



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES

ARAGÓN

“NECESIDAD DE ESTABLECER REGLAS EN LA LEY QUE DICTEN
LOS CRITERIOS A SEGUIR PARA DETERMINAR CUAL DE LOS
CÓNYUGES EJERCE LA PATRIA POTESTAD DE LOS MENORES EN
LOS JUICIOS DE DIVORCIO POR VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y ASÍ
MODIFICAR EL ART. 941 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS
CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:

***ALBERTO DANIEL CRESPO
ESPINOSA***

ASESOR: LIC. LAURA VAZQUEZ ESTRADA



FES Aragón

MÉXICO

2006



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.

**ORIGEN
PORQUE TU CREAMOS TODAS LAS
COSAS; EXISTEN Y FUERON CREADAS
PARA SER DE TU AGRADO.**

**A DIOS.
POR HABERME HECHO SU
HIJO Y UNGIRME CON SU
ESPÍRITU SANTO, CON EL
CUAL PUDE CONCLUIR MIS
ESTUDIOS Y ASÍ CUMPLIR
CON EL PROPÓSITO PARA EL
CUAL FUI CREADO. ¡GRACIAS
PADRE!**

**A JESUCRISTO.
POR HABER DADO SU VIDA POR LA MÍA
POR QUE SIN ESE ACTO DE AMOR NO
PODRÍA ESTAR HACIENDO LAS COSAS
QUE HAGO. Y HEBERME DADO LA
OPORTUNIDAD DE CONCLUIR ESTE
TRABAJO.
“POR QUE DE ÉL, POR ÉL Y PARA ÉL
SON TODAS LAS COSAS. A ÉL SEA LA
GLORIA PARA SIEMPRE”.
(ROMANOS 11:36.)**

**AL ESPÍRITU SANTO.
POR SER EL CONSOLADOR Y EL
ALIENTO EN MI VIDA Y DARME
TESTIMONIO DE QUE SOY HIJO DE
DIOS.**

**PORQUE TODO, ABSOLUTAMENTE TODO EN EL CIELO Y EN LA TIERRA, VISIBLE E
INVISIBLE.....TODO COMENZÓ EN ÉL Y PARA LOS PROPÓSITOS DE ÉL.
(COLOSENSES 1:16.)**

APOYO Y SOPORTE

**A MI MADRE.
CONCEPCIÓN ESPINOZA VÁZQUEZ.
POR SER EL APOYO QUE DIOS MANDÓ PARA QUE YO PUDIERA SER GUIADO POR EL
CAMINO CORRECTO DE LA VIDA ABUNDANTE Y VERDADERO.
SIN TI NO SE QUE SERÍA DE MI VIDA.
TE AMO MAMI.**

**A MI PADRE.
ROMÁN CRESPO Y LEÓN.
POR APOYARME A PESAR DE TODOS MIS ERRORES, POR DISCIPLINARME Y POR
CONFIAR EN MÍ PARA CONCLUIR ESTE TRIUNFO, APOYANDOME MORAL Y
MATERIALMENTE.
TE AMO PAPA Y GRACIAS A DIOS POR TU VIDA**

**A MIS HERMANOS.
ROMÁN DANIEL CRESPO ESPINOSA, DIANA DANIELA CRESPO ESPINOSA Y EMILIO
CRESPO DORADO.
POR MOTIVARME A ALCANZAR ESTE OBJETIVO.**

**A MI HERMANO.
ROMÁN DANIEL CRESPO RAMOS (q.e.p.d.)
POR QUE DESDE MI NIÑEZ SIEMPRE FUISTE MI EJEMPLO A SEGUIR.
SIEMPRE TE RECORDARÉ HERMANO MIO.**

**A LA FAMILIA ESPINOZA VÁZQUEZ.
POR HACERME SENTIR LO MÁXIMO Y SER PARTE DE ESTA BONITA FAMILIA, TAMBIÉN
POR CONVERTIRME EN UN EJEMPLO A SEGUIR PARA TODOS MIS PRIMOS.
LOS QUIERO A TODOS.**

**A MIS HERMANOS EN LA FÉ.
POR ENCARNAR EL AMOR DE DIOS Y ENSEÑARME QUE SÍ SE PUEDE AMAR SIN
RESERVAS A DIOS Y A MIS SEMEJANTES.
QUE DIOS LES BENDIGA.**

**A MI AMIGO EDGAR G. CARRILLO MENDOZA.
GRACIAS POR QUE EN EL TIEMPO MAS
DIFICIL NO TE APARTASTE DE MI, SINO AL
CONTRARIO NUESTRA AMISTAD HA
CRECIDO Y MADURADO, POR CREER QUE LA
MUSICA ES LO QUE HACE GIRAR EL MUNDO
Y TENER ESE IDEAL. ¡GRACIAS HERMANO! Y
QUE LA FUERZA ESTE CONTIGO
EN TODO TIEMPO AMA EL AMIGO, Y ES
COMO UN HERMANO EN TIEMPO DE
ANGUSTIA.
(PROVERBIOS 17:17.)**

**A MI AMIGO CHRISTIAN MELENDEZ ARREOLA
GRACIAS POR TU PREOCUPACIÓN POR
TUS CONSEJOS, TU ENTEREZA, TU
PACIENCIA Y COMPRENSIÓN QUE ME HA
AYUDADO A SALIR ADELANTE Y QUE ME
HACE VER QUE NO ESTOY SOLO.
¡GRACIAS HERMANO! GRACIAS C3PO.
POR QUE EL HOMBRE QUE TIENE AMIGOS,
HA DE MOSTRARSE AMIGO; Y AMIGO HAY
MAS UNIDO QUE UN HERMANO.
(PROVERBIOS 18:24.)**

**A TODOS MIS AMIGO Y COMPAÑEROS.
POR QUE ME DIERON LA
OPORTUNIDAD DE AYUDARLES Y
SERVIRLES, Y ASÍ CUMPLIR EL
PROPÓSITO DE MI VIDA.
“EL QUE NO VIVE PARA SERVIR NO
SIRVE PARA VIVIR”.**

**A LA MUSICA CRISTIANA Y A LOS
MINISTROS DE ALABANZA.
POR DAR GLORIA AL CREADOR
DE LOS CIELOS. Y AYUDARNOSA
ACERCANOS A SU PRESENCIA.
QUE DIOS LES BENDIGA.**

**A TODOS LOS ROCKEROS.
POR HACER MÚSICA QUE ALIVIANA
LOS SENTIDOS Y NOS HACE OLVIDAR
NUESTROS PROBLEMAS Y
FRUSTRACIONES Y DISFRUTAR LA
VIDA CON UN POCO DE SU ARTE. ¡QUE
VIVA EL ROCK AND ROLL!**

**A MI ASESORA.
LIC. LAURA VÁZQUEZ ESTRADA.
POR EMPLEAR SUS CONOCIMIENTOS EN
ESTA MI OBRA MÁXIMA Y POR TOMARSE
EL TIEMPO NECESARIO PARA
ANALIZARLA.**

**A MÉXICO.
POR EL ORGULLLO DE SER MEXICANO,
POR SER UNA NACIÓN QUE LUCHA Y
QUE SALE ADELANTE A PESAR DE LAS
ADVERSIDADES Y LOS TIEMPOS
DIFICILES Y POR SER UN PAÍS TAN
DIVERSO EN SU CULTURA Y EN LA
GENTE
GRACIAS A DIOS POR MÉXICO.
¡VIVA MÉXICO!**

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO.
POR HABERME ACOGIDO EN SUS AULAS E INFUNDIR EL
ESPÍRITU UNIVERSITARIO, UN ESPÍRITU LE LUCHA, ORGULLLO,
HONOR POR SER LA GRAN INSTITUCIÓN QUE ES.
GRACIAS POR FORMAR PROFESIONISTAS
COMPROMETIDOS CON MÉXICO.**

**A LA FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN.
POR SER LA CUNA DE MI FORMACIÓN PROFESIONAL
Y ASÍ CERRAR UN CICLO DE MI PREPARACIÓN COMO
PROFESIONISTA, Y POR QUE EN ELLA VIVÍ LOS
MEJORES Y LOS PEORES MOMENTOS DE MI VIDA
MOMENTOS QUE ME HICIERON CRECER Y MADURAR.**

**A TODOS LOS PROFESORES.
QUE DESDE MI EDUCACIÓN PREESCOLAR
HASTA LA UNIVERSIDAD HAN CONTRIBUIDO
CON SUS CONOCIMIENTOS Y CON SU PACIENCIA
PARA QUE YO PUDIERA LOGRAR ESTE
OBJETIVO.
GRACIAS POR SI VOCACIÓN.**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1.
CAPITULO 1. ANTECEDENTES DE LA PATRIA POTESTAD.....	4.
1.1. DERECHO ROMANO.....	6.
1.2. DERECHO CANÓNICO.....	10.
1.3. DERECHO GERMÁNICO.....	10.
1.4. DERECHO ALEMÁN.....	12.
1.5. CÓDIGO NAPOLEÓNICO.....	12.
1.6. DERECHO MEXICANO.....	13.
1.6.1. DERECHO AZTECA.....	14.
1.6.2. DERECHO OLMECA.....	15.
1.6.3. DERECHO MAYA.....	15.
1.6.4. DERECHO CHICHIMECA.....	16.
1.6.5. ETAPA COLONIAL.....	16.
1.6.6. ETAPA INDEPENDIENTE.....	19.
A) LEY ORGÁNICA DEL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL.....	19.
B) LEY DEL MATRIMONIO CIVIL.....	21.
1.6.7. CÓDIGOS CIVILES DE 1870 Y 1884.....	22.
1.6.8. LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.....	26.
1.6.9. CÓDIGO CIVIL DE 1928.....	30.
1.7. EL CÓDIGO DE LAS PARTIDAS DE ESPAÑA.....	32.
1.8. DERECHO HEBREO.....	33.
CAPITULO 2. CONCEPTOS GENERALES.....	36.
2.1. FAMILIA.....	37.
2.1.1. CONCEPTO BIOLÓGICO.....	38.
2.1.2. CONCEPTO SOCIOLÓGICO.....	39.
2.1.3. CONCEPTO JURÍDICO.....	40.
2.2. LA FAMILIA EN MÉXICO.....	42.
2.2.1. ESTRUCTURA FAMILIAR MEXICANA.....	44.
2.3. MATRIMONIO.....	45.
2.3.1. NATURALEZA JURÍDICA.....	48.
A) EL MATRIMONIO COMO CONTRATO.....	48.
B) EL MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN JURIDICA.....	50.
2.4. CARACTERÍSTICAS DEL MATRIMONIO.....	51.
2.5. REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO.....	51.

2.6. IMPEDIMENTOS PARA LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO.....	52.
2.7. NULIDAD DEL MATRIMONIO.....	54.
2.8. DIVORCIO.....	56.
2.8.1. DIVORCIO VOLUNTARIO.....	58.
2.8.2. DIVORCIO NECESARIO.....	59.
2.9. CAUSALES DE DIVORCIO.....	59.
2.10. EFECTOS PROVISIONALES Y DEFINITIVOS DEL DIVORCIO.....	64.
2.11. CONCUBINATO.....	68.
2.11.1. CONCEPTO.....	68.
2.11.2. SU REGULACIÓN EN EL TIEMPO Y EN EL ESPACIO.....	69.
2.11.3. EFECTOS DE ACUERDO CON EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	70.
2.11.4. REQUISITOS SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	71.
2.11.5. EFECTOS EN OTRAS LEYES.....	71.
2.12. DOMICILIO CONYUGAL.....	72.
2.13. VIOLENCIA FAMILIAR.....	73.
2.14. GUARDA Y CUSTODIA.....	77.
2.14.1. ANTECEDENTES DE LA GUARDA Y CUSTODIA.....	83.
2.14.2. CONCEPTO.....	84.
2.14.3. CARACTERÍSTICAS Y FUNCIONES QUE COMPRENDE.....	85.
2.14.4. LA CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES NACIDOS DENTRO Y FUERA DEL MATRIMONIO.....	88.
2.14.5. MARCO LEGAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA.....	89.
2.15. PATRIA POTESTAD.....	93.
2.15.1. CONCEPTO.....	94.
2.15.2. SUJETOS.....	96.
2.15.3. CARACTERÍSTICAS.....	97.
2.15.4. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD.....	100.
2.15.5. SUSPENSIÓN, PÉRDIDA Y EXTINCIÓN.....	102.
2.16. IGUALDAD JURÍDICA.....	103.
2.17. RESOLUCIÓN JUDICIAL.....	106.

CAPITULO 3. MARCO JURÍDICO VIGENTE.....110.

3.1. ARTÍCULO 4to. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.....	111.
3.2. CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	117.
3.3. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	123.
3.4. NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	124.
3.5. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	128.
3.6. OTRAS LEGISLACIONES APLICABLES EN EL DISTRITO FEDERAL.....	128.

3.6.1. LEY PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.....	130.
3.6.2. LEY DE ASISTENCIA Y PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA FAMILIAR PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	130.
3.6.3. LEY DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS Y NIÑOS EN EL DISTRITO FEDERAL.....	133.
3.7. OTRAS LEGISLACIONES Y CONVENCIONES INTERNACIONALES.....	136.
3.7.1. LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.....	136.
3.7.2. LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	136.
3.7.3. EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.....	136.
3.7.4. LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER.....	137.
3.7.5. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.....	137.
3.8. JURISPRUDENCIA.....	138.

