenderá una evaluación de todos los factores que afecten al bienestar y los intereses del niño, en particular los siguientes:

a) La mayor probabilidad de que uno de los padres permita al niño mantener un

contacto frecuente y continuo con el progenitor no residente.

b) La capacidad y disposición de los padres a proporcionar al niño alimentos, vestido, asistencia médica y otros cuidados terapéuticos reconocidos y permitidos por las leyes de este estado como sustitutivos de la asistencia médica, y atender sus restantes necesidades materiales. [...].

j) La buena disposición y capacidad que cada uno de los padres para facilitar y fomentar una estrecha y constante relación familiar entre el niño y el otro progenitor.

k) Los indicios de que cualquiera de las partes ha facilitado al tribunal, a sabiendas, información falsa en relación con un procedimiento sobre violencia doméstica de conformidad con el artículo 741.30. “ (Custodia Compartida, año 2005, enero, disponible en www.es.geocities.com/apinach/estudios.htm)

c) Michigan

[Child Custody Act]

[...]

722.26a Custodia conjunta

Sec. 6a. 1) En los litigios entre padres en relación con la custodia, se recomendará a los padres la adopción de la custodia conjunta. Si cualquiera de los padres lo solicita, el tribunal examinará la concesión de la custodia conjunta, y expondrá en su sentencia las razones para otorgar o denegar la solicitud. [...]

2) Si los padres están de acuerdo respecto de la custodia conjunta, el tribunal concederá la custodia conjunta, a menos que determine en su sentencia, sobre la base de pruebas claras y convincentes, que la custodia conjunta no coincide con el mejor

interés del niño.

3) Si concede la custodia conjunta, el tribunal podrá incluir en su dictamen una declaración respecto del tiempo de residencia del niño con cada uno de los padres, o podrá establecer que los dos progenitores compartan la custodia física de forma que se asegure al niño el contacto continuo con ambos.

7) A los efectos del presente artículo, se entenderá por "custodia conjunta" una orden del tribunal en la que se establezca una de las siguientes disposiciones o ambas:

Que el niño residirá de forma alterna durante períodos concretos con cada uno de los padres.

Que los padres compartirán la autoridad para tomar decisiones importantes que afecten al bienestar del niño. “(Custodia Compartida, año 2005, enero, disponible en www.es.geocities.com/apinach/estudios.htm)

Si se relacionan las diversas legislaciones de Estados Unidos de América con la Legislación Nacional, existen dos puntos que destacan y que podemos analizar; el primero de ellos, consiste en la diferenciación que se realiza en las diferentes legislaciones de los Estados de Estados Unidos de América en cuanto a la Custodia Física y la Custodia Legal, pues de dicha diferenciación también está hecha por la Legislación Nacional aunque con otras denominaciones.

Es decir, la Custodia Legal se presenta cuando ambos padres comparten el derecho y la responsabilidad de adoptar las decisiones relativas a la salud, la educación, el bienestar del niño, entre otras cosas, conocida por la Legislación

Nacional como Patria Potestad; y la Custodia Física se presenta cuando cada uno de los padres tiene períodos significativos de convivencia con los menores, es decir, mantienen un contacto frecuente y continuo, llamada en México como Guarda y Custodia.

El segundo punto y el más significativo desde el punto de vista del objeto de estudio del presente trabajo es, que al igual que la Legislación Francesa, a través de la figura de la custodia compartida, se tutelan los derechos de los menores, tratando de establecer como prioridad el mejor interés de éstos, además de que en todo momento se salvaguardan sus necesidades y derechos, adicionado por la garantía de equilibrar los derechos de los progenitores en relación con sus hijos.

2.3.4. Argentina

Otro de los ejemplos que respecto a legislación comparada en materia de Custodia Compartida se toma en cuenta, es en Argentina, en donde los jueces no han legislado en esta materia, sólo han sentenciado a través de la interpretación de las leyes que están vigentes, casos en los que se ha establecido que como la tenencia post-conyugal es monoparental, la ley sólo piensa en que los menores deben de convivir con un progenitor luego del divorcio.

Jurisprudencialmente, la idoneidad en Argentina, los jueces la establecen basándose en el dogma jurídico que la madre está naturalmente más predispuesta para criar a sus hijos. Y como agravante, no pueden sentenciar de oficio tenencias compartidas. Todas estas consideraciones configuran un panorama devastador para el padre que desea seguir criando a sus hijos luego de un divorcio, pues la tenencia compartida existe sólo por vía de acuerdos de partes que adquieren fuerza de sentencia una vez aprobado por un Juez.

Este acuerdo implica que los ex-cónyuges han llegado a un convenio que ha sido aprobado ante un juez, quien previamente lo hace ver por otros funcionarios judiciales como los Asesores de Menores, quienes dan sus dictámenes. Si las partes acuerdan privadamente, es decir, sin presentarse un juzgado, también puede establecerse una tenencia compartida bajo la doctrina de los actos propios.

Otra forma de lograr una tenencia compartida sin acuerdo de las partes, es iniciar un largo litigio por la tenencia y lograr que en el proceso no haya fallos provisorios a favor de una de las partes. Durante ese proceso la tenencia será compartida al no haber sentencias explícitas hacia una de las partes.

Como ejemplo de lo anteriormente expuesto se ha dado el caso de que un Tribunal de Apelación argentino basándose en la Convención sobre los Derechos del Niño ha dictado una sentencia a favor de la custodia compartida, pese a no estar prevista en la legislación, esta sentencia fue dictada por la Dra. Zulema Wilde, Presidenta de la Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires, a la que se adhirieron la Dra. Brilla de Serrat y el Dr. Zaccheo, magistrados de esa Sala, en la que se adopta un enfoque innovador que ha sentado jurisprudencia en Argentina en materia de Custodia Compartida. Según esa sentencia, el hecho de que la ley no establezca la custodia compartida no debe interpretarse en el sentido de que está prohibida. En consecuencia, ante ese vacío legal, el tribunal se basó en las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en ese país tienen jerarquía constitucional.

La sentencia fue respuesta del recurso de apelación interpuesto contra una sentencia anterior en que se había denegado la custodia compartida, solicitada de mutuo acuerdo de los padres. En esa sentencia en primera instancia, el tribunal había concedido la custodia (tenencia) en exclusividad a la madre, sobre la base de la

legislación vigente y del dictamen del asesor de menores.