CAPITULO 4. FORMA Y CRITERIO QUE DEBE ADOPTARSE PARA DETERMINAR QUIEN DE LOS CÓNYUGES EJERCERÁ LA PATRIA POTESTAD DE LOS HIJOS MENORES EN CASO DE UN DIVORCIO POR VIOLENCIA FAMILIAR.....	150.
--	------

4.1. OTORGAMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES.....	151.
4.1.1. COMO ACTO PREJUDICIAL.....	157.
4.1.2. COMO ACTO PROVISIONAL.....	157.
4.2. HIPOTESIS EN LA QUE SE DETERMINA EL OTORGAMIENTO DE LA PATRIA POTESTAD DE LOS HIJOS MENORES A UNO DE LOS CÓNYUGES.....	158.
4.3. FACULTAD DEL JUEZ DE LO FAMILIAR PARA DIRIMIR CONFLICTOS DE FAMILIA.....	160.
4.4. CONSTITUCIONALIDAD EN LA DETERMINACIÓN DEL JUEZ DE LO FAMILIAR PARA DETERMINAR QUIEN DE LOS CÓNYUGES EJERCERÁ LA PATRIA POTESTAD DE LOS HIJOS MENORES.....	169.
4.5. ¿QUE TAN EFECTIVAS SON LAS MEDIDAS PROVISIONALES TOMADAS POR EL JUEZ DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO?.....	170.
4.6. REQUISITOS QUE DEBE VALORAR EL JUZGADOR PARA DETERMINAR CUAL DE LOS CÓNYUGES TENDRÁ LA PATRIA POTESTAD DEFINITIVA DE LOS HIJOS MENORES.....	170.
4.7. PROBLEMÁTICA EN EL OTORGAMIENTO DE LA PATRIA POTESTAD DEFINITIVA DE LOS HIJOS MENORES.....	172.

4.8. CONSIDERACIONES JURÍDICAS DEL PERFIL NORMATIVO DE LOS INSTRUMENTOS LEGALES APLICABLES EN MATERIA DE VIOLENCIA FAMILIAR EN EL DISTRITO FEDERAL.....	172.
4.8.1. PROBLEMÁTICA NORMATIVA DERIVADA DE LA LEY DE ASISTENCIA Y PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA FAMILIAR CON RELACIÓN AL MALTRATO FÍSICO Y PSICOEMOCIONAL.....	173.
CONCLUSIONES.....	183.
BIBLIOGRAFÍA.....	187.

INTRODUCCIÓN.

La institución jurídica de la patria potestad nace junto con las primeras manifestaciones de la vida estatal. Cuando el interés familiar fue superado por el interés de la comunidad ciudadana, la autoridad judicial y administrativa del padre vino a ser sustituida por el poder delegado o conquistado por el Jefe de la Ciudad.

Es en Roma, realmente donde existió la patria potestad, institución que sigue conservando el mismo nombre hasta nuestros días, no es en verdad potestad alguna, sino un conjunto de obligaciones asistidas de algunos derechos que hacen posible el cumplimiento de aquéllas.

Desde el punto de vista jurídico, la patria potestad, regulada en el Código Civil, no es más que el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos no emancipados así como el conjunto de deberes que también deben cumplir los padres respecto de sus hijos.

La patria potestad ha de ejercerse siempre en beneficio de los hijos y entre los deberes de los padres se encuentra la obligación de estar con ellos, cuidarlos, protegerlos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos legalmente y administrar sus bienes.

Por regla general, la patria potestad se ejerce de forma conjunta por el padre y la madre, independientemente de que éstos se encuentren o no casados, o de forma exclusiva por uno de ellos con el consentimiento del otro.

La Patria Potestad va adquiriendo progresivamente una dimensión social, alejándose en consecuencia del modelo histórico que la situaba dentro de la esfera íntima de la familia.

Puede afirmarse, entonces, que los padres tienen ante sí, ante los hijos, y ante la sociedad, una tarea de profunda gestión consistente en la crianza y desarrollo integrales de los hijos, con miras a desempeñarse en el medio social como adultos responsables.

Esta característica se advierte en varias legislaciones modernas, en particular en los Códigos de Familia latinoamericanos, pues aún conservando la tradicional denominación, el contenido y objetivos de la Patria Potestad han sido

enriquecidos en función de las necesidades y desafíos sociales impuestos por el fenómeno global que se ha dado en llamar la “postmodernidad “.

En el caso de la legislación mexicana creemos que hace falta una reforma, particularmente en el Art. 941 del Código de Procedimientos civiles que a la letra dice:

Artículo 941.- “El Juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros”.

“En todos los asuntos del orden familiar los Jueces y Tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho”.

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

En el transcurso de nuestro trabajo trataremos de explicar el por que creemos que hace falta una reforma al artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal ya que creemos pertinente que desaparezca la medida provisional consistente en el otorgamiento de la patria potestad de los hijos menores en los divorcios promovidos por violencia intrafamiliar, pasando esta medida de provisional a definitiva y que sea ejercida definitivamente por el cónyuge ofendido preservando así el orden jurídico-familiar y evitar un daño mayor a los menores ya que debemos recordar que el derecho familiar es de orden público.

Por lo tanto la hipótesis de este trabajo es que si el Juez de lo Familiar dicta medidas definitivas en vez de provisionales en cuanto a la obtención de la patria potestad a favor del cónyuge ofendido se le dará más agilidad al procedimiento de divorcio y cuando salga la sentencia definitiva el Juez solo tendría que conformar esa resolución.

El derecho contemporáneo protege a la existencia y ampara el desarrollo del agregado familiar con una creciente protección a la mujer y notoria solicitud

hacia las (los) menores. En este cambio de enfoques la patria potestad sufre una transformación y deja de ser un poder absoluto en manos del padre para convertirse en una función social en que está interesado el Estado y que atiende, con mayor énfasis, el interés superior de los niños y las niñas.

Este interés por parte del Estado se muestra a través de los principios del derecho familiar en cuanto a que la patria potestad es de orden público ya que el estado tiene la obligación de salvaguardar el bienestar de los menores, su libre y sano desarrollo.

La metodología empleada será la investigación bibliográfica de los conceptos básicos tales como familia, matrimonio, concubinato, etc. Además de exponer un contexto histórico de las legislaciones que han surgido con respecto al tema los cuales nos ayudarán a entender el tema.

En el capítulo 1 se expone una breve exposición histórica de cómo ha evolucionado el derecho de familia en nuestro país desde las culturas prehispánicas, pasando por la conquista, el México independiente, hasta nuestros días, y en otros países (Derecho Comparado).

En el capítulo 2 se exponen los conceptos básicos para dar al lector un panorama general acerca del tema.

En el capítulo 3 daremos cuenta de la legislación vigente en nuestro país. En este capítulo también veremos que nos dice la ley con respecto al tema y en que situaciones se da o se pierde la patria potestad

En el capítulo 4 trataremos de exponer nuestro punto de vista en cuanto al tema de la presente tesis.

La hipótesis que manejaremos en el presente proyecto será la siguiente:

Si se lleva a cabo el otorgamiento de manera definitiva de la patria potestad definitiva de los menores al inicio del procedimiento de divorcio al cónyuge ofendido se reduciría el daño a los menores hijos, ya que se evitaría el esfuerzo de los menores a adaptarse a los cambios que una medida provisional de este tipo pudiera acarrear.

CAPITULO 1.

“ANTECEDENTES DE LA PATRIA POTESTAD”

La historia muestra un paulatino e incontenible debilitamiento de este poder absoluto. Y ello se debe a una razón elemental: a medida que el Estado va cobrando poder, la familia que anteriormente era el único y exclusivo centro de poder social, debe transferir funciones que antes le eran exclusivas. La familia moderna no es ya aquel pequeño Estado, centralizado y gobernado por el *pater*. Si, al transferir las funciones religiosas, legislativas y judiciales redujo su ámbito – que el poder político del Estado tomó para sí-, cambió con toda la naturaleza de la cohesión familiar. La familia que se basaba antaño en una relación de dominio se convirtió cada vez más en un grupo moral, de una institución que tenía por objeto la producción y los negocios pasó cada vez más a ser una institución que tiene en cuenta la vida moral, y, cada vez más limitada en sus fines económicos, puede perseguir mejor fines nobles e ideales y convertirse, en un receptáculo más rico de los sentimientos afectivos que provoca.

La organización de las sociedades primitivas descansaba en la constitución y fortaleza de la unión familiar. Núcleo familiar que tenía a su vez una sustentación de carácter profundamente religioso, como se supone era la concepción del mundo y de la vida en las épocas arcaicas. Los dioses, de quienes emanaba la vida y la muerte, la salud y la enfermedad, el sustento o la desgracia, eran las propias almas de los antepasados, a los que había que rendir continuamente pleitesía, conservarles el fuego del hogar donde eran adorados, realizar toda la serie de ritos y plegarias que requerían para mostrarse propicios a los vivos, con esto podemos entender que la unión familiar dependía de los dioses. El representante de toda la familia, el sacerdote único, el heredero del hogar, el continuador de los ascendientes y raíz de los descendientes era el padre; de allí su enorme autoridad. La patria potestad no es pues, más que reflejo de este poder que el padre ejercía en todos los ámbitos de las relaciones familiares, más adelante veremos como esta autoridad se ha ido limitando con el paso del tiempo. La historia de todos los pueblos de la antigüedad muestran, con ligeras variantes entre unos y otros, el primitivo¹ poder absoluto del pater familias.

¹ En este caso el termino primitivo se refiere a que el poder paterno era sin limites, es decir que no había un orden para ejercerlo, y que hasta cierto punto era tiránico y que no había mas reglas que las que el mismo padre estipulaba.

Característica de la organización patriarcal y, por ende, de una patria potestad absolutista, fue la del pueblo romano. La evolución que presenta esta institución en sus diversas etapas, desde la primitiva monarquía la corta etapa de la republica, y los quince siglos del imperio romano, de occidente y luego de oriente, es la de un original poder absoluto del padre, suavizando lentamente en sus consecuencias, compartido después por la madre, y limitado al final en el tiempo. Historia de la evolución de esta institución que ha sido estudiada por los investigadores históricos y de la que existen excelentes lecturas.

Por otra parte esta gradual evolución de la patria potestad en el sentido del debilitamiento del omnímodo poder paterno, se manifiesta en el devenir de todos los pueblos. Las causas han sido complejas, tan complejas como todo el proceso histórico de las sociedades. Se han querido ver causas de orden político, como la creciente intervención del Estado en las relaciones familiares. Recordemos la conocida frase de que el derecho romano se detenía a las puertas del hogar, en donde gobernaba el padre de familia. La influencia estatal en la actualidad se extiende a casi todos los ámbitos de la vida social, y lentamente el derecho público va ampliando su esfera, minando la del derecho privado. La vida familiar, que es uno de los ámbitos más íntimos y privados del humano, recibe la influencia e intervención estatal, ya otorgando licitud a las relaciones entre los sujetos, ya imponiendo normas imperativas o prohibitivas. De las instituciones del derecho familiar es precisamente la patria potestad, una de las más reguladas por el orden jurídico, con el fin de salvaguardar la armonía y el debido funcionamiento de esta institución tan importante en la vida del ser humano ya que la relación en familia depende el desarrollo individual y colectivo del individuo.

1.1. DERECHO ROMANO.

En Roma la Patria Potestad (patria potestas) constituía un poder ejercido por el padre sobre los hijos legítimos, sobre los descendientes legítimos de los varones, sobre los extraños arrogados o adoptados y sobre los hijos naturales legitimados.

Los romanistas señalan el carácter absoluto que esta institución tuvo originariamente, cuyo poder no se diferenciaba, realmente, del ejercido sobre los esclavos, sobre la mujer sujeta por la *conventio in manus* y sobre las personas *alieni iuris* que le fueran entregadas mediante una *mancipatio*, pero, en virtud de una evolución lenta, pero no interrumpida, fue perdiendo el carácter despótico² que primitivamente tuvo para convertirse en una institución tuitiva, destinada a la protección de los sujetos a ella.

La *Patria Potestad* romana surgía normalmente de las justas nupcias y de manera excepcional de la adopción y de la legitimación.

En el derecho romano los hijos procreados fuera de legítimo matrimonio no estaban bajo la potestad paterna y la legitimación fue el medio que emplearon para conferir a los padres la *patria potestad* sobre los hijos naturales.

En sus orígenes, en el derecho romano consideraba a la autoridad paterna como una verdadera “potestas”, poder del *Pater Familias* que no solo alcanzaba a los hijos, sino que se extendía a todas las personas libres que formaban el núcleo familiar, sin distinción de edad ni de que hubiesen o no contraído matrimonio; comprendía a todos los descendientes, a las mujeres entradas a la familia mediante el matrimonio *cum manu* y a los adoptados y arrogados.

Originariamente, esta autoridad reconocida al *Pater* abarcaba las relaciones personales y patrimoniales, al punto de disponer de la vida y la muerte, previo juzgarlos, de los miembros de su familia. Podía enajenarlos (*ius vendendi*), abandonarlos o exponerlos (*ius exponendi*) y entregarlos en *noxae* a la víctima de delito por ellos cometido (*ius noxae dandi*). La atenuación progresiva de las *mores maiorum* en la sociedad romana influyó en las relaciones y funciones del padre de familia, y este poder absoluto fue disolviéndose tanto en lo personal (solo poder de corrección) y patrimonial (limitaciones al derecho de transmitir los bienes por testamento), otorgando así algunas de las características que hasta nuestros días existe.