En resumen, en esa sentencia se hace prevalecer lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño frente a los vacíos legales y las rutinas procesales, estableciéndose como principales puntos los siguientes:

1. La jerarquía constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño prevalece sobre las disposiciones que vulneren, desconozcan, restrinjan o contradigan los derechos de la infancia.
2. El Código Civil otorga a ambos padres la patria potestad, considerada como conjunto de deberes y derechos.
3. No existe medio más bondadoso de ejercicio de la patria potestad que su desempeño en forma conjunta, aunque en algunos supuestos se requiera una debida adecuación a las particularidades de cada caso.
4. Si la patria potestad se articuló en la ley sobre la base de conferirla a ambos padres, la jerarquía que tiene este principio no debe desvirtuarse por una interpretación no acorde con él.
5. La ley no prohíbe la tenencia conjunta, sencillamente no la legisla. Pero la ausencia de normas no permite olvidar que los niños necesitan siempre a ambos padres.
6. Aunque se creyera que el Código Civil impide otorgar la tenencia conjunta, lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño debe prevalecer en caso de que tal tipo de tenencia constituya la opción que más respete el interés superior del niño.
7. Es indudable que, en caso de divorcio, un niño necesita continuar el contacto que tenía con ambos padres.

En este punto, se pone a la vista, que todas las legislaciones que se han

analizado a lo largo de este capítulo, buscan tutelar los intereses y satisfacer las necesidades de los menores, en ese sentido, han incluido en sus legislaciones la figura de la custodia compartida, pues el continuar de manera constante con la convivencia de los hijos y ambos progenitores, impulsa el normal desarrollo de los menores y es igualmente benéfico para los padres.

CAPÍTULO III
ANÁLISIS A LA REFORMA DE DIVERSAS DISPOSICIONES
EN MATERIA CIVIL Y PENAL EN EL DISTRITO FEDERAL
EN MATERIA DE GUARDA Y CUSTODIA DE LOS
MENORES.

3.1. Problemática en la Actualidad.

Tras décadas de aplicación de la custodia monoparental y los procesos de divorcio, en nuestro entorno cultural la incorporación de las mujeres al mundo laboral, las políticas de igualdad de oportunidades, entre otros factores, han hecho que las relaciones parentales hayan sufrido un profundo cambio, así como en las consecuencias de la educación de los menores tras la separación y/o divorcio de sus progenitores.

Cambios que en cierta forma significaron la pérdida de ciertos privilegios para los hombres, dando como resultado la existencia de una tendencia más cultural que legal, de otorgar el cuidado cotidiano de los hijos a las madres, convirtiéndose ésta cuestión en el centro de la disputa durante y después del procedimiento de divorcio, es decir, la tenencia de los menores.

“Lo que dio lugar a diversas problemáticas de carácter jurídico, familiar y social entre los progenitores que tratando de ejercer sus derechos como padres, reclamaban y reclaman la custodia de los menores, a través de la creación de diversas organizaciones con la finalidad de que sus voces fueran escuchadas, con la finalidad de obtener un equilibrio entre los padres”. (Custodia Compartida, año 2004, agosto, disponible en <http://www.cimacnoticias.com/noticias/04jul/04070816.html>.)

Dicha situación, se encuentra demostrada a través de las siguientes gráficas en las que se muestra tanto la relación matrimonios – divorcios que en la práctica se dan, así como las causas que lo provocan y en consecuencia, la tendencia de los criterios utilizados por los diferentes jueces en la resolución de los mismos.

De acuerdo con datos estadísticos del INEGI, se calcula lo siguiente:

Tabla 3.1. Índice de Celebración de Matrimonios Civiles.

(Matrimonios civiles por 1000 habitantes) Año	Tasa bruta de nupcialidad
1970	7.0
1980	7.1
1990	7.8
2000	7.0
2001	6.5
2002	6.0
2003	5.6

FUENTE: **INEGI**. *Estadísticas de Nupcialidad*.

CONAPO. www.conapo.gob.mx (18 de noviembre de 2004).

Tabla 3.2. Índice de Divorcios

(Por 100 matrimonios) Año	Relación divorcios – matrimonios
1970	3.2
1980	4.4
1990	7.2
2000	7.4
2001	8.6
2002	9.8
2003	11.0

FUENTE: Para 1971 y 1980: **INEGI**.

Para 1990 a 2003: **INEGI**. *Estadísticas de Nupcialidad*.

Tabla 3.3. Causas, Solicitud y Resolución del Divorcio

Causas de divorcio	Persona que lo solicita				A favor de quien se resuelve				
	Total	Hombre	Mujer	Ambos	Total	Hombre	Mujer	Ambos	
2001									
Total	100	11.2	18.7	70.1	100	11.1	18.6	70.3	
Mutuo consentimiento	100	<u>NA</u>	<u>NA</u>	100.0	100	<u>NA</u>	<u>NA</u>	100.0	
Separación del hogar conyugal ^a	100	42.5	57.5	<u>NA</u>	100	42.6	57.4	<u>NA</u>	
Abandono del hogar sin causa justificada	100	40.7	59.3	<u>NA</u>	100	40.7	59.3	<u>NA</u>	
Negativa a contribuir voluntariamente al sostenimiento del hogar	100	4.9	95.1	<u>NA</u>	100	4.9	95.1	<u>NA</u>	
Sevicia, amenazas e injurias	100	21.9	78.1	<u>NA</u>	100	21.9	78.1	<u>NA</u>	
Incompatibilidad de caracteres	100	43.2	56.8	<u>NA</u>	100	42.1	57.9	<u>NA</u>	
Adulterio	100	40.7	59.3	<u>NA</u>	100	40.5	59.5	<u>NA</u>	
Otras causas ^b	100	20.7	79.3	<u>NA</u>	100	21.0	79.0	<u>NA</u>	
2002									
Total	100	11.3	18.1	70.7	100	11.2	18.0	70.8	
Mutuo consentimiento	100	<u>NA</u>	<u>NA</u>	100.0	100	<u>NA</u>	<u>NA</u>	100.0	
Separación del hogar conyugal ^a	100		43.9	56.1	<u>NA</u>	100	44.0	56.0	<u>NA</u>

Abandono del hogar sin causa justificada	100	39.7	60.3	<u>NA</u>	100	39.6	60.4	<u>NA</u>
Negativa a contribuir voluntariamente al sostenimiento del hogar	100	6.2	93.8	<u>NA</u>	100	6.2	93.8	<u>NA</u>
Sevicia, amenazas e injurias	100	20.2	79.8	<u>NA</u>	100	20.0	80.0	<u>NA</u>
Incompatibilidad de caracteres	100	48.4	51.6	<u>NA</u>	100	49.0	51.0	<u>NA</u>
Adulterio	100	42.4	57.6	<u>NA</u>	100	42.2	57.8	<u>NA</u>
Otras causas ^b	100	21.2	78.8	<u>NA</u>	100	21.5	78.5	<u>NA</u>
2003								
Total	100	10.8	17.7	71.5	100	10.7	17.6	71.7
Mutuo consentimiento	100	<u>NA</u>	<u>NA</u>	100.0	100	<u>NA</u>	<u>NA</u>	100.0
Separación del hogar conyugal ^a	100	44.5	55.5	<u>NA</u>	100	44.4	55.6	<u>NA</u>
Abandono del hogar sin causa justificada	100	38.0	62.0	<u>NA</u>	100	37.9	62.1	<u>NA</u>
Negativa a contribuir voluntariamente al sostenimiento del hogar	100	6.4	93.6	<u>NA</u>	100	6.3	93.7	<u>NA</u>
Sevicia, amenazas e injurias	100	18.2	81.8	<u>NA</u>	100	18.0	82.0	<u>NA</u>

Incompatibilidad de caracteres	100	34.4	65.6	NA	100	34.2	65.8	NA
Adulterio	100	37.6	62.4	NA	100	38.1	61.9	NA
Otras causas ^b	100	18.9	81.1	NA	100	19.1	80.9	NA

NOTA: Excluye el no especificado según persona que lo solicita y a favor de quien se resuelve.