² Esto quiere decir que el poder era absoluto, sin ley y tiránico. Persona que en el ejercicio de poderes, legales o de hecho, procede de manera violenta y arbitraria, sin sujeción a otra norma que la que le dicte su voluntad en cada caso.

Los descendientes legítimos, incluyendo los de ulterior grado por línea masculina, como agnados que son, se hallan bajo la potestas. Esta potestad aunque moderada en su ejercicio por los mores maiorum, es absoluta.

Ni la mayoría de edad del hijo, ni su matrimonio ni su ingreso en el ejército, ni su acceso a las magistraturas más altas ponen fin a ese poder paterno y a la incapacidad del hijo. Los romanos tenían conciencia de que la patria potestad era una institución exclusiva de Roma, pero la intensidad de este poder y su alcance, fueron progresivamente aminorados.

Creemos que esta limitación del poder ayudó a la evolución de esta institución ya que a nuestro juicio ningún padre tiene derecho de disponer de la vida de los hijos. Recordemos aquel dicho popular que dice que “los hijos no son propiedad de los padres”.

La patria potestad se adquiere: a) por el nacimiento en justas nupcias o b) por un acto de adopción.

a) la paternidad por nacimiento depende:

1. De la legitimidad del matrimonio, en tanto los hijos ilegítimos solo tienen madre y por esto son sui iuris;

2. Del hecho de producirse el parto después de los seis meses de celebrarse el matrimonio y hasta dentro de los diez meses que siguen a la extinción del matrimonio por divorcio o por la muerte del padre;

3. De la aceptación del hijo por su padre o del reconocimiento judicial.

b) La adopción consiste en la incorporación de una persona extraña dentro de la familia agnaticia del adoptante, en posición de hijo o de descendiente de ulterior grado; el adoptado rompe en todo caso su agnación con la familia de origen y entra plenamente en la familia adoptiva. Para la adopción en posición de nieto se requiere el consentimiento del hijo propio bajo cuya potestad va a quedar el adoptado a la muerte del adoptante.

Solo los hombres sui iuris pueden adoptar, ya que solo ellos pueden tener la patria potestad, y la forma del acto es distinta según el adoptado sea:

1. Un alieni iuris, en cuyo caso se procede a una emancipación del hijo o hija, incluso impúber, para extinguir la potestad de su padre, y luego una in iure cessio por la que adquiere la potestad del adoptante;

2. Un sui iuris en cuyo caso se celebraba, si es en Roma, una ceremonia ante 30 lictores representantes de las antiguas curias en cuyos comicios se hacia el acto de adrogación, y, en provincias, se acude a la gracia; en la adrogación, el que adopta debe ser mayor de 60 años y no tener hijos propios o adoptivos, pues la finalidad originaria de este acto era la de procurar actualmente la continuidad familiar a quien carecía definitivamente de ella. El arrogado atrae a la familia del arrogante su propia descendencia y su propio patrimonio, a la vez que se extinguen sus deudas; pero el Pretor las hace valer contra el arrogante mediante una in integrum restitutio.

La adopción y la adrogación se someten en época post-clásica a una nueva reglamentación inspirada en la idea de que ambas sirven para procurar una familia a quien no la tiene, y Justiniano llevo a introducir un tipo de adopción en la que el adoptado adquiere un simple derecho hereditario respecto al adoptante sin perder los que tenían en la familia de origen pues no implica una capitis deminutio: la adoptio minus plena.

Podemos decir que esto podría representar un conflicto al adoptado, ya que consideramos que si salía de una familia para entrar a otra, esta salida implicaba una perdida de derechos con la familia de origen, es decir, que se desligaba completamente de ella³.

A manera de resumen podemos decir que la institución de la patria potestad se origina en el derecho romano; el mismo nombre denuncia su origen y su carácter, que ha venido variando a lo largo del tiempo y del cual subsiste únicamente el nombre. Consistía en una efectiva potestad sobre los hijos y sus descendientes, ejercido sólo por el ascendiente varón de más edad. Tenía carácter perpetuo y se fundaba en el concepto de soberanía domestica, de donde se originó el término ya que era un poder real y efectivo del pater familias (no del padre, y menos de la madre) sobre todos sus descendientes, y se prolongaba por toda la vida de los sujetos. Se equiparaba a la potestad marital que se tenía respecto a la mujer y era equivalente, en menor grado, a la potestad sobre los esclavos. Se establecía en beneficio del jefe de familia, quien podía rechazarla si

³ Al hacer mención de esto me viene a la mente aquella frase que dice: “el que sirve a dos dioses siempre queda mal con uno”.

así le convenía; sus facultades abarcaban la persona y los bienes de los hijos, a grado tal que podía venderlos como esclavos si lo hacía fuera de Roma, e incluso condenarlos a muerte. El pater era dueño de todos los bienes que el hijo adquiriría, con un poder absoluto y dictatorial.

Estas características fueron suavizándose a través del tiempo, especialmente con el advenimiento del cristianismo. Cada vez se atendía más al interés del hijo, entendiéndose la patria potestad más como una función obligatoria que como un derecho. Por el sistema de los peculios el hijo pudo tener patrimonio propio y administrar sus propios bienes, hasta convertirse, en nuestros días, en una institución protectora del menor, establecida en beneficio y provecho de éste. Es ejercida primeramente por ambos padres y a falta de éstos por los abuelos, independientemente de su sexo. Tiene carácter transitorio, pues sólo dura hasta la mayoría de edad o la emancipación del hijo. No afecta la capacidad de goce del menor y sólo limita, en su provecho, su capacidad de ejercicio.

1.2. DERECHO CANONICO.

Para la iglesia todo derecho nace de una obligación: como los padres tienen la obligación de mantener y educar a sus hijos, necesitan el derecho de mandar en ellos, de corregirlos y dirigirlos (aquí mas bien es una obligación), sin otra intervención que la indispensable de la sociedad. En el fondo, y después de varios trastornos (alguno tan grave como la revolución francesa) este es el espíritu que perdura en la mayoría de los códigos civilizados modernos.

1.3. DERECHO GERMANICO.

El Derecho Germánico el padre tiene la “munt” sobre el hijo, que significa un derecho y un deber de protección, por inclusión, de la administración y goce del patrimonio del hijo.

Leemos Similares características (a Roma) presenta el Munt del derecho germánico primitivo. El padre, al acoger al hijo de su mujer, lo incorporaba a la comunidad doméstica, y, consiguientemente, el hijo quedaba sometido a la

potestad protectora de la Sippe. El Munt solo cesaba al ser acogido el hijo en las asambleas comunales – Thingverband – o, respecto de las hijas, al emanciparse por matrimonio.

Un pasaje decisivo de Tácito es aquél donde dice que el hermano de la madre considera a su sobrino como si fuese hijo suyo; algunos hay que hasta tienen por más estrecho y sagrado el vínculo de la sangre entre tío materno y sobrino, que entre padre e hijo, de suerte que cuando se exigen rehenes, el hijo de la hermana se considera como una garantía mucho más grande que el propio hijo de aquel a quien se quiere ligar. He aquí una reliquia viva de la gens organizada con arreglo al derecho materno, es decir, primitiva, y que hasta caracteriza muy en particular a los germanos. Cuando los miembros de una gens de esta especie daban a su propio hijo en prenda de una promesa solemne, y cuando este hijo era víctima de la violación del tratado por su padre, éste no tenía que dar cuenta a su madre sino a sí mismo. Pero si el sacrificado era el hijo de una hermana, esto constituía una violación del más sagrado derecho de la gens; el pariente gentil más próximo, a quien incumbía antes que a todos los demás la protección del niño o del joven, era considerado como el culpable de su muerte; bien no debía entregarlos en rehenes, o bien debía observar lo tratado. Si no encontrásemos ninguna otra huella de la gens entre los germanos, este único pasaje nos bastaría... Por lo demás, ya en los tiempos de Tácito, entre los germanos (por lo menos entre los que él conoció de cerca) el derecho materno había sido remplazado por el derecho paterno; los hijos heredaban al padre; a falta de ellos sucedían los hermanos y los tíos por ambas líneas, paternos y maternos. La admisión del hermano de la madre a la herencia se halla vinculada al mantenimiento de la costumbre que acabamos de recordar y prueba también cuán reciente era aún entre los germanos el derecho paterno. Encuéntrense también huellas del derecho materno a mediados de la Edad Media. Según parece, en aquella época no había gran confianza en la paternidad, sobre todo entre los siervos; por eso, cuando un señor feudal reclamaba a una ciudad algún siervo suyo prófugo, necesitábase -en Augsburgo, en Basilea y en Kaiserslautern, por ejemplo-, que la calidad de siervo del perseguido fuese afirmada bajo

juramento por seis de sus más próximos parientes consanguíneos, todos ellos por línea materna.

La potestad del padre no es vitalicia, como en el derecho romano, sino que termina cuando el hijo ya crecido comience una vida económica independiente.

1.4. DERECHO ALEMAN.

“El Derecho Alemán, conoce una potestad materna sobre el hijo que, mientras vive el padre, aparece oculta por el derecho de este haciéndose vales después de la muerte del mismo”⁴.

En Relación a los bienes en el antiguo Derecho Alemán, se reconocía la institución de la llamada tutela paterna, en virtud de la cual el padre había de administrar a modo de tutor de todo el patrimonio del hijo, sin estar sujeto, sin embargo, a las especiales limitaciones y obligaciones de un tutor, por ejemplo al requisito de la aprobación supertutelar por las enajenaciones.

1.5. CODIGO NAPOLEONICO.

Al prepararse el código napoleónico, hubo partidarios de emplear como una rubrica legal las palabras “de la autoridad de los padres y las madres”.

El movimiento codificador de inicios del Siglo XIX, representado emblemáticamente por el Código Napoleónico, trató a la patria potestad como una institución que reconocía vertientes distintas, si bien la influencia del derecho romano prevaecía sobre el modelo legislativo organizado.- Cabe destacar los esfuerzos del iluminismo por propalar una nueva estructura familiar, comúnmente conocida como moderna y nuclear: En sentido estricto, está compuesta únicamente, 1.º por el padre de familia; 2.º por la madre de familia, quien, según la idea recibida casi en toda partes, pasa a la familia del marido; 3.º los hijos, que, si se puede hablar así, al estar formados de la sustancia del padre y de la madre, pertenecen necesariamente a la familia. Pero cuando se toma la familia en sentido

⁴ THEODOR KIP Y MARTIN WOLF. DERECHO DE FAMILIA. VOLUMEN II. Bosch Casa Editora. Barcelona, 1979, Pág. 45.

más amplio, se incluyen en ella todos los parientes; pues aun cuando después de la muerte del padre de familia, cada hijo establezca una familia particular, a todos los que descienden de un mismo tronco y que derivan por tanto de una misma sangre, se los considera como miembros de una misma familia.

Familia “moderna” en cuyo seno aparece como figura relevante el niño: (En el siglo XVIII) Conservar los hijos va a significar poner fin a los daños causados por la domesticidad, promover nuevas condiciones de educación que, por un lado, puedan contrarrestar la nocividad de sus efectos sobre los niños que se les confía y, por otro, obligar a que eduquen a sus hijos todos aquellos individuos que tienen tendencia a abandonarlos al cuidado del Estado o a la mortífera industria de las nodrizas.

A su respecto los padres deberán dirigir sus atenciones directas y personales, evitando todo sustituto de aquellos: Al mismo tiempo que se operaba esta reducción de los miembros de la familia, se agregaban dos ideas, la de parentesco y la de coresidencia, que hasta mediados del siglo XVIII habían permanecido disociadas. En lugar de pasar revista a los diferentes sentidos de la palabra "familia", el caballero de Jaucourt, en la Enciclopedia, se esforzó por reunirlos. Para él, la familia es una sociedad doméstica que constituye el primero de los estados accesorios y naturales del hombre. En efecto, una familia es una sociedad civil establecida por una naturaleza: esta sociedad es la más natural y la más antigua de todas, sirve de fundamento a la sociedad nacional; pues un pueblo o una nación sólo es un compuesto de varias familias. Las familias comienzan por el matrimonio, unión a la que la propia naturaleza invita a los hombres, y de la cual nacen los hijos, que, al perpetuar las familias, mantienen la sociedad humana y reparan las pérdidas que la muerte le produce todos los días.

1.6. DERECHO MEXICANO.

Grandes y distintas civilizaciones se sucedieron en el territorio actualmente ocupado por México y los demás países centroamericanos: primero, la olmeca, cuyo florecimiento ocupa los últimos siglos anteriores a la era cristiana; luego, simultáneamente, la teotihuacana y la del antiguo imperio maya (heredera de los

olmecas) de los siglos III A IX de nuestra era; después la tolteca (Tula), en el siglo X, que fertiliza los restos de la primera civilización maya y da origen, en Yucatán, al Nuevo Imperio Maya, y finalmente, la azteca, ramificación de la chichimeca, con absorciones toltecas y en íntima convivencia con la texcocana. Surge desde el siglo XIV d.C., y se encuentra aún en una fase culminante, aunque ya con signos de cansancio, cuando se inicia la conquista. En la periferia de estas culturas fundamentales encontramos otras, como la totonaca en la zona costera del golfo, la zapoteca y la mixteca en el sureste, y la tarasca en el lado del pacífico.⁵

Desde el punto de vista jurídico describiremos solo cuatro de estas culturas: la olmeca (por ser la mas antigua), la maya, la chichimeca y la azteca-texcocana. Solo con esta es conocido, con detalle, el derecho.

1.6.1. DERECHO AZTECA.

En el Derecho Azteca era el hombre el jefe de familia; pero en derecho estaba en igualdad de circunstancias con su mujer. El Hombre castigaba y educaba a los hijos varones, la mujer a las niñas. Ambos podían amonestar a los hijos sin distinción.

Con frecuencia encontramos discursos del padre o de la madre dirigidos a uno y otro sexo; pero siempre prevaleció la costumbre de que el padre impartiera el castigo a los hijos y la madre a las hijas.

La patria potestad era muy amplia. El padre solía vender a sus hijos como esclavos cuando a causa de su pobreza le era imposible mantenerlos. También estaba facultado para casar a sus hijos, y el matrimonio que se celebraba sin el consentimiento del padre era considerado como ignominioso.

Para castigar a los hijos, podían los padres usar la violencia. Generalmente los herían con espinas de maguey; les cortaban el cabello y cuando el hijo era tenido por incorregible, el padre, previo permiso de las autoridades, podía venderlo como esclavo o exponerlo a los helados rigores de una noche en la

⁵ El segundo territorio americano que fue cuna importante cultura neolítica es el Perú. El derecho público de la cultura incásica se caracterizaba por una severa planificación. La única fase de esta cultura cuyas instituciones jurídicas conocemos con algo de detalle y certeza es la que media entre el rey Pachacoutec, alrededor de 1430 d.C. y la conquista.

montaña, atado y desnudo en un charco de lodo. Podían reprender con azotes, con punzamientos, con aplicación de humo de chile en el rostro de los mal educados, y con una incisión pequeña en el labio de los mentirosos.

Los hijos de los nobles, de los ricos y los de la clase media vivían en la casa de sus padres hasta los 15 años. A los 15 años eran entregados al calmecac o al tepochcalli, según la promesa que se hubiera hecho el día de la imposición del nombre. Telpochtli era el adolescente, calli su casa.

En caso de muerte del padre, el hermano de éste podía ejercer todos los derechos de la patria potestad, siempre y cuando se casara con la viuda. Ignoramos si, en ausencia de este requisito, los abuelos podían suplir a los faltantes. No se ve que los huérfanos acudiesen a los abuelos en especial, sino a cualquier pariente para que los sustentara, quien indudablemente adquiriría la tutoría de los menores. Esta última institución era de gran responsabilidad: la mala disposición de los bienes encomendados hacía al autor merecedor de la pena de horca.

1.6.2. DERECHO OLMECA.

Poco y vago es lo que sabemos de los aspectos jurídicos de la cultura Olmeca. La escasez de la figura femenina sugirió una sociedad en la que la mujer no gozaba de un status importante; una sociedad, por lo tanto, sin ecos del matriarcado. Las grandes tareas públicas (como la labor de traer de lejos las enormes piedras para las esculturas) motivaron la existencia de esclavos o, cuando menos, de una plebe totalmente sometida a una élite. Algunos especialistas creen encontrar en la cultura Olmeca dos clases de origen étnico distinto: conquistadores y conquistados.

1.6.3. DERECHO MAYA.

En cuanto a la cultura maya y su derecho de familia, hubo ritos de pubertad, después de los cuales los adolescentes tenían que vivir hasta su matrimonio o hasta los 18 años en casas comunales, ocupadas por grupos de

hombre jóvenes. El matrimonio era monogámico, pero con tal facilidad de repudio que con frecuencia se presentaba una especie de poligamia sucesiva. Hubo una fuerte tradición exogámica: dos personas del mismo apellido no debían casarse. El novio entregaba a la familia de la novia ciertos regalos: por lo tanto, en vez de la dote, los mayas tenían el sistema del “precio de la novia”, figura simétricamente opuesta a la dote y que todavía en lugares remotos de la región maya se manifiesta en la costumbre (llamada haab-cab) de que el novio trabaje algún tiempo para su futuro suegro.⁶ Para ayudar a concertar los matrimonios y los arreglos patrimoniales respectivos hubo intermediarios especiales: los atanzahob.⁷

La herencia se repartía entre la descendencia masculina, fungiendo la madre o el tío paterno como tutor, en caso de minoría de un heredero. En la entrega de las cuotas hereditarias intervenían las autoridades locales.

Aunque los apellidos eran dobles (lo cual tenía importancia en relación con los tabúes exogámicos), el papel de la mujer en la familia y en la vida comunal no era prominente: en la civilización maya no hallamos rasgo alguno del matriarcado, salvo, la función de profetisa que correspondía a algunas mujeres, la existencia de órdenes de vírgenes con funciones sacrales. Por lo demás, la mujer ni siquiera podía entrar en el templo o participar en los ritos religiosos.

1.6.4. EL DERECHO CHICHIMECA.

En la organización de la familia chichimeca llama la atención el sistema de la “residencia matrilocal”: el hogar se forma alrededor de la madre. Puede ser que se tratara de un eco del matriarcado, aunque probablemente esta costumbre encontró su origen en la división de labores entre los hombres (cazadores y recolectores; ambulatorios, por lo tanto) y las mujeres (dedicadas a una primitiva agricultura que les ligaba a un lugar determinado).

1.6.5. ETAPA COLONIAL.

⁶ Del estudio de Robert Redfield y Alfonso Villa R., *Chan Kom, a mayan Village*, Washington, DC., 1993, se desprende que esta costumbre subsiste en algunas partes de Yucatán.

⁷ Sobre el matrimonio maya, véase también Victor Von Hagen, *World of the maya*, New Cork. 1960 Págs. 47 y ss.

Es lamentable la ignorancia que se tiene de la etapa colonial en lo que respecta a las relaciones familiares, por lo que es muy difícil encontrar rasgos de violencia en el ejercicio de la patria potestad, aunque no es muy descartable la idea de que esta existió en relación con el mayor apego a los derechos del hombre y no de la mujer, ya que aún se encontraba en alto el poder de este sobre la cónyuge e hijos.

Alrededor del año 1530 la Corona Española, se percató de innumerables irregularidades en el gobierno novohispano, por lo que realizó una serie de audiencias para los encargados del gobierno de la Nueva España. Bajo estas circunstancias para ocultar “la libertad en que habían vivido los españoles, lejos de sus mujeres y sus familias, dio por resultado que en sus pasajeras relaciones con la indias de la Nueva España tuvieran muchos hijos que quedaron abandonados, y era tanta la cantidad de estos niños, que llamó la atención del rey y dicta una cédula previniendo que se recogiesen a esos niños, manteniéndose, ellos y las madres en la ciudad o en algunos pueblos de españoles cristianos, y si se podía averiguar quiénes eran los padres de algunos de ellos, se les obligara a mantenerles y educarles, y los demás se encargarán de algún encomendero de confianza que los educara y doctrinara hasta que estuviesen en edad de aprender un oficio”.⁸

Durante la colonización de nuestro país fueron mezclándose los europeos, indios y negros, por lo que la población novohispana era por su composición étnica sumamente heterogénea. Cuando la corona española se percató de estas relaciones, al igual que de otros tipos de abuso en relación con el gobierno novohispano, y para que la misma administración no fuera la mas afectado por las presentes audiencias, el régimen tomó la decisión de que fueran llevados a otras ciudades los productos de dichas relaciones, así podrían averiguar quienes eran los padres y obligarlos a cumplir con las obligaciones respectivas de los alimentos de sus hijos y las madres de estos, pero las relaciones familiares entre éstos no

⁸ CHAVERO, Isidro. COMPENDIO GENERAL DE MÉXICO A TRAVÉS DE LOS SIGLOS. TOMO II. DEL VALLE DE MÉXICO. México 1987. Págs. 154 y 155.

habían existido, ya que estos no habían reconocido ni tenido contacto con dichos hijos y por dichas disposiciones fueron alejados de sus hogares y costumbres.

Los españoles oriundos se jactaban de su origen y se consideraban una raza superior en comparación con los indios, negros y sus descendientes nacidos en la colonia o criollos. A pesar de las disposiciones de la Corona, de que los hijos producto de las relaciones de los españoles con los indígenas y negros debían ser reconocidos como hijos de familia, los criollos eran sumamente discriminados por los españoles o mejor dicho sus padres, a su vez los trataban con desprecio, a los indios y en general a todos aquellos que no fueran de su color; los miraban como gente de una raza inferior, motivo por el cual sus hijos y las madres de éstos eran sumamente discriminados y humillados. No obstante, el Gobierno Español por la diversa mezcla de razas, se hizo la división de los grupos raciales producto de las multicitadas relaciones.

Después de haberse observado estas irregularidades en el gobierno novohispano, el Gobierno Español, hizo innumerables modificaciones legales, por lo que el derecho indiano aportó la base general de las reglamentaciones en las cuestiones relativas al derecho de familia.

En relación con el derecho de familia, una cédula real del 12 de julio de 1564 declara... “a fondo general que el derecho indiano aporta sus propias disposiciones, como una mayor flexibilidad para obtener dispensas de los excesivos impedimentos matrimoniales, una suavización en beneficio de negros y mulatos del principio de que se necesite la licencia paterna para el matrimonio; una presión legal para que los solteros se casen (sobre todo los encomenderos), cierta presión para que los negros se casen con negras, prohibición para que los virreyes y altos funcionarios que se casen con mujeres domiciliadas en el territorio donde ejercen sus funciones (so pena de pérdida de empleo); reglas especiales para la transformación de los matrimonios de indígenas, existentes previamente a su cristianización, en válidos matrimonios cristianos; un control por parte del Consejo de Indias sobre las legitimaciones autorizadas en las indias, una especie de control por parte de los cabildos sobre la tutela y las fianzas respectivas; reglas para que los colonos no abandonen a sus esposas en España, y normas para

preservar la unidad de la familia indígena (prohibiéndose así que la esposa trabaje en la hacienda de un colono si el marido trabaja allí mismo, etc.)”⁹.

Tal vez por dicha razón, el derecho indiano, estableció las bases que descartarán algunas irregularidades en la familia, ya que se trataban de uniones en las que los españoles sin que existiera un vínculo matrimonial válido, tenían hijos regados por doquier, la ley permitió el matrimonio entre españoles, indios y negros y las demás razas resultado de las anteriores relaciones; sin embargo el matrimonio podía realizarse bajo ciertas limitantes para los contrayentes. Pero tales disposiciones no se encargaron de regular las cuestiones relativas a la discriminación entre estos matrimonios, y más aún en el seno familiar.

Del análisis de la etapa colonial, observamos demasiadas irregularidades legales que afectaban los derechos familiares, abusos raciales, el incumplimiento de las obligaciones familiares, e inclusive obstáculos para la formación de las familias por medio del matrimonio, en consecuencia el rechazo legal y social de éstas.

1.6.6. ETAPA INDEPENDIENTE.

Después de una continuidad de subordinación colonial de tres siglos, las clases oprimidas generaron la ruptura de esta. El proceso de revolución independentista no podía concebirse dentro del marco de justicia social de dicha etapa, lo que corresponde a la regularización de muchas cuestiones, entre ellas las relaciones de familia, y en consecuencia la costumbre de subordinación entre las mismas.

Pese a esta liberación y la regularización de muchos aspectos, el matrimonio y por tanto la familia, se encontraban en primera instancia reguladas por la iglesia y después por las leyes.

A) LEY ORGANICA DEL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL.

⁹ MARGADANT, S. Guillermo F. INTRODUCCIÓN A LA HISTORIA DEL DERECHO MEXICANO, 15ª Ed Esfinge. Estado De México, 1998. Pág. 133.

La ley orgánica del estado civil del estado civil del 27 de enero de 1857, establecía al matrimonio como un contrato, y dichos aspectos se fundan con los siguientes datos:

Artículo 65.- “Celebrado el sacramento ante el párroco y previas las solemnidades canónicas, los consortes se presentarán ante el Oficial del Estado Civil a registrar el contrato de matrimonio

Artículo 72.- El matrimonio que no está registrado no produce efectos civiles.

Artículo 73.- Son efectos civiles para el caso: la legitimidad de los hijos, la patria potestad, el derecho hereditario, las ganancias, la dote, las arras, y demás acciones que competen a la mujer, la administración de la sociedad conyugal cuando corresponde al marido, y la obligación de vivir en uno.”¹⁰

Con la decadencia de la Corona Española, se inicia la etapa independiente de nuestro país, en la cual en el año de 1857 se expide la Ley Orgánica del Estado Civil de las personas, y se observa como se encontraban restringidos los derechos de la familia, ya que ésta era considerada como el ente de la sociedad y la ley, si en primer lugar se había celebrado el matrimonio ante la iglesia y posteriormente ante el Registro del Estado Civil, y de no ser así se restringía a los padres o cónyuges y a sus hijos la legitimidad y la patria potestad; las acciones que le competían a la mujer y todas las demás prerrogativas que le correspondían al marido. Es decir, las prerrogativas del marido eran, además de la patria potestad sobre los hijos y su mujer, derecho de decidir sobre ellos, en especial de la mujer, así debían actuar conforme a las decisiones del hombre, y éste, por tanto manipulaba su libre decisión.