^a Incluye: separación del hogar conyugal por causa que justifique el divorcio y la separación de los cónyuges por dos años o más, independientemente del motivo.

^b Incluye: alumbramiento ilegítimo; propuesta de prostitución; incitación a la violencia; corrupción y maltrato a los hijos; enfermedad crónica o incurable y la impotencia incurable; enajenación mental incurable; declaración de ausencia o presunción de muerte; acusación calumniosa; haber cometido algún delito infamante; hábitos de juego, embriaguez, drogas; cometer acto delictivo contra el cónyuge; la bigamia; y cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado.

NA No aplicable.

FUENTE: **INEGI**. *Estadísticas de Nupcialidad*.

De esta forma se resalta que en México, concretamente en el Distrito Federal, las leyes que se tenían vigentes, y aplicaban a las diferentes crisis matrimoniales, a las rupturas familiares tras la separación y a los divorcios de las parejas, seguían la tendencia que se menciona desde el inicio del capítulo de este trabajo, es decir, los jueces otorgaban estas atribuciones a la madre por considerarla más capacitada en relación con el padre para el cuidado y la atención de los menores, creando con ello, una desigualdad entre la atribución de responsabilidades de los padres con respecto de sus hijos, así como el descontento al considerarse lesionados los derechos de algunos, entre ellos los de los propios menores, no dando respuestas a los problemática que se presenta en la sociedad.

Al respecto, y de acuerdo con “información obtenida del Movimiento de Padres en Defensa de su Paternidad y de acuerdo al informe del año 2003 del Centro de Convivencia Familiar Supervisada, se registraron 25 mil 728 convivencias, de las cuales sólo 7 mil 730 se llevaron a cabo, lo que representa el 30 por ciento del total, esto por la oposición de quien cuenta con la custodia, sin embargo, esta cifra significa un aumento de un 52 por ciento respecto al año anterior.

En otra modalidad de convivencia, de entregas y regresos de los infantes, el estudio destaca que se programaron 8 mil 524, habiéndose realizado únicamente 2 mil 633 es decir, que representa un 70 por ciento de incumplimientos”. (Custodia Compartida, reformas, año 2004, agosto, disponible en www.asambleadf.gob.mx)

3.2. Objetivos de la Reforma en materia de Custodia Compartida

Actualmente con la reciente modificación que se realizó a la legislación civil vigente en el Distrito Federal, se introdujo la figura jurídica de la custodia compartida, con la finalidad de que las parejas divorciadas no se nieguen a cumplir con el derecho de convivencia entre los padres e hijos.

Con esta nueva figura de la custodia compartida, y de acuerdo con los objetivos que fueron descritos durante la Sesión Extraordinaria celebrada en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en fecha 29 de julio del año 2004, misma que se encuentra en el presente trabajo como el único Anexo, todos los menores cuyos procesos en los que se encuentren involucrados y se tramiten en el Distrito Federal podrán, tener una convivencia de manera íntegra, sana y afectiva, a pesar de que el matrimonio de sus padres o cualquiera que sea la relación de pareja fracase, y se derive de una separación de los menores con sus padres, convirtiéndose en el centro de la disputa la custodia de los mismos.

Con estos antecedentes así como el hecho de que legislación del Distrito Federal se haya visto rebasada por la necesidad jurídica tanto de la contraparte como del juez para hacer cumplimentar las resoluciones, se introdujo esta nueva figura a la legislación mexicana.

Otros datos determinados por el propio Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, reflejan que tan sólo parejas que están unidas en matrimonio y cuentan con alguna controversia en materia de lo familiar, en donde existen menores, se tienen contempladas 16 mil casos. Cifra a la que se le debe sumar los 20 mil divorcios por año en donde se pelean tanto custodias como pensiones alimenticias.

“Se calcula que los niños afectados por estos números de controversias alcanzan los 100 mil; menores a los que se pretende beneficiar con la reciente introducción de la custodia compartida en el Derecho Civil”. (Custodia Compartida, año 2004, diciembre, disponible en www.anuhe.com.ar/articulos/page2.html)

Así ésta reforma, tuvo como finalidad, el mantener el equilibrio entre los derechos de los progenitores para con ello lograr iguales beneficios, sin que por ello se siguiera una tendencia misógina, implicando ello un gran avance en materia Familiar en la legislación Civil para el Distrito Federal y demás ordenamientos jurídicos que tengan relación con esta materia de la Custodia Compartida, y por lo tanto, influencia en la solución de dicha problemática.

3.3. Aplicación del principio de la Irretroactividad de la Ley.

La reforma objeto de estudio del presente trabajo, contiene tres Artículos Transitorios, uno de los cuales establece que una vez entrada en vigor la reciente reforma, ésta puede ser aplicada a todos aquellos juicios que se encuentren en proceso, es decir, que

deja abierta la posibilidad para que no solo sea aplicable a aquellas controversias que surjan en el futuro, sino todas aquellas que se encuentren en proceso, es decir en trámite en cualquiera de los Juzgados competentes en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Al respecto es importante mencionar, que con la introducción de este artículo Transitorio, se denota la prioridad que se trata de dar a los casos que pudieran contemplar dicha figura como solución, pero en este punto es importante resaltar la validez que dicho artículo transitorio tiene, es decir las implicaciones que de carácter jurídico tiene, esto es, si dicha norma fue promulgada con apego a las garantías que debe tener toda legislación, sobre todo, en este punto, a la garantía de legalidad que establece la Constitución Política en el artículo 14, el cual en su primer párrafo primero señala que “a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna,” (Leyes Federal y Estatales, 2005, enero, disponible en www.cddhcu.gob.mx) punto en el cual se hará una pausa para su análisis.

De acuerdo con la opinión del autor Ignacio Burgoa, “el problema de la retroactividad legal se conoce también como un conflicto de leyes en el tiempo, que se traduce en la cuestión consistente en determinar, en presencia de dos leyes, una antigua que se supone derogada o abrogada y otra nueva vigente, actual, cual de las dos debe regir a un hecho, acto, fenómeno, estado, situación, etc.” (Burgoa Orihuela, 2003, p 245)

Además de esta cuestión lógica legal, existe otra a tratar, la cual consiste en la supervivencia de la ley derogada o abrogada para regular la materia sobre la que ley vigente pretende regir.