Esta ley a nuestro juicio agredía los derechos de la familia ya que como dijimos anteriormente daba cabida a la manipulación por parte del padre de familia, además de que dejaba a un lado y discriminaba a la familia que se originaba por medio del concubinato, porque únicamente se consideraba familia a aquella que había hecho los tramites ante la iglesia y el Registro, imponiendo así las leyes a los contrayentes y sus futuros hijos como familia.

¹⁰ CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F. LA FAMILIA EN EL DERECHO. 4ª. Edición. Ed. Porrúa. México 1997. Pág. 68.

B) LEY DEL MATRIMONIO CIVIL.

La Ley Del Matrimonio Civil fue expedida el 23 de julio de 1859, dicha ley acarrea un terrible cambio para el clero, esto es, por que se excluye a la iglesia de las cuestiones relativas al matrimonio y por tanto las relativas a la familia para los efectos legales correspondientes, por lo que el poder de ésta se viene abajo.

En esta ley, el matrimonio es aún considerado como un contrato civil, por lo que a los cónyuges les concede todos los derechos y prerrogativas civiles. Lo que hace referencia al tema de investigación ya que consideramos que para evitar la violencia intrafamiliar es necesario poner en práctica lo que dice ya que habla del respeto mutuo de los cónyuges, y que es comúnmente llamada epístola de Melchor Ocampo, a continuación citaré una pequeña parte:

Artículo 15.- “Que este es el único medio de fundar la familia, de conservar la especie y de suplir las imperfecciones del individuo que no puede bastarse así mismo para llegar a la perfección de genero humano. Que éste no existe en la persona sola sino en la dualidad conyugal... Que el hombre cuyas dotes sexuales son principalmente el valor y la fuerza, debe dar y dará a la mujer protección, alimento y dirección, tratándola siempre como a la parte mas delicada, sensible y fina de sí mismo, con la misma magnanimidad y benevolencia generosa que el fuerte a débil, esencialmente cuando este débil se entrega a él, y cuando por la sociedad se ha confinado. Que la mujer cuyas principales dotes son la abnegación, la belleza, la compasión, la perspicacia y la ternura, debe dar y dará al marido obediencia, agrado, asistencia, consuelo y consejo tratándolo siempre con la veneración que siempre se debe a la persona que siempre nos apoya y defiende, y con la delicadeza de quien no quiere exasperar la parte brusca e irritable y dura de sí mismo. Que el uno y el otro se deben y tendrán respeto, deferencia, fidelidad, confianza y ternura y ambos procurarán que lo que el uno se espera del otro al unirse con él, no vaya a desmentirse con la unión. Que ambos deben prudenciar y atenuar sus faltas. Que nunca se dirán injurias, por que las injurias entre los casados, deshonran al que las vierte y prueban su falta de tino o de cordura en la elección, ni mucho menos se maltratará de obra, por que es

villano y cobarde abusar de la fuerza. Que ambos deben prepararse con el estudio y amistosa y mutua corrección de sus defectos, a la magistratura de padres de familia, para que cuando lleguen a serlo, sus hijos encuentren en ellos el buen ejemplo y una conducta digna de servirles de modelo. Que doctrina que inspiren a estos tiernos y amados los lazos de afecto, hará su suerte prospera o adversa; y la felicidad o desventura de los hijos será la recompensa o castigo, la ventura o desdicha de los padres...”¹¹.

En la familia, el hombre se ha caracterizado por su fuerza y valor, pero éste independientemente de que proporcione los elementos necesarios para la subsistencia de su esposa, debía tratarla con delicadeza y sensibilidad evitando usar su fuerza para intimidarla, discriminarla o maltratarla física, moral y psicológicamente. Pero la ley le concedía al hombre poder sobre la mujer, ya que esta debía renunciar a su voluntad para obedecer a la de su esposo, de no ser así provocaba irritabilidad y enojo a éste, de lo contrario existía la posibilidad de que este probablemente usara su fuerza en contra de la mujer para intimidarla, maltratarla moral, psicológica e inclusive físicamente.

La relación familiar entre los cónyuges debía ser de respeto, tolerancia, fidelidad, confianza, ayudándose a corregir sus faltas de una manera sutil. Cuando estos elementos se rompían o no existían, uno o ambos cónyuges se humillaban, se maltrataban u ofendían faltándose el respeto, agredándose verbalmente denigrando su moral y dignidad.

Podemos decir que uno de los fines de la familia, es el de perpetuar la especie humana, y la mejor manera de lograr este fin es la convivencia armónica entre los miembros de la familia.

1.6.7. CODIGOS CIVILES DE 1870 Y 1884.

Dentro de lo más importante que podemos mencionar del Código Civil de 1870 es que este ordenamiento concedió la patria potestad a la mujer. Se debe hacer mención de que esta no es una innovación absoluta, sino de una innovación relativa a las antiguas legislaciones mexicanas.

¹¹ CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F. Op. Cit. Págs. 69 y 70.

La mujer tiene la libre administración de los bienes del hijo. Anteriormente estaba obligada a seguir el consejo de un consultor nombrado por el padre. En este sentido también creemos que hay una innovación en esta legislación ya que además de nombrar a alguien que cuide del patrimonio del menor se le da un mejor lugar a la mujer y así se da un importante paso para evitar la discriminación a la mujer aunque no del todo, por ejemplo, en la legislación francesa está obligada a escuchar el consejo de familia.

La moral cristiana, dulcificando las costumbres y estableciendo el noble principio de la fraternidad, levantó a la mujer en la Edad Media fue ya una diosa. Pero todo su culto se reducía al amor y los torneos.

Razonan los autores del proyecto: “Si la madre tiene la obligación de seguir el dictamen del consultor, la patria potestad es un derecho ilusorio y vale mas no darlo que poner en ridículo su ejercicio”¹².

Indudablemente que la administración de los bienes exige una de estas dos cosas: o habilidad natural en la administración de los dineros o una instrucción superior en esas cuestiones; y ambas les eran negadas a las mujeres por los antiguos. La ignorancia y la inhabilidad constituyen graves peligros para una fortuna. Pero entre negar la administración de los bienes o someterlos a los peligros de la administración materna que no necesariamente existen, los legisladores optan por lo segundo.

La tercera innovación consistió en extender la patria potestad a los abuelos y abuelas a los que concede la facultad de poder renunciar a ella cuando crean prudente hacerlo.

Parece ser que ésta es una verdadera innovación, una verdadera creación de los legisladores mexicanos. La Razón de ser de ella es expresada en el siguiente párrafo: Mas no se contentó con este paso la comisión; (conceder a la mujer la patria potestad) sino que dando otro, declaró la patria potestad a los abuelos y abuelas. Contra los primeros sólo puede alegarse la edad; pero como se les concede la facultad de poder renunciar a ella, es prudente creer, que el abuelo que no se considere ya capaz de ejercer aquel derecho, lo renunciara en

¹² ANONIMO. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA. México D.F. 1949 Escuela Libre De Derecho. Pág. 47.

bien de sus descendientes. Respecto de las abuelas rezan las mismas que respecto de la madre y concurren las mismas circunstancias que en los abuelos. El pensamiento dominante de la comisión en esta materia y en la de sucesiones ha sido introducir en los negocios domésticos a personas extrañas.

La lectura de este texto hace surgir una cuestión de fondo en materia de patria potestad. Por que si esta institución no es puramente jurídica, si no que tiene una relación natural entre el padre y el hijo, entonces la innovación es espurea¹³ y mal hecha. Si la institución de la patria potestad no es sino la reglamentación de derecho positivo de una relación de derecho natural, entonces la generosidad de los legisladores al ampliarla está completamente fuera de lugar. Ahora bien, si la patria potestad es una creación absoluta de la ley, (cosa que no creemos ya que la patria potestad es un derecho natural que se da con el nacimiento de los hijos y que la ley solo se dedica a tutelar y regular, para asegurar un bienestar a los sujetos de ésta, que en este caso son los hijos menores), esta tendrá derecho de hacer y deshacer sin quebrantar ningún derecho superior por que la juridicidad será la última razón de su justicia.

La relación natural que une directamente al padre o a la madre con el hijo constituye la base de la patria potestad, toda otra relación puede crear vínculos de afecto y respeto más o menos intensos pero no la patria potestad. Los mismos autores del código lo reconocen cuando al hablar en la parte expositiva, del consejo de familia las siguientes declaraciones: “La comisión cree que la reunión de los parientes puede ser causa de disturbios cuando no hay ese respeto aristocrático a la jerarquía domestica. Entre nosotros falta y debe faltar ese elemento por que cada padre es jefe de su familia”¹⁴.

Sin embargo en las familias antiguas era el patriarca, abuelo o bisabuelo titular de la patria potestad y negar que la ejerce en forma preponderante sería negar la historia. Por otra parte, no es buena la razón de los autores del código

¹³ Este término se refería a los hijos bastardos. Recordemos que en tiempos anteriores un hijo bastardo o sin padre era mal vistos en la sociedad, tan es así, que en las leyes se le restringían los derechos a los hijos que guardaban esta condición ya que eran considerados hijo ilegítimos.

¹⁴ ANONIMO. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA. México D.F. 1949 Escuela Libre De Derecho. Pág. 49.

cuando dicen que es preferible no introducir extraños en los negocios domésticos. Pero pueden entrar los abuelos desposeídos de la patria potestad.

Establecen también los legisladores que si el abuelo o la abuela, se sienten incapacitados para ejercer la patria potestad pueden renunciar a ella. La renunciabilidad es pues una característica especial de la patria potestad de los abuelos; por que el padre la puede perder por diversos motivos, puede emancipar al hijo, que es en cierta manera una forma de renunciación, pero no puede renunciar a ejercerla, desde un principio.

Esto hace pensar de nuevo, que la ley no se fija en la relación natural que puede dar base al precepto de que nos ocupamos si no que solo toma en cuenta la razón de convivencia que mencionamos al final del párrafo anterior. En fin que se aparta de lo que es natural para crear en el sentido exacto de la palabra, sacar de la nada una patria potestad para los abuelos como la pudo crear para los tíos ya que para ellos también vale la razón de que: “no entren personas extrañas a los negocios domésticos del menor sino cuando no se pueda evitar”¹⁵.

Los demás artículos que forman el título octavo, capítulo primero que trata de los efectos de la patria potestad respecto de las personas que los hijos no se encuentran ninguna otra innovación con respecto a los códigos mencionados. Podríamos decir que ni la redacción varía.

El Art. 393 Establecía claramente que la mujer solo entrara al ejercicio de la patria potestad cuando por cualquier motivo el padre haya dejado de ejercerla.

Los demás artículos que componen este primer capítulo hablan de la obligación del hijo de permanecer en la casa del padre (394). De la facultad del padre para corregirle mesuradamente (396). Del deber de las autoridades de auxiliar a los padres cuando ellos lo soliciten (397).

El artículo 394 aparte de establecer que el hijo mientras estuviere sujeto a la patria potestad no podrá dejar la casa de aquel que sobre él la ejerzan, establece una salvedad: la podrá dejar por el decreto de la autoridad pública competente. Esto nos hace recordar el precepto napoleónico en donde se libera

¹⁵ ANONIMO. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA. México D.F. 1949 Escuela Libre De Derecho. Pág. 50.

de la patria potestad a los hijos con el fin de que estos acudan a formar parte en las filas del ejército.

En conclusión en los códigos de 1870 y 1884 la patria potestad se ejercería, en primer término, por el padre y después por la madre (Art. 392 y 366). Solo la muerte, interdicción, ausencia del llamado preferentemente entraría al ejército de la patria potestad el que seguía en el orden establecido en los artículos del código. Después de la muerte seguía el abuelo paterno, después el materno.

El Código de 84 en el capítulo que trata: “De los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos”, no modificó absolutamente en nada el texto correspondiente de la ley anterior.

Lo transcribió íntegro. Estableció como aquél el deber de honrar a los padres durante toda la vida; el deber de los hijos de permanecer en la casa de los padres; la obligación de estos de educar a aquellos; y la posibilidad del castigo más o menos grave como coadyuvante de la educación.

Las Leyes de 70 y 84 privaron también de sus derechos y absolvieron de sus obligaciones a los padres de los hijos naturales no legitimados ni reconocidos.

Las razones para tal privación son más o menos las mismas que expusieron los autores franceses al tratar esta cuestión: “La mayor parte de las legislaciones extranjeras, como lo hacía también nuestro antiguo Derecho, no establecen en principio el poder paternal sobre los hijos naturales. El poder paternal se pone la organización de una familia cuyo jefe ha aceptado voluntariamente los deberes que son la razón de ser de este poder y se encuentra asistido y vigilado, en el cumplimiento de sus deberes, por los miembros de la familia. Estas condiciones faltan casi siempre en los casos de filiación natural”¹⁶.

1.6.8. LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

Fue en esta ley, en su artículo 241 donde se establece que la patria potestad se ejerce en primer término por el padre y la madre en primer término, y después por los abuelos paternos y por último ambos abuelos maternos, lo que ya

¹⁶ REVISTA DE ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA. México D.F. 1949 Escuela Libre De Derecho. Págs. 55 y 56.

no recibe el código civil actual, de tal forma que la patria potestad se ejercía mancomunadamente.