Al respecto, el mismo autor establece que la referencia hacia el pasado de una ley actual no en todo caso se ostenta como aplicación legal retroactiva, sino solo cuando se elimina dicha supervivencia de la norma jurídica que debe seguir conservando su validez reguladora en determinadas hipótesis concretas.

“La cuestión consiste en determinar cuándo y en qué casos una ley adolece del vicio de retroactividad, es decir, cuándo y en qué casos se afecta la supervivencia temporal de una norma anterior o se afecta dicho estado jurídico.

Por lo tanto, toda ley a partir de su promulgación, rige para el futuro, esto es, está dotada de validez de regulación respecto de todos aquellos actos, hechos, situaciones, etc. que se suceden con posterioridad al momento de su vigencia, no debiéndose normar acontecimientos o estados producidos con anterioridad al instante en que adquiere fuerza de regulación, ya que éstos quedan sujetos al imperio de la ley antigua.” (Burgoa, 2003, p 246)

Tomando en cuenta lo que establece dicho autor, se considera que la afirmación de que las leyes solo deben regular aquellas cuestiones que se presenten una vez que haya entrado en vigor dichas normas, es totalmente válida y aplicable a la reforma objeto del presente estudio, toda vez que al aplicar una ley de reciente creación a procedimientos que ya se encuentren en un estado avanzado de tramitación, implicaría un retroceso y obstaculización en la resolución de los mismos, ya que la línea de razonamientos lógico – jurídicos manejados por las partes en la defensa de sus derechos podría cambiar, dando como resultado un nuevo estudio por parte de la autoridad competente para dictar una resolución apegada a la norma que fundamente los mismos, en este caso, la legislación de reciente entrada en vigor.

Esta línea de pensamiento, se encuentra además apoyada por las siguientes tesis que a continuación se transcriben, con lo que se apoya, y reafirma que las normas deben consagrar y respetar el principio de irretroactividad de las leyes:

“RETROACTIVIDAD DE LA LEY. Es principio universalmente admitido, y sancionado por la Ley Constitucional de la República, que las leyes no deben ser aplicadas sino a casos futuros y que surten sus efectos desde el día de su promulgación, salvo el caso de que la misma ley señale una fecha posterior para su observancia. “*
”

Otra tesis que sigue esta línea de pensamiento es la siguiente:

“RETROACTIVIDAD. La Constitución de 1857 establecía que no se podía expedir ninguna ley retroactiva, en tanto que la de 1917, en su artículo 14, se limita a expresar que a ninguna ley se dará efecto retroactivo, en perjuicio de persona alguna; lo cual viene a significar que la Constitución anterior, prohibía al legislador dictar disposiciones que rigieran actos ya sometidos al imperio de leyes anteriores y la Constitución de 1917, en cambio, no desconoce la facultad del legislador para dictar leyes que en sí mismas lleven efectos retroactivos, cuando así lo exija el bien social, y tiende únicamente a impedir que las autoridades apliquen las leyes con efecto retroactivo.”*
”

De la lectura de esta segunda tesis, se puede hacer la siguiente aclaración, con el estudio que se realiza de la Reforma a la Legislación Civil en el Distrito Federal y

* Amparo administrativo en revisión. Lancaster Jones Ricardo. 1o. de febrero de 1921. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Alberto M. González y Benito Flores. La publicación no menciona el nombre del ponente. No. Registro: 287,541. Tesis aislada. Materia(s):Constitucional. Quinta Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: VIII. Tesis: Página: 260

* No. Registro: 338,257. Tesis aislada. Materia(s):Constitucional, Común Quinta Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XXVII. Tesis: Página: 1015.

aquella que tuviera relación a la misma en materia de la Custodia Compartida, no se trata de establecer su inconstitucional, si no que con la introducción de ese artículo Transitorio se deja abierta la posibilidad de poder hacerla efectiva en efecto de retroactivo al ser solicitada por alguna de las partes en el proceso, situación en la que desde el punto de vista de este trabajo ya se estableció que no es correcto, además del hecho de que la autoridad competente en el conocimiento de los casos en específico no podría hacerlo.

3.4. Prevención vs. Represión de conductas en materia de Custodia Compartida

En otro de los puntos que a través de este trabajo se hacen notar a través del análisis de la presente reforma, es la tendencia que se encuentra por parte del legislador al orientar su actuar a reprimir el incumplimiento de la ley, esto es, seguir con un lineamiento punitivo en lugar de preventivo de la ley, tal y como se manifiesta en el artículo 173 de la Legislación Penal para el Distrito Federal.

Al respecto, lo que se trata de decir, es que de acuerdo con la cultura de la legalidad que hasta la fecha se sigue en nuestro país, la norma sigue siendo encaminada a la represión de todas aquellas conductas que vayan en contra de lo ya establecido, en lugar de prevenirlas, todo ello, a través de medidas cada vez más severas, por lo que no se contemplan respuestas efectivas a problemáticas que se pudieran presentar y de hecho se presentan en la actualidad, todo ello sin dejar de reconocer el avance que en esta materia representa la introducción de la figura de la Custodia Compartida.

Por lo que se sostiene a través de este trabajo que es más conveniente evitar todas aquellas conductas que pudieran ir en contra de la legislación, es decir, el fin principal de toda legislación debiera ser la prevención de conductas que menoscaben

los derechos de terceros y de esta forma conducir a los hombres al punto mayor de felicidad o al menor de infelicidad posible, sin que ello signifique el suprimir o abandonar la persecución de aquellas conductas contrarias a la ley cuando ello lo exija.

Esto es, contemplar medidas de prevención dirigidas a la población en general, a los grupos sociales en riesgo, e incluso a aquellos que se encuentran en conflictos que son previstos por la legislación civil vigente. Tendencia que debería perseguir como meta la solución real de la problemática actual, con la finalidad de obtener una convivencia armónica de la sociedad tomando en cuenta las situaciones o circunstancias que conllevan a dichas problemáticas.

Tal sería el caso de la celebración de convenios previos al matrimonio, en los que se establecen las posibles soluciones, propuestas por los propios cónyuges, a las problemáticas en caso de separación, así como cuestiones relativas a la custodia de los hijos en caso de que los haya. Dicha observación implicaría, como ya se mencionó la existencia de un convenio celebrado por los padres con la finalidad de establecer las modalidades bajo las que en cada uno de los casos se aplicaría la custodia de los menores.

3.5. Tenencia Compartida, ¿Ventaja o Desventaja?

Dentro de las principales razones por las que existen corrientes de pensamiento que se oponen a la instauración de la custodia compartida, es la vivienda de los menores, es decir, el radicar por periodos relativamente cortos de tiempo en las distintas residencias de los padres, lo que en opinión de algunos, es objeto de una difícil adaptación por parte de los menores, toda vez que las costumbres y demás hábitos pudieran ser distintos.

“De acuerdo con la opinión de la jurista Canadiense Marie Pratte, este sistema tiene ciertas desventajas, ya que si bien es cierto que la custodia compartida permite que los hijos vivan de manera alternada y en contacto directo e íntimo con sus padres, convivencia que logra mantener una confianza y afecto filial que suelen perderse durante el proceso del divorcio, también es cierto que el hijo tiene que desplazarse alternativamente, del domicilio de uno de sus progenitores al del otro, por lo que se podría opinar que no establecería una estabilidad moral pues debe cambiar periódicamente de domicilio, escuela, o incluso país, causando con ello un grave daño que se refleja en su vida”. (Coloquio sobre los derechos de la niñez, año 1990, enero, disponible en www.juridicas.unam.mx)

Además de éste, otro de los inconvenientes que se pudiera llegar a presentar la práctica de la figura de la custodia compartida es el hecho de que ambos padres deben mantener en sus respectivas casas un lugar apropiado para satisfacer las necesidades de los hijos, lo cual podría reflejarse en aspectos económicos. Así como la flexibilidad laboral con que ambos padres deben contar para no faltar a los deberes de cuidado a los que se encuentran comprometidos para con sus hijos.

Pero de acuerdo con diversos estudios que se han realizado acerca de los efectos de la custodia compartida en la relación de los menores con sus padres, la relación tan estrecha que se puede mantener los menores con ambos progenitores, tiene muchos beneficios, que no solo se van a verse reflejados en los hijos, sino que trascienden hasta los padres, quienes mantienen una relación de cordialidad, sobre todo en el aspecto del reparto de responsabilidades, algunos fragmentos de esos estudios son transcritos a continuación:

1. "Luepnitz estudia tenencias monoparentales y compartidas. Detecta que la mayoría de los chicos en tenencia monoparental están insatisfechos con la cantidad de tiempo

de visita del progenitor no conviviente, mientras que la mayoría de los que están bajo tenencia compartida parecen razonablemente felices con sus contactos y accesos a ambos padres. La calidad en general de las relaciones progenitor-hijo, se determina como mejor en la tenencia compartida. La relación del chico con el progenitor no conviviente está descrita en forma similar a una relación del chico con un tío o tía". (Luepnitz , 1980)

2. "Nunan compara 20 chicos bajo tenencia compartida (de 7 a 11 años de edad) con 20 de iguales edades en tenencia maternal exclusiva. Todas las familias tienen más de dos años de separadas. Los chicos bajo tenencia compartida fueron encontrados con un ego y un superego más potentes, y con un autoestima mayor que los chicos bajo tenencia monoparental. Los chicos bajo tenencia compartida fueron encontrados menos excitables y menos impacientes que sus contrapartes de tenencia monoparental. Para chicos de menos de cuatro años al momento de la separación las diferencias fueron menores." (Nunan, 1980)

3. "Welsh-Osga compara chicos de familias intactas con chicos en tenencia compartida y en tenencia monoparental. El rango de edades va de 4 y 1/2 a 10 años. Los chicos en tenencia compartida resultaron los más satisfechos con el tiempo que pasaban con cada uno de sus padres. Los padres en tenencia compartida resultaron ser los más involucrados con sus hijos. Los padres en tenencia compartida resultaron menos desbordados por sus responsabilidades parentales que los que detentan tenencia monoparental. Los chicos de los 4 grupos (familias intactas, tenencia materna, tenencia paterna y tenencia compartida) resultaron estar igualmente bien adaptados según varias mediciones estándares efectuadas". (Welsh-Osga, 1981)

4. "Análisis de las investigaciones emprendidas durante el decenio de 1990 respecto de los efectos del divorcio en la adaptación de los niños. En relación con la custodia y

el régimen de visitas, señala que la actitud de la madre determina sustancialmente la eficacia de la participación paterna tras el divorcio. La custodia conjunta da lugar a mejores resultados en el desarrollo del niño, en general. Los hijos de divorciados que mantienen contacto asiduo con su padre obtienen mejores resultados escolares. Se ha demostrado la eficacia de los programas de educación de los padres para el divorcio, así como de mediación familiar, a fin de lograr menos situaciones conflictivas que afecten a los niños”. (Kelly, 2000)

5. “Estudio comparativo de situaciones de custodia monoparental y custodia compartida. La mayoría de los hijos en situación de custodia monoparental consideraron insuficiente el tiempo de convivencia con el progenitor no custodio, mientras que los niños en situación de custodia compartida se mostraron satisfechos con la frecuencia de la relación con ambos progenitores. También se constató una mejor relación de los hijos con sus progenitores en situaciones de custodia compartida”. (Luepnitz, 1980)

Otro de los puntos que se hace notar a través de este trabajo, de la lectura de esta reforma es que la viabilidad de la aplicación de la custodia compartida dependería de que los dos padres están presentes y sean capaces de asumir el cuidado de los hijos, ya que la idoneidad de cada uno no es discutida, sino reconocida, de igual forma el juzgador podría conceder la custodia conjunta o compartida a los padres, teniéndola incluso a ésta como la primera opción a aplicar.

De esta forma ambos padres se mantienen educando activamente a los menores, no quedando ninguno de los dos restringido, ni alejado de los hijos, y con ello fomentando la convivencia.

Otra de las ventajas a las que se puede concluir con la introducción de esta figura, es la equiparación de los padres en cuanto al tiempo libre para la organización de su vida personal y profesional, ya que no queda a uno sólo de ellos toda la carga de la educación de los menores. Asimismo se comparten gastos de manutención, de esta forma ninguno de los progenitores podría desentenderse de los menores. Por lo tanto, es indudable que la cooperación es uno de los principales valores que se fomentarían a través de la práctica de esta figura jurídica, todo ello en beneficio de los menores.

Asimismo este sistema, el cual ha sido puesto en práctica en diversos países, evita que a uno de los progenitores se le prive de ejercer la autoridad paternal.

Por lo que tomando en cuenta los diversos estudios realizados acerca de las ventajas y desventajas que pudiera llegar a tener esta figura, y atendiendo a las necesidades propias de los menores y de los progenitores, esta reforma espera, y no de forma ideal, dar una solución a las diversas problemáticas que se presentan en la vida diaria y que además constituye un gran paso en el camino de la salvaguarda de los derechos de los padres y el respeto de las necesidades de los menores.

CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo se estudiaron varios puntos, tomando como partida realizar una revisión a través de los distintos conceptos que los doctrinarios han establecido con respecto a la definición de las figuras de la Guarda y Custodia, Patria Potestad y Custodia Compartida, con el objeto de iniciar con un panorama en el que quedaran claros los conceptos de dichas figuras jurídicas que a lo largo de todo este trabajo se manejan.