La Ley de Relaciones Familiares de 1917 siguió el mismo programa que las dos leyes anteriormente; transcribió también la mayoría de los artículos, pero introdujo las siguientes modificaciones:

Mientras que los códigos de 70 y 80 decretaban que la patria potestad se ejercía sobre los hijos legítimos y sobre los hijos naturales legitimados y reconocidos, la ley de relaciones familiares establece que se ejercerá también sobre la persona de los hijos naturales legitimados o no y de los hijos adoptivos.

La patria potestad era ejercida, según las leyes anteriores, por el padre; en defecto de él, por la madre; a falta de los padres por los abuelos paternos, en defecto de ellos, por los abuelos maternos. En la ley de relaciones familiares la patria potestad se ejerce por el padre y la madre, por el abuelo y la abuela.

Las antiguas legislaciones negaron la patria potestad sobre los hijos naturales. La romana dentro de su formalismo, por que solo las *justae nuptiae* eran fuente de potestad paterna; los hijos nacidos fuera de las relaciones legales podían ser reconocidos por el padre, pero sobre ellos no se podía ejercer la patria potestad.

A este respecto no hay que olvidar que entre los romanos, mas representaba beneficios el poder paterno que cargas. El hijo que nunca vendría a ser "heredes sui" no tenía por que trabajar para su padre, ni por que sacrificarse en la obediencia a él ni en beneficio de él, si sólo aquellos nacidos de *justae nuptiae* gozarían del patrimonio familiar.

La ley de Relaciones Familiares de 1917 implantó un nuevo sistema: "La patria potestad se ejercerá sobre las personas de los hijos legítimos, legitimados, naturales y adoptivos".

No hace distinción al enunciar a los hijos naturales, entre aquellos que han sido reconocidos y aquellos que no lo han sido; sin embargo, se establece por la misma ley, en artículos anteriores, que cuando el padre y la madre naturales vivan separados, aquél que reconozca primero al hijo tendrá la patria potestad.

Una de las cuestiones que encontramos en la patria potestad es: Está sujeto a la patria potestad o no lo está el hijo no reconocido por ninguno de sus

padres, está de antemano resuelto, por que el artículo arriba citado, es un artículo general enunciativo que no establece las condiciones en las cuales se ejercerá el poder paterno; las condiciones las establecen precisamente los artículos que hablan de la primacía del reconocimiento, atribuyendo la patria potestad a aquel de los padres que reconozca primero al hijo. A la regla general del primer artículo citado se sobreponen las reglas especiales de los últimos.

En conclusión se puede ejercer el poder patrio sobre los hijos naturales siempre y cuando hayan sido reconocidos por el padre, por la madre, o por los dos conjuntamente.

El que un presunto padre natural se niegue a reconocer a un niño por las consecuencias que le pueda traer, es explicable; pero que una mujer no reconozca al hijo nacido de ella, cuando por el solo hecho del nacimiento se establece legalmente la maternidad con todas sus cargas, no tiene explicación, como tampoco la tiene el que se prive de sus deberes y derechos de la patria potestad al padre o la madre naturales que sin haber reconocido a su hijo, cuiden de él, le proporcionen educación, en una palabra, tengan la posesión de estado de verdaderos padres.

La ley al establecer el requisito de reconocimiento, no hizo sino seguir un viejo formulismo legal, un requisito de forma rígido, sin tomar en cuenta el muy posible hecho de una posesión de estado, como sucedió frecuentemente en un tiempo no muy lejano en que se cuidaba poco del matrimonio y del registro civiles y más valían el acta de bautismo y la de matrimonio.

Pero la patria potestad se ejerce también sobre las personas de los hijos adoptivos. La ley ha querido asimilar en todo la filiación legítima con la adoptiva. Esta innovación tiene su explicación en que la adopción fue introducida a nuestro Derecho por la misma Ley de Relaciones Familiares.

El padre adoptante sustituye por completo a aquel que antes ejercía la patria potestad sobre el menor. Sin embargo, y a pesar de la similitud que la ley ha querido establecer entre los hijos legítimos y adoptivos, no pudo menos que preceptuar que el hecho de la adopción sólo surte efectos entre el adoptado y el adoptante. Muerto el adoptante no lo sucederían en la patria potestad ninguno de aquellos que, en el caso de un hijo legítimo, le hubiesen sucedido.

La segunda gran modificación introducida por la Ley De Relaciones Familiares de 1917 consiste en que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por el padre y la madre o por el abuelo y la abuela.

La trascendencia de tal modificación es grande por que viene a ser el reconocimiento de los derechos de la madre sobre el hijo aun en vida del esposo. Pensar que las madres no castigaban mesuradamente a los hijos, aun en vida del padre, sería no apreciar la verdad. Y afirmar como lo afirmaban los otros códigos que sólo el padre tiene la obligación de educar a sus hijos; y sólo muerto o perdida para él la patria potestad, tal obligación incumbe a la madre, era desconocer una de las más grandes realidades como es la educación del género humano por las mujeres. Porque la educación conveniente de que hablan nuestros códigos no se reduce al aprendizaje progresivo de las ciencias, o de los oficios o de las artes, ni se concreta al hecho de procurar una escuela y firmar las calificaciones semanales, sino que se extiende al espacio más amplio de la moral y la vida.

La formación espiritual del niño con todos los pequeños detalles cotidianos que se escapan al padre generalmente alejado por el trabajo, quedaba y queda a cargo exclusivamente de la madre.

Los pequeños detalles cotidianos son las inclinaciones infantiles, las reacciones a los castigos, los castigos adecuados, las preguntas, las respuestas, los hábitos de orden y desorden. La obligación de educación que tiene la madre para con sus hijos existe, así la imponga o no la ley, por necesidad de la vida y exigencia imperiosa de la naturaleza.

Pero aparte del reconocimiento de las obligaciones de educación y de castigo, por supuesto castigo familiar, que para mí es parte integrante de la educación, trajo la innovación de la ley otras consecuencias.

En primer lugar, como ya es una obligación para la madre el dar educación a su hijo, la ley puede en cualquier momento crear un organismo o darle nueva vida a alguno ya existente para exigir de aquélla el cumplimiento de su obligación. En segundo lugar, en el caso de la falta temporal del padre, podrá la esposa por sí misma, pedir el auxilio de las autoridades para hacer regresar al hijo a la casa paterna; o bien para pedirles que le apliquen un castigo. En tercer lugar, la madre gozará de los beneficios económicos de la patria potestad separadamente, es

decir, en un régimen conyugal de separación de bienes tendrá la mitad de los frutos o productos que tocan a aquéllos que ejercen la patria potestad.

Por ultimo, consignaremos una posibilidad: como la madre, en los códigos anteriores, no tenía la patria potestad y consecuentemente no podía castigar ni aun mesuradamente a sus hijos, podría haberse dado el caso de que de que algún menor la acusara por golpes (suponiendo que tal haya sido el castigo) ante las autoridades, y de esa acusación surgieran las consecuencias naturales. Lo remoto de esta posibilidad, más que otra cosa, teórica, desaparece con la redacción afortunada en la que se refiere al ejercicio conjunto de la patria potestad por el padre y la madre del artículo 241 de la Ley de Relaciones Familiares.

1.6.9. CODIGO CIVIL DE 1928.

El Código Civil de 1928 admitió las reformas e innovaciones de la Ley de Relaciones Familiares y los demás artículos que dicha ley había copiado de los códigos de 84 y 70; pero además de esto introdujo una serie de artículos que vienen a llenar lagunas dejadas por las anteriores disposiciones.

Creó también, en parte, un artículo del que me ocupare en seguida, cuyo contenido para nosotros es oscuro:

“La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. (Hasta aquí el artículo es idéntico a los correspondientes de las leyes anteriormente estudiadas). Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal.

Tenemos que decir, ante todo, que en general la guarda y educación de los hijos no deben estar sujetas a más modalidades que aquellas que impriman los que ejercen la patria potestad, sin excederse en las medidas de corrección que los padres empleen en la educación de los hijos. Ni siquiera, quitando éste artículo, el código civil trata en alguna forma de sujetar el derecho que tiene el que ejercita la patria potestad de determinar la educación que debe darse al hijo.

En cuanto a la guarda, que entre otros derechos contiene el de designar el lugar para la habitación del hijo, el de hacerlo permanente en el, el de velar sobre su cuerpo, ¿Cómo va a estar sujeta a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten de acuerdo a la ley respectiva?

Indudablemente que el artículo 413 adolece de una mala redacción, por que en los términos en que esta concebido, es o puede ser negatorio de toda la libertad que los padres deben tener en materia de educación y guarda de sus hijos en lo único que se les puede restringir esa libertad a los padres, es en los métodos de corrección de la conducta de los hijos.

Convengo en que en los casos de delitos cometidos por menores sujetos a patria potestad, ésta se modifique y quede sujeta a las modalidades que le impriman las resoluciones dictadas por los Tribunales De Menores o por cualquiera otra institución de acuerdo con la ley que se quiera; pero no estoy de acuerdo en que, en una forma terminante y generales haga la declaración de que en lo que se refiere a guarda y educación, esté sujeta la patria potestad a otras resoluciones que no sean las del que la ejerce.

Los artículos nuevos que introdujo el Código Civil del 32 no tienen otro objeto que determinar claramente el modo de ejercer la patria potestad respecto de las personas de los hijos naturales reconocidos, y de los hijos adoptivos

La Ley de Relaciones disponía que ejercería la patria potestad sobre los hijos naturales aquel de los padres que primero los reconociera, y si ambos lo reconocían en el mismo acto, el Juez designaría el titular de la patria potestad.

El nuevo Código considerando que cuando los padres naturales hacen vida conjunta, vida de familia, se asemejan grandemente a los padres legítimos, en el artículo 415 les concedió el ejercicio simultaneo de la patria potestad.

Más adelante, en el artículo 417 resuelve la situación planteada por la separación de los padres naturales, determinando que “ejercerá la patria potestad, cuando no se pongan de acuerdo, el progenitor que designe el Juez”.

El 418 aclara que para los hijos naturales también rige el artículo 414 que establece que: “la patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce por el padre y la madre, por el abuelo y la abuela paternos, etc.”

El 419 establece una excepción al anterior: “la patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente las personas que lo adopten”. La misma idea estaba ya expresada en el capítulo de adopción donde se decía que los derechos que nacen de ella, así como el parentesco que deriva de la misma se limitan al adoptante y al adoptado.

Cuando habiendo reconocido al hijo ambos cónyuges y viviendo separados, viene a dejar de ejercer la patria potestad, por cualquier motivo, aquel que la ejercía, entrara a ejercerla el otro, por disposición del artículo 416.

1.7. EL CÓDIGO DE LAS PARTIDAS DE ESPAÑA

Las partidas negaban la patria potestad, entre otras, por una razón religiosa que consistía en que los hijos habían sido concebidos en “grande pecado”. Aunque las Partidas, en términos generales siguieron en muchos puntos a la legislación romana, introdujeron en materia de patria potestad una modificación notable, puesto que impusieron al que la ejercía la obligación de educar al hijo. Es decir, paso de ser la patria potestad de pura carga para el hijo, un conjunto de deberes para el padre y para el hijo.

Otras de las consideraciones de las Partidas es la siguiente: desde el momento en que el padre esta obligado a dar una educación moral al hijo es de exigírsele una moralidad media. Las Partidas consideraron que aquel que engendraba un hijo fuera del matrimonio estaba privado de tal moralidad y por lo tanto incapacitado para la educación de su hijo; por otra parte, en castigo de su gran pecado se le privaba de los beneficios que pudiera obtener del ejercicio de la patria potestad.

Siguiendo literalmente las leyes de Roma quitaron a la madre la patria potestad que el Fuero Juzgo le concedía. Hoy casi todos los códigos reconocen ese derecho, por que la sociedad moderna ha depuesto ya la antigua prevención contra las mujeres que diariamente suben por la escala social. Triste era, en efecto, la condición de la mujer: alguna vez considerada como cosa y siempre esclava servia solo, en los tiempos anteriores al cristianismo por los placeres brutales del hombre que no la consideraba dignas de estimación. La moral

cristiana, dulcificando las costumbres y estableciendo el noble principio de la fraternidad, levanto a la mujer que en la edad media fue ya una diosa. Pero todo su culto se reducía al amor y los torneos.

1.8. DERECHO HEBREO.

En el derecho Hebreo se ejercía la patria potestad predominantemente por el padre con sacrificio de la personalidad de la mujer. La evolución posterior va logrando cierta igualdad.

En el Talmud se establece una recapitulación de los deberes de los padres para con los hijos y para consigo mismo, y se dice, "todos los deberes que son necesarios cumplir para con un hijo incumben al padre y no a la madre".¹⁷

Como sabemos el pueblo hebreo rige su convivencia y gran parte de su vida social en la Biblia y es oportuno mencionar lo que dice dicha obra acerca de la patria potestad.

En el transcurso de la Biblia se menciona algunos rudimentos a seguir en cuanto al ejercicio de la patria potestad de los cuales quiero mencionar los más importantes:

1. En la primera epístola del apóstol San Pedro dice lo siguiente:

"Por causa del señor someteos a toda institución humana, ya sea al rey, como a superior".¹⁸

2. En El libro de los efesios nos dice lo siguiente:

"Hijos obedeced a vuestros padres, por que esto es justo. Honra a tu padre y a tu madre".¹⁹

Como hemos visto la patria potestad es reconocida como una institución humana a la cual los hijos se deben someter pero sin dejar de lado el deber que tienen los padres de proporcionar un bienestar físico y psíquico a los hijos para el buen funcionamiento y desarrollo del núcleo familiar.

¹⁷ PUIG PEÑA, Federico. TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL. TOMO II. VOLUMEN II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1999. Pág. 200.

¹⁸ SANTA BIBLIA Capitulo 2 Versículo 13.

¹⁹ Op. Cit Capitulo 6 versículos 1-2.

Cuando desapareció la organización patriarcal del pueblo hebreo y apareció el gobierno teocrático y la legislación mosaica se esbozó entre ellos la institución jurídica natural de la patria potestad.

El cuarto mandamiento del decálogo: “Honrarás a tu padre y a tu madre”²⁰ encierra toda una doctrina correlativa a la de la patria potestad. En efecto, el mandato de la ley presupone la existencia de deberes que los padres deben cumplir; tanto el padre como la madre puesto que el mandamiento pide honra para uno y para otra. La educación de los hijos en la sabiduría divina, en el temor de Dios y en las tradiciones de la familia es cosa innata, por decirlo así, en los judíos.

La Biblia que con frecuencia repite que los hijos son corona y orgullo del padre, narra que uno de los sumos sacerdotes, Samuel fue castigado por Dios por haber educado mal a sus hijos.

La organización natural del patriarcado entre los hebreos no sufrió sino un solo cambio radical. El padre perdió la decisión sobre la vida o la muerte del hijo. Desde la aparición de la ley mosaica, sólo el pueblo representado por los ancianos tenía tal derecho.

Si un hombre –dice la ley mosaica- tuviera un hijo contumaz o protervo, que no oiga el mandato del padre o de la madre y después de castigarlo rehusase con desprecio a obedecerles, préndanle y llévenle a los ancianos de aquella ciudad y a las puertas del juzgado y les dirán: Este hijo nuestro es protervo y contumaz y no oye sino con desprecio nuestras amonestaciones y pasa la vida en glotonerías, disoluciones y banquetes; y lo apedreará el pueblo de la ciudad.

Es notable como en los textos citados y en otros mandamientos mosaicos, como aquél que ordena la pena de muerte para el hijo que maldijere o golpeare a su padre o a su madre, se iguala a la calidad de uno y otra y no hay preferencia ni distinción. Y es que la Biblia, aunque establece la autoridad del marido no estatuye la superioridad del hombre sobre la mujer.

Como el hebreo, muchos pueblos de la antigüedad, principalmente arios, conservaron la organización patriarcal con la sola variante de no tener el poder de dar muerte al hijo.

²⁰ Ibid. Libro de Génesis Capítulo 20 Versículo 12.

El padre siguió siendo el sumo sacerdote de la religión familiar y el supremo propietario de los bienes de todos aquellos que lo rodeaban.

A lo largo de la historia como pudimos observar la patria potestad se ha ido limitando en cuanto a su ejercicio, al principio con los pueblos prehispánicos en México el padre podía disponer de la vida de los hijos incluso matarlos si rompían con alguna de las reglas o no obedecían sus ordenes, lo que se traducía en un ejercicio tiránico y primitivo de este poder sobre los hijos.

CAPITULO 2.

“CONCEPTOS GENERALES”.

2.1. FAMILIA.

El hombre es un ser sociable por naturaleza, de donde se desprende la idea de relación, como una necesaria vinculación, ya sea intelectual, emocional, volitiva o legal entre personas y entre el individuo y la sociedad.

Por ser sociable, el ser humano vive en comunidad. Esta va desde la más pequeña que es la familia, al pueblo, ciudad, nación, comprendiendo la comunidad internacional.

La familia es la más antigua de las instituciones humanas y constituye un elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad. A través de ella, la comunidad no solo se provee de sus miembros, sino que se encarga de prepararlos para que cumplan satisfactoriamente el papel social que les corresponde. “Enraizada por un lado en la biología (reproducción de la especie), constituye un fenómeno social total, con repercusiones en todos los ordenes, al ser canal primario para la transmisión de los valores y tradiciones de la sociedad de una generación a otra. Cuando un ser humano nace, comienza en el seno de la familia a aprender las normas de comportamiento que se consideran adecuadas, buenas o morales. A medida que crece, adquiere el lenguaje del grupo y por ese instrumento paulatinamente va teniendo acceso a todo el mundo cultural... Se socializa de este modo el nuevo miembro haciéndolo apto para la vida sociedad a la que pertenece de acuerdo con las diversas etapas de su desarrollo, hasta que alcanza la madurez biológica y social, y el individuo se encuentra preparado para fundar él mismo su propia familia y recomenzar el ciclo que nutre la vida social”.²¹

Así la familia se constituye en una institución que ha sido definida de muy distintas maneras: se le ha considerado como la célula primaria de la sociedad, como el núcleo inicial de toda organización social, como el medio en que el individuo encuentra su desarrollo, tanto físico, psíquico como social. También se le ha señalado como la unidad económica que constituye la base de la seguridad material del individuo, a través de sus diversas etapas de desarrollo, primero en el

²¹ OLAVARRIETA, Marcela. LA FAMILIA, ESTUDIO ANTROPOLÓGICO, FAMILIA HOY. U.N.E.D. Madrid, 1976. Pág. 82.

seno de la familia dentro de la cual nace y posteriormente en el de la familia que hace.

Sin pretender dar una definición satisfactoria, se puede señalar a la familia como la comunidad humana de vida, que tiene una finalidad propia, y se integra por los progenitores (o uno de ellos), y con los hijos (incluyendo los adoptados) a quienes se pueden incorporar otros parientes, todos los cuales viven en un domicilio común, unidos por vínculos surgidos de sus relaciones interpersonales y jurídicas.

La familia en sentido amplio es el grupo de personas entre quienes existe un parentesco de consanguinidad por lejano que fuere, es decir, es el grupo constituido por el matrimonio, los hijos matrimoniales y otras personas relacionadas con ellos por vínculos de sangre, afinidad o dependencia en mayor o menor grado.

La palabra familia también tiene una connotación más restringida, comprende únicamente a los cónyuges y a los hijos de estos.

La familia es el lugar y tiempo de salvación para sus miembros. Esto significa que los familiares, padres e hijos, dentro de la familia deben encontrar los elementos necesarios para su evangelización, así como la ayuda y apoyo necesario para el testimonio que deben dar dentro y fuera de ese núcleo.

Con lo anterior se pueden decir tres cosas acerca de la familia:

1. En relación a la sociedad se considera a la familia como “núcleo básico o fundamental”.
2. En lo religioso, como “pequeña iglesia doméstica”.
3. Y en los demás aspectos sociales, como “escuela del más rico humanismo”.

2.1.1. CONCEPTO BIOLÓGICO.

El primer enfoque nos coloca frente a un concepto biológico de la familia que, desde este ángulo, deberá entenderse “como el grupo constituido por la primitiva pareja y sus descendientes, sin limitación”²².

La familia como hecho biológico involucra a todos aquellos que, por el hecho de descender unos de los otros, o de un progenitor común, generan entre sí lazos de sangre.

2.1.2. CONCEPTO SOCIOLOGICO.

En algunos casos, como el de las sociedades llamadas industriales, su organización ha correspondido a la estructura de la denominada “familia nuclear”, que se encuentra compuesta exclusivamente por la pareja y sus descendientes inmediatos. En otros casos, como sigue ocurriendo en las comunidades agrícolas y pastoriles tradicionales, los familiares se agrupan en diversas parejas y sus descendientes pertenecen siempre a la familia originaria, familia del fundador, o del pater. En estas circunstancias es posible que tres o más generaciones, y personas adicionales vivan juntas como una unidad familiar, originando así, la denominada “familia en sentido extenso”. Los integrantes de este tipo de familia no siempre estuvieron unidos por vínculos de sangre y matrimonio, como fue el caso de los siervos y clientes que vivieron bajo el mismo techo, por ejemplo la familia romana.

De aquí que los conceptos biológico y sociológico de la familia no siempre, coincidan, puesto que el primero lo define como la institución formada por el padre, la madre y los hijos de ambos; mas en otras ocasiones, los parientes lejanos que se les agregaban. En cambio para el concepto sociológico es la institución social formada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos, y los individuos unidos, a ellos por intereses económicos, religiosos o de ayuda.

Según Levi- Strauss la familia “es una organización única que constituye la unidad básica de la sociedad, la cual necesita vivir en un grupo y siendo la familia

²² BAQUEIRO ROJAS, Edgard. BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. Derecho de familia y sucesiones. Ed Harla. México 1990. Pág. 8.

un grupo natural, puesto que el recién nacido no es capaz de sobrevivir por sí mismo desde el momento de nacer”²³.

Nathan Ackerman utiliza el concepto de organismo familiar para enfatizar en las cualidades del proceso viviente. Así la familia “es la unidad del crecimiento, la experiencia y la realización, ya que sirve a la continuidad biológica al proporcionar un patrón grupal socialmente sustentado para el varón y la mujer se una y puedan cuidar a sus hijos”²⁴.

2.1.3. CONCEPTO JURIDICO.

“El concepto jurídico de familia se establece alrededor del parentesco y así comprende vínculos de sangre, de matrimonio o puramente civiles. Así por la unión de sexos, ya sea en virtud de matrimonio o concubinato, se inicia la familia a la que se agregan los hijos nacidos en matrimonio o reconocidos si su nacimientos fue extramatrimonial”²⁵.

El concepto jurídico, atiende a las relaciones derivadas del matrimonio y la procreación conocidas como parentesco, y a las que la ley reconoce ciertos efectos, esto es, crean derecho y deberes entre sus miembros.

Así, desde la perspectiva jurídica, la simple pareja constituye una familia, por que entre ambos miembros se establecen derecho y obligaciones recíprocos; también constituyen partes de la familia sus descendientes, aunque lleguen a faltar los progenitores. Sin embargo, no todos los descendientes forman parte de la misma familia en sentido jurídico, ya que los efectos de las relaciones de parentesco, solo son reconocidos por la ley hasta determinado grado o distancia. Así, en línea recta el parentesco no tiene límite, pero en línea colateral el parentesco y sus efectos solo se extienden hasta el cuarto grado, como lo considera nuestro derecho civil vigente. Es necesario aclarar que no siempre ha

²³ Citado por V. Maria Luisa. MANEJO DEL ENFERMO CRÓNICO Y SU FAMILIA. Ed. Grijalbo México 1999. Pág. 20

²⁴ Citado por V. Maria Luisa. Op. Cit. Pág. 25

²⁵ BAQUEIRO ROJAS, Edgard. DICCIONARIOS JURÍDICOS TEMÁTICOS. VOL 1 DERECHO CIVIL. Ed. Harla. Pág. 47.

sido así, pues en otros tiempos y en otros lugares el parentesco biológico produjo y produce efectos jurídicos a mayores distancias o grados.

Por lo tanto, y aunque se basa en los conceptos biológico y sociológico, en nuestro derecho el concepto jurídico de familia solo la considera apartir de la pareja, sus descendientes, ascendientes y, cuando descienden del mismo progenitor, incluye a sus parientes colaterales hasta el cuarto grado. Así las cosas, en el concepto jurídico de la familia responde únicamente al grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como por otras personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio, o solo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos.

De hecho que, atendiendo solamente a los derechos y deberes que crea y reconoce la ley, la unión de la pareja y descendencia extramatrimonial no siempre son familia desde el punto de vista jurídico, para que lo sean se requiere de la permanencia de la relación (concubinato) y del reconocimiento de los hijos.

Para Rafael De Pina la familia es un “agregado social constituido por personas ligadas por el parentesco. Conjunto de los parientes que viven en un mismo lugar”²⁶.

Nuestro código civil no define ni precisa el concepto de familia. Fundado en una concepción individualista, Solo señala los tipos, líneas y grados del parentesco y regula las relaciones entre los esposos y parientes.

Otra acepción de familia da el maestro Baqueiro Rojas es: “El grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como por otras personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio o sólo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos”²⁷.

De dichas definiciones podemos concluir que la familia está constituida por el grupo de personas que proceden de un progenitor o tronco común y que las relaciones jurídicas que existen entre sus miembros tiene como fuente el matrimonio y la filiación matrimonial y extramatrimonial.

En lo que se refiere a la situación actual de la familia, se puede observar, como una consecuencia del intervencionismo del Estado y de los servicios que

²⁶ DE PINA VARA, Rafael y DE PINA Rafael. DICCIONARIO DE DERECHO. Ed. Porrúa Mexico 1993 Pág. 287.

²⁷ BAQUEIRO ROJAS, Edgard. DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES. Pág 115.

presta la asistencia pública, que los deberes y responsabilidades de los padres respecto de sus hijos, así como la situación de sumisión y obediencia de éstos en relación con sus progenitores, ha venido sufriendo mengua, debido a la existencia cada vez mayor de la ayuda pública (instituciones de seguridad social y de defensa de los menores) para suplir en muchos casos las obligaciones que correspondería cumplir a los padres hacia los hijos y que de ninguna manera dan cabida a la irresponsabilidad de éstos.