En un sentido amplio, y como ha quedado manifestado en capítulos anteriores, la *Guarda* del hijo comprende todos los derechos que se ejercen sobre su persona, y en sentido estricto comprende especialmente el derecho de retener al hijo en el lugar escogido por los padres

La *Guarda y Custodia*, es definida por el Diccionario Jurídico Mexicano, como la acción y efecto de cuidar directa y temporalmente a incapacitados, con la diligencia propia de un buen padre de familia.

Por lo que respecta a la Patria Potestad, el mismo Diccionario Jurídico Mexicano, la define como una Institución que atribuye un conjunto de facultades y derechos a los ascendientes a fin de que puedan cumplir con las obligaciones que tiene para con sus descendientes.

Finalmente la Custodia Compartida, que implica un arreglo mediante el cual tras la ruptura matrimonial, los niños pasan parte de su tiempo con uno de los progenitores y parte con el otro de una forma más o menos equitativa.

Continuando con el desarrollo del presente trabajo, y a través del estudio de los antecedentes históricos de las figuras de la Guarda y Custodia y de la Patria Potestad y sus repercusiones dentro del matrimonio y del concubinato, se estudió la evolución y raíces de estas figuras, para con ello conocer de qué forma se practicaban y de qué forma evolucionaron a través del tiempo, de acuerdo a las necesidades propias de la sociedad y momento histórico que se vivía; basados en el principio del Derecho de evolucionar al igual que las necesidades humanas.

Así, se estudio que la patria potestad para el Derecho Romano, era un poder considerado como absoluto, pudiéndose decidir incluso sobre la vida de los hijos, poder que con el paso del tiempo fue disminuyendo paulatinamente, ya que dentro de los primeros siglos, el jefe de familia tiene derechos de vida y muerte, facultades que para el siglo II de esta era se redujo a un derecho de corrección.

De esta forma se llegó al análisis de la legislación vigente tanto nacional como extranjera o comparada, así como la costumbre que actualmente se aplica, todo ello para situarnos en una época actual, en la que la Guarda y Custodia, en el Sistema Jurídico Mexicano, es la posesión, vigilancia, protección y cuidado de los hijos; a su vez, la Patria Potestad sobre los hijos la ejercen los padres, y cuando por alguna circunstancia deje de ejercerla uno, corresponderá su ejercicio al otro.

Así, a través de este estudio se pudo estar en condiciones de analizar la reciente reforma al Código Civil en el Distrito Federal en materia de Custodia Compartida como uno de los medios de solución de controversias que en esta materia se presenta cuando los matrimonios enfrentan un proceso de divorcio.

Con la introducción de esta figura jurídica lo que se espera es que juegue en la realidad en la que se vive como una alternativa de solución a los problemas que

enfrenta una pareja al separarse y, sobre todo, con el objetivo de tutelar los intereses y necesidades de los menores, tomando como una de las principales características y objetivos de esta figura, la convivencia regular que se mantiene entre los menores y ambos padres, y con ello evitar que en los distintos procesos de divorcio (divorcios necesarios) el objeto de la disputa principalmente sea la custodia y en consecuencia guarda de los menores.

Es por ello, que con la reciente introducción de la guarda y custodia compartida al sistema jurídico mexicano, se favorece como ya se mencionó en el párrafo anterior, principalmente la normal convivencia de los menores con sus progenitores, sin que la separación que se ha dado entre éstos afecte el normal desarrollo que se venía dando hasta antes de la separación, toda vez que la comunicación se mantiene de forma estrecha, aún y cuando esta situación a su vez juega un papel dual, pues para algunos doctrinarios, esta convivencia regular implica un traslado constante de un hogar a otro, convirtiéndose en lo que algunos consideran el principal punto de inestabilidad, y por lo tanto, desventaja de la Custodia Compartida.

Tomando en cuenta este punto, y basado en los estudios doctorales que fueron transcritos a lo largo del capítulo IV del presente trabajo, la práctica de Custodia Compartida trae consigo más beneficios para las partes involucradas, tanto a nivel personal como psicológico y económico, beneficios que no solamente disfrutan los hijos, sino también los progenitores, ya que con su práctica se logran evitar los problemas de distanciamiento de alguno de los padres en relación con los menores, en el caso de un divorcio y con ello, acoger a los hijos en buenas condiciones, además de que con esta convivencia compartida se favorece el normal desarrollo, así como la preservación y satisfacción de necesidades e intereses de los menores.

Otro de los puntos que fueron analizados a la presente reforma fue el artículo Transitorio en el que se deja abierta la posibilidad de aplicar esta figura jurídica a los procedimientos que se encontraran tramitando en los Juzgados competentes al momento de su entrada en vigor, situación que desde el punto de vista del presente trabajo debe ser considerada como violatoria de la garantía de la Legalidad contemplada en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esto con base en el propio artículo constitucional, las diferentes tesis que se mencionan y doctrina que se ha transcrito.

Con la afirmación anterior, cabe hacer la mención de que si bien es cierto al dejar abierta la posibilidad de aplicar una ley de reciente entrada en vigor a procesos ya iniciados, puede atacar de manera inmediata una problemática social, en este caso en específico la custodia compartida de los menores, desde el punto de vista de este trabajo, implicaría reiniciar el estudio de los autos por parte de la autoridad competente, para con ello, aplicar al caso concreto nuevos criterios de resolución, lo cual además implicaría un retroceso en materia de la celeridad procesal.

Es por ello y tomando en cuenta ambas consideraciones, tanto teóricas como prácticas, que dicho artículo Transitorio es violatorio, como ya se mencionó anteriormente del artículo 14 constitucional, además de lo poco aplicable a los procesos en cuestión de celeridad procesal.

Otro de los puntos analizados, es la tendencia represora que en opinión de este trabajo, el legislador mantiene, toda vez que dicha reforma se encuentra orientada a reprimir conductas una vez que se hayan realizado en contravención a la legislación vigente, esto es, seguir con un lineamiento punitivo en lugar de preventivo.

Al respecto, lo que se trata de decir, es que de acuerdo con la cultura de la legalidad que hasta la fecha se sigue en nuestro país, la norma sigue siendo encaminada a la represión de todas aquellas conductas que vayan en contra de lo ya establecido, en lugar de prevenirlas, todo ello, a través de medidas cada vez más severas, por lo que no se contemplan respuestas preventivas a problemáticas que se pudieran presentar y de hecho se presentan en la actualidad, todo ello sin dejar de reconocer el avance que en esta materia representa la introducción de la figura de la Custodia Compartida.

Por lo que es de manifestar, que a través del presente trabajo se reconoce que con la introducción de la figura de la Custodia Compartida, se trata de garantizar los derechos de los menores en relación a sus progenitores y viceversa, dejando como prioridad el respeto a las necesidades de los hijos, siendo ésta una nueva figura jurídica una vía que puede ser aplicada a todos aquellos casos en los que las circunstancias y características del caso en concreto lo permitan.

BIBLIOGRAFÍA

Legislaciones

Código Civil para el Distrito Federal. (2004). Editorial Porrúa. México.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (2005). Editorial Porrúa. México.