“La familia como tal tiene como finalidad:

1. Formar personas;
2. Educarlas en la fe y;
3. Participar a través de sus miembros, en el desarrollo integral de la sociedad”²⁸.

Los dos primeros se refieren a las relaciones de los miembros de la familia y el tercero a su participación en la comunidad.

De lo anterior podemos decir que la familia es el núcleo básico y fundamental de la sociedad, y para que esta pueda cumplir los objetivos ya citados, este núcleo fundamental requiere que tanto el Estado como la comunidad civil creen condiciones favorables para el desarrollo de la vida familiar, por lo que en ese sentido, el Estado a través de sus leyes se han encargado de proteger la organización y el desarrollo integral de los miembros de la familia, ya que nuestro ordenamiento civil vigente es claro al establecer que las disposiciones relativas a la familia son de orden público y de interés social; que las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia, y sobre todo el legislador hace hincapié en que es deber de los miembros de la familia es observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares.

2.2. LA FAMILIA EN MEXICO.

²⁸ DE LA PAZ, Luciano. EL FUNDAMENTO PSICOLÓGICO DE LA FAMILIA. Ed Manual Moderno. México 1999. Pág. 36.

En México, por lo general los grupos indígenas, sobre todo en el centro del país eran polígamos, (doctrina que admite variedad de orígenes de la especie humana), sin embargo existían otros monógamos (doctrina antropológica, según la cual las razas humanas descienden de un tipo primitivo único). Los aztecas y toltecas consideraban que el matrimonio era para toda la vida. De acuerdo con las primeras costumbres de los grupos indígenas de México, puede creerse que la poligamia no existió y que los principios morales no la autorizaban.

Para los aztecas la familia era un núcleo activo y eficaz de la vida social y positiva en su misión. Ya que existía el respeto filial y paterno, siendo el hogar el centro de la educación donde se formaba el carácter de los hijos. Pero a partir de la conquista surgen dos nuevos grupos: el criollo y el mestizo.

En los criollos puede observarse que el hijo siempre tuvo ante sus ojos a un padre fuerte, que lo impulsa a defenderse y a identificarse con los privilegios obtenidos y se enorgullece de sus hijos y trata de darle de lo que careció: ropa, lujos y comodidades, a la mujer se le exigía ser fiel. En cuanto a los mestizos, el padre ofrece contacto a los hijos dificultándose las identificaciones masculinas que el niño necesita.

A partir de la revolución de 1910, se puede hablar de la familia rural, urbana y la burguesa. Dentro de la primera se observan cambios bruscos.

Las familias urbanas que provienen del campo constituyen por lo general familias pobres, las cuales son numerosas, por lo general basadas en la unión libre. En las cuales el hombre mantiene o ayuda en la manutención de los hijos mientras dura la unión. Por otro lado el hombre es la autoridad mientras esta en la casa y la madre soporta los maltratos del marido, pero cuando este se va, la madre se queda al cargo del cuidado de los hijos. Así se observa un panorama en donde la pobreza deja poco para las expresiones de cariño y por ende, la escasa felicidad activa.

En cambio la familia burguesa vive una relación prematrimonial que esta basada en el interés económico. Por lo general los hijos son secundarios para la familia, quedando en manos de sirvientes e institutrices, para no entorpecer las relaciones sociales de los padres. El esposo rara vez tiene un profundo aprecio por la esposa, siendo proveedor económico, mostrándose autoritario mas que

cariñoso para con los hijos. La esposa trata de satisfacer por completo a su marido.

2.2.1. ESTRUCTURA FAMILIAR MEXICANA.

La familia mexicana es una unidad relativamente sólida y dependiente de la estructura social global. La vida familiar queda íntimamente ligada a múltiples estereotipos que la propia cultura popular integra y genera a través del sentido ideológico de quienes son sus beneficiarios. Es importante mencionar que en México se observan estereotipos que considera que los lazos de parentesco son la base de la seguridad y canal natural para la socialización de la persona, de modo que la familia mexicana se constituye en la unidad básica del individuo por tradición popular.

A partir de este concepto, el estereotipo derivado hace referencia a una familia mexicana unida a través de los lazos de parentesco que, por adscripción, representan la relación social del individuo. La mayoría de las veces, estos lazos de parentesco son aquellos que ligan a la familia nuclear con la familia extensa, es decir, con los abuelos tíos primos compadres, e incluso personas ajenas a la familia nuclear. Cabe mencionar que la familia nuclear esta formada básicamente por los padres y los hijos.

Diferentes autores han hablado sobre la estructura familiar mexicana y de sus características, por ejemplo:

Rogelio D., describe una organización apoyada en dos preposiciones:

- a) “La supremacía indiscutible del padre.
- b) El Necesario y absoluto auto-sacrificio de la madre”²⁹.

Al respecto Tapia L. menciona, “que si bien, se han conservado funciones de estas dos afirmaciones, actualmente se han modificado, agrega que la actitud sobre el padre ha cambiado, ya que estos son mas cercanos con los hijos y han establecido sus relaciones mas con base en el amor que en el autoritarismo que infundía gran respeto. Por otro lado menciona que los jóvenes han evolucionado

²⁹ Citado por GONZÁLES, J. CORTÉS Y PADILLA M. LA IMAGEN PATERNA Y SALUD MENTAL EN EL MEXICANO. México 1996. Instituto de Investigación en Psicología Clínica y Social, AC Pág. 18.

hacia actitudes mas criticas hacia los padres correlativamente a la disminuci3n del autoritarismo de estos. As3 Tapia menciona una evoluci3n m3s saludable dentro de la familia mexicana”³⁰.

Gonz3les N3ñez por su parte nos habla de “una estructura familiar triangular, en donde el padre representa una figura temida, ausente tanto f3sica como emocionalmente y por lo anterior es curiosamente anhelado. Lo caracter3stico de la madre es su abnegaci3n y una plena identificaci3n de su figura maternal, con una muy pobre actualizaci3n de si misma en su figura femenina sexual”³¹.

Bajo esta estructura familiar mexicana el hombre decide, es la autoridad. Aqu3 encontramos la gran contradicci3n de la familia mexicana: el padre ausente es el que la manda.

Los hijos reciben, de parte de la madre, la sensaci3n de un padre temido, anhelado y odiado, por su autoridad formal. A su vez experimentan la sensaci3n directa de una madre abnegada, poco expresiva sexualmente, y muy trabajadora.

La familia es mas que la interacci3n de las personalidades, es la concepci3n de si mismo; es un patr3n de sentimientos, motivos fantas3as y entendimiento.

Se dice que aquellas personas que son especialmente “significativas” para el individuo influir3n en gran medida sobre su auto-concepto. Mientras que las respuestas de otros, relativamente insignificantes para el individuo surtir3n poco efecto.

El medio familiar es determinante en el concepto que el ni3o va construyendo de si mismo.

2.3. MATRIMONIO.

Para entender lo que es el matrimonio tenemos que distinguir tres caracter3sticas de este vocablo. La primera se refiere a la celebraci3n de un acto

³⁰ TAPIA L. G3MEZ P., FUENTES R. CAMBIOS SOCIOCULTURALES EN LOS CONCEPTOS DE OBEDIENCIA Y RESPETO EN LA FAMILIA MEXICANA: UN ESTUDIO EN RELACI3N AL CAMBIO SOCIAL. Revista Mexicana de Psicolog3a. P3g. 26.

³¹ Ibid. P3g. 17.

jurídico solemne entre un hombre y una mujer con el fin de crear una unidad de vida entre ellos; la segunda, al conjunto de normas jurídicas que regulan dicha unión, y la tercera, a un estado general de vida que se deriva de las dos anteriores.

El matrimonio es un instituto de orden público, por que el interés que en él se tutela no es el particular o individual de quienes lo forman, sino un interés superior: el de la familia; siendo ésta la célula de la sociedad, el matrimonio es también de orden y trascendencia social y ya no meramente privado. Por ello, la sociedad está interesada en que se mantenga perdurablemente la institución del matrimonio y, solo por excepción, la ley permite su disolución Inter vivos.

Del matrimonio derivan todas las relaciones, derechos y potestades, ya que para el derecho, la unión libre para formar una comunidad de vida debe encontrarse regida por una serie de reglas que fijen la vida en común, de tal forma que la celebración de este acto jurídico implica que las partes deberán someterse a las reglas establecidas para esta figura jurídica, y los hace acreedores a derechos y obligaciones.

El matrimonio es el núcleo de la familia, por ello posee una gran relevancia como acto social y como acto jurídico. “El matrimonio es la unión jurídica permanente (contrato solemne) entre un hombre y una mujer, con el propósito de cumplir con los derechos y obligaciones que impone dicho contrato en las cargas morales y económicas”³².

Para Baqueiro Rojas el matrimonio “es el acto y estado jurídico reconocido por el derecho como generador de efectos no solo respecto de la pareja y de los hijos, sino también en relación con otros parientes”³³.

Para Rafael De Pina “Unión legal de dos personas de distinto sexo, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente, para el cumplimiento de todos los fines de la vida.”³⁴

³² CRUZ GREGG, Angélica. SANROMÁN ARANDA, Roberto. FUNDAMENTOS DE DERECHO POSITIVO MEXICANO. Segunda Edición. International Thompson Editores. México 2002. Pág. 190.

³³ BAQUEIRO ROJAS, Edgard, Y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía. Op Cit. Pág. 39.

³⁴ DE PINA, Rafael, DE PINA VARA, Rafael. DICCIONARIO DE DERECHO. ED. Porrúa México 1993 Pág. 368

“El matrimonio es el acto jurídico que origina la relación familiar, consistente en la unión de un hombre y una mujer, para la plena comunidad de vida”.³⁵

Asimismo el artículo 146 del Código Civil vigente define al matrimonio como: la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige.

Entre los derechos y obligaciones que impone el matrimonio podemos mencionar la procreación³⁶ ; la cohabitación, implica la vida en común bajo el mismo techo, y la fidelidad, que conlleva ser pareja única. En lo referente a la participación en los aspectos moral y económico, los cónyuges deben procurarse comprensión y sustento alimentario.

La importancia de la unión intersexual de la pareja y la consecuente procreación de los hijos –que da origen a la organización familiar, base y fundamento de la sociedad- ha motivado que se le preste especial atención, tanto desde el punto de vista religioso como desde la perspectiva jurídica.

Para atender el problema de la definición del matrimonio es necesario tener presente que este termino implica fundamentalmente dos acepciones:

1. Como acto jurídico el matrimonio es un acto voluntario efectuado en un lugar y tiempo determinado, ante el funcionario que el estado designa para realizarlo.
2. Como estado matrimonial, el matrimonio es una situación general y permanente que se deriva del acto jurídico, originando derechos y obligaciones que se traducen en un especial genero de vida.

Si consideramos que del acto jurídico emana el estado matrimonial, lo que los hace indisociables e integrantes de una sola institución que es el matrimonio en términos generales puede definirse como “como el acto jurídico complejo,

³⁵ DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA. Ed. Espasa Calpe S.A. España 1999 Pág 599.

³⁶ Los cónyuges pueden decidir de manera libre el número de hijos que deseen tener, y si no pueden procrearlos, tienen el derecho a la adopción de acuerdo con el artículo 4 de la Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos.

estatal, que tiene por objeto la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer”³⁷.

El matrimonio se halla dentro de los actos jurídicos más importantes y solemnes, es particularmente peculiar y se efectúa y legitima ante el juez del Registro Civil. El vínculo matrimonial suele llevarse a cabo entre personas de distinto sexo, pues de lo contrario no se cumplirían los fines que impone este contrato. La unión como dijimos anteriormente es permanente, pues si tuviera el carácter de transitoria no se lograrían las funciones que tiene la familia.

En síntesis podemos decir que el matrimonio en términos generales, es la comunidad de vida de un hombre y una mujer reconocida, regulada y amparada por el derecho.

1.3.1. NATURALEZA JURIDICA.

A) EL MATRIMONIO COMO CONTRATO.

En todos los casos de matrimonio celebrado, el papel de la voluntad de los contrayentes ha sido determinante; no así en otros sistemas, ajenos al nuestro, en los que se dan casos como los de los matrimonios por venta de la mujer, raptó y acuerdo de los progenitores.

En los sistemas jurídicos occidentales ha sido siempre indispensable la manifestación de la voluntad de los contrayentes ante el ministro de la iglesia o el oficial del registro civil.

Esta circunstancia ha llevado a concluir que el matrimonio es un acuerdo de voluntades y por lo tanto es un contrato.

No cabe duda de que el acuerdo de voluntades es indispensable para que se realice el matrimonio: tanto los autores, como la autoridad eclesiástica han reconocido el carácter voluntario y libre de la unión matrimonial. Así, tradicionalmente se identificó todo acuerdo de voluntades como un contrato y, para distinguirlo del acto religioso –considerado también como un sacramento- las autoridades políticas, tanto de la revolución francesa como los legisladores de

³⁷ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía. Derecho de familia y sucesiones. Pág. 39.

nuestras leyes de Reforma, concibieron al matrimonio como un contrato, un contrato de naturaleza civil.

En México, la promulgación y publicación de leyes como la del 27 de enero de 1857, que establecía para toda la Republica el registro del estado civil, y la del 27 de julio de 1859 sobre el matrimonio, le dieron por primera vez el carácter de acto laico, totalmente ajeno a la autoridad eclesiástica