Gaceta Oficial del Distrito Federal. (2004). Décima Cuarta Época. No. 90.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Parte : I, II,

Libros de Consulta

Arias. (1952). Derecho de Familia.. México: Kraft

Baqueiro Rojas y Buenrostro Baéz (1990), Derecho de Familia y Sucesiones, México: Harla.

Burgoa Orihuela, Ignacio. (2003). Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo. México: Porrúa.

(1990). Coloquio sobre Derechos de la niñez. (Serie 6). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México.

Cueto Cruz, Oscar, (2001), Suspensión de la Patria Potestad al Progenitor que Transgreda el mandato judicial que ha otorgado la Guarda y Custodia a otro pariente, Trabajo de Tesis. México.

De Ibarrola, Antonio .(1981). Derecho de Familia. México: Porrúa S.A.

Floris Margadant, Guillermo. (1998). El Derecho Privado Romano. México: Esfinge.

García Cordoba, Fernando (2002), La Tesis y el Trabajo de Tesis, México, LIMUSA S.A. DE C.V.

Pérez Contreras, Maria de Montserrat. (2000). Derechos de los Padres y de los Hijos. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM.

Planiol Marcelo y Ripert Jorge. (2002). Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. México: Cultural.

Otras Fuentes de Consulta

Piug Brutan Bosch, José. (1992). Diccionario de Acciones en Derecho Civil Español. Barcelona: Casa Editorial S.A.

Diccionario Enciclopédico Éxito,(1991) México: Océano.

Diccionario Jurídico Mexicano.(1987).México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

El Digesto de Justiniano. (1975). Pamplona: Editorial Arazandi.

Enciclopedia Jurídica Omeba. (1979). Argentina.

Convención sobre los Derechos del Niño. www.un.org.com. Enero de 2005.

Custodia Compartida. www.consumer.es/web/es/especiales/2003/10/08/66380.php,
Octubre de 2003.

Custodia Compartida. www.anuhe.com.ar/articulos/page2.html. Diciembre de 2004.

Custodia Compartida. www.es.geocities.com/apinach/estudios.htm. Enero 2005.

Custodia Compartida. www.cimacnoticias.com/noticias/04jul/04070816.html.
Agosto de 2004.

Custodia Compartida, reformas. www.asambleadf.gob.mx. Agosto de 2004.

Leyes Federal y Estatales. www.cddhcu.gob.mx. Febrero de 2005.

ANEXO

ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL

**DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS
DISPOSICIONES DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EL
CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL
Y EL NUEVO CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN
MATERIA DE GUARDA, CUSTODIA Y DERECHO DE CONVIVENCIA DE
LOS MENORES SUJETOS A PATRIA POTESTAD.**

**LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL
III LEGISLATURA**

D E C R E T A:

...

PRIMERO: Se reforma la fracción V del artículo 282, el párrafo segundo del artículo 293; se adicionan un párrafo segundo al artículo 411, un párrafo tercero al artículo 417 y se adicionan dos fracciones al artículo 447; y se reforma el artículo 283 en su primer párrafo y se adicionan dos párrafos, recorriéndose los subsecuentes, todos del Código Civil para el Distrito Federal para quedar como sigue:

Artículo 282.-

Desde que se presenta la demanda y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes conforme a las disposiciones siguientes:

I a IV...

V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, debiendo ser uno de éstos y pudiéndose compartir la custodia. En defecto de ese acuerdo; el juez de lo familiar resolverá lo conducente, previo el procedimiento que fije el código respectivo y, tomando en cuenta la opinión del menor.

Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

VI a X...

Artículo 283.-

La sentencia que se pronuncie en definitiva, fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez de lo familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión, limitación o recuperación, según el caso.

Deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los niños y niñas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres, en caso de que algún ascendente tuviese la custodia, el otro que no la posee, después de los siete años podrá demandar en lo posible custodia para ambos padres, lo

anterior en función de las posibilidades de éstos y aquellos, así como que no exista con alguno de los progenitores peligro alguno para su normal desarrollo.

La recuperación de la patria potestad procederá únicamente en aquellos casos que por cuestiones alimentarias se haya perdido, siempre y cuando se acredite que se ha cumplido con dicha obligación.

Lo mismo se observará respecto de la recuperación de la custodia.

Artículo 293.-

...

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores.

...

TITULO OCTAVO

De la patria potestad

CAPITULO I

De los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos.

Artículo 411.-

...

Quien ejerza la patria potestad, debe procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente que también ejerza la patria potestad. En consecuencia, cada uno de los ascendientes deber evitar cualquier acto de

manipulación, alineación parental encaminado a producir en la niña o el niño, rencor o rechazo hacia el otro progenitor.

Artículo 417.-

...

El juez de lo familiar aplicará las medidas previstas en el Código de Procedimientos Civiles e incluso podrá decretar el cambio de custodia de los menores previo el procedimiento respectivo, cuando quien tenga decretada judicialmente la custodia provisional o definitiva sobre ellos, realice conductas reiteradas para evitar la convivencia de los menores con la persona o personas que tengan reconocido judicialmente su derecho a la misma.

Artículo 447.-

La patria potestad se suspende:

...

I a IV...

V. Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso su vida del o de los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, o de pariente por consaguinidad o afinidad hasta por el cuarto grado.

VI. Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente.

SEGUNDO: Se reforman los artículos 205, el primer párrafo del artículo 255; asimismo se adicionan un artículo 73 bis, un último párrafo al artículo 114, un segundo al artículo 123, una fracción al artículo 255 y los artículos 941 Bis, 941 Ter, 941 Quater, 941 Sextus; y se modifica la denominación del Capítulo Único del Título

Decimosexto para quedar con el nombre de “Disposiciones Generales”, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal para quedar como sigue:

Artículo 73 Bis.-

Los jueces de lo familiar, respecto a la convivencia de menores, podrán emplear:

I. Arresto hasta por 36 horas.

II. La reiteración inmediata de no permitir la convivencia de quien ejerza la custodia del menor, dará lugar a la intervención del C. Agente del Ministerio Público, para el ejercicio de la acción correspondiente

Artículo 114.-

...

I a VII...

A los procedimientos familiares sólo les será aplicado lo señalado en las fracciones I, III y IV, de no ser así las partes quedarán enteradas por boletín judicial, salvo que el juez considere otra cosa; asimismo, para el supuesto de que dicha diligencia se refiera a entrega de menor, la misma se practicará en el lugar en donde reside el requerido.

Artículo 123.-

...

El tribunal tendrá la facultad de notificar a las partes, personalmente o por conducto de sus autorizados cualquier notificación personal, citación, requerimiento, notificación inicial o incidental decretada en autos, cuando comparezcan al tribunal a imponerse de ellos, o asistan a cualquier diligencia, en los términos de la parte final del párrafo que antecede.

Artículo 205.-

El que intente demandar, denunciar o querellarse contra su cónyuge, concubino o pariente, podrá acudir al Centro de Justicia Alternativa, quienes deberán llamar a los mediadores, para tratar de dirimir la controversia.

El mediador propondrá lo que mejor convenga al interés superior de los menores, a fin de que por convenio entre los progenitores, se resuelva lo relativo a su guarda y custodia, y al derecho de convivencia que corresponda al ascendiente que no conserve la custodia. El cumplimiento del convenio podrá solicitarse ante el Juez de lo Familiar en la vía de apremio.

Por otra parte, para el caso de que se trate de personas que se encuentren en los supuestos señalados en primer lugar, podrán por separado a la mediación, solicitar al Juez de lo Familiar su separación del domicilio en el que residan habitualmente.

Artículo 255.-

...

I a VIII...

IX. Para el trámite de incidentes, la primera notificación se llevará a cabo en el domicilio señalado en autos por las partes, si se encuentra vigente el juicio principal, y para el caso, de que haya resolución firme o ejecutoriada, o haya inactividad procesal por más de tres meses, se practicará en el lugar en el que resida la parte demandada incidentista.

CAPITULO UNICO

Disposiciones Generales

Artículo 941 Bis.-

Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus parientes por consaguinidad en línea colateral hasta por el cuarto grado, previamente se dará vista a la parte contraria y, en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y las convivencias de los menores, misma que se verificará dentro de los quince días siguientes.

En la audiencia las partes aportaran las pruebas que estimen necesarias a efecto de ejercer la custodia, las que se desahogarán en la misma audiencia; inmediatamente después el juez de lo familiar determinará la situación jurídica provisional de la niña o del niño, principalmente a quien corresponderá la custodia del menor; atendiendo para ello a las circunstancias que observe en ese momento, los elementos que hayan aportado las partes y sobre todo tutelando el interés superior del menor.

A falta o imposibilidad de los padres para tener la custodia de los menores se considerarán las hipótesis previstas en los artículos 414 y 418 del Código Civil.

El Ascendiente que no le sea otorgada la custodia podrá convivir tal y como lo fije el Juez diversos días de la semana, fuera del horario escolar y sin desatender las labores escolares y debiendo auxiliarlo en dichas actividades.

Asimismo, en forma equitativa, se podrá regular la convivencia en fines de semana alternados, periodos de vacaciones escolares y días festivos; cuando estos ya acudan a centros educativos.

En los casos, en que los menores no acudan a centros educativos, médicos o de rehabilitación, el Juez de lo familiar, a su prudente arbitrio, regulará las convivencias del menor con los parientes por consaguinidad en línea colateral hasta el cuarto grado que no lo tengan bajo su custodia.

Artículo 941 Ter.-

No será obstáculo para regular el derecho de convivencia de manera provisional, el hecho de que una de las partes manifieste unilateralmente y sin estar reconocido por resolución judicial firme, que ha habido violencia familiar en contra de los menores o algún otro de los miembros del núcleo familiar.

Sin embargo, tales aseveraciones deberán ser tomadas en cuenta por el juez de lo familiar prudentemente. Por tanto, en caso de duda, y para salvaguarda de los menores, podrá ordenar que la convivencia, se realice en los centros e instituciones destinados para tal efecto, únicamente durante el procedimiento. Y no existiendo precedente de riesgo o peligro para el menor no será ordenado por el Juez de lo familiar las convivencias en las instituciones destinadas para tal efecto.

Para el caso de incumplimiento de las resoluciones que ordenen la convivencia con los menores, deberán aplicarse las sanciones que correspondan según los ordenamientos legales aplicables.

Artículo 941 Quáter.-

El incumplimiento a permitir la convivencia con el ascendiente que no tiene decretada la custodia, dará lugar al cambio de ésta a favor de la otra parte, si no hubiere inconveniente legal alguno, se resolverá en forma incidental.

En el caso de cambio en la persona que tenga la custodia, la regulación de la convivencia con el menor se hará en los mismos términos en que se venía dando, siempre y cuando no se encuentre involucrada en actos de violencia familiar en contra de los integrantes del núcleo familiar, conforme resolución judicial firme.

Artículo 941 Quintus.-

El ascendiente que tenga el derecho de convivencia con el hijo por resolución judicial y no asista a dichas visitas, sin causa justificada se podrá suspender el goce y ejercicio de ese derecho, quedando como precedente para no solicitarlo o ejercerlo de nuevo con ese hijo, mientras sea menor de edad.

Artículo 941 Sextus.-

Cuando por cambio de residencia por parte del ascendiente que conserva la guarda y custodia, éste tiene la obligación de informar al Juez y a quien no ejerce la custodia los datos del nuevo domicilio y número telefónico para efecto de mantener la comunicación del menor y del ascendiente que no ejerza la guarda y custodia.

El incumplimiento de esta disposición dará lugar a lo establecido en el artículo 73 Bis de éste ordenamiento.

Para efectos de la convivencia el Juez resolverá, conforme a lo dispuesto, en el párrafo quinto del artículo 941 Bis.

TERCERO: Se reforman los artículos 171 y 173, y se adiciona un segundo párrafo al artículo 284 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal para quedar como sigue:

ARTÍCULO 171.

Al que sin tener relación de parentesco, a que se refiere el artículo 173 de este Código, o de tutela de un menor de edad o incapaz, lo retenga sin el consentimiento de quien ejerza su custodia legítima o su guarda, se le impondrá prisión de uno a cinco años y de cien a quinientos días de multa.

A quien bajo los mismos supuestos del párrafo anterior los sustraiga de su custodia legítima o su guarda, se le impondrá de cinco a quince años de prisión y de doscientos a mil días multa.

ARTÍCULO 173.

Se impondrá de uno a cinco años de prisión y de cien a quinientos días de multa, al ascendiente, descendiente, pariente colateral o afín hasta el cuarto grado, que retenga o sustraiga a un menor o incapaz, en los siguientes casos:

- I. Que haya perdido la patria potestad o ejerciendo ésta se encuentre suspendido o limitado;
- II. No tenga la guarda y custodia provisional o definitiva o la tutela sobre él;
- III. No permita las convivencias decretadas por resolución judicial; o
- IV. Teniendo la guarda y custodia compartida, no devuelva al menor en los términos de la resolución que se haya dictado para ello.

Este delito se perseguirá por querrela.

ARTÍCULO 284.

...

Con excepción de los casos previstos en el artículo 73 Bis del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

TRANSITORIOS

Artículo Primero.- Publíquese en la Gaceta Oficial de Distrito Federal y en el Diario Oficial de la Federación para su mayor difusión.

Artículo Segundo.- El presente decreto entrará en vigor a los noventa días siguientes a su publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal.

Artículo Tercero.- Las presentes disposiciones aplicarán a todos los procedimientos judiciales y administrativos en trámite ante las autoridades correspondientes y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles del DF; los interesados podrán promover los beneficios que les concede la presente ley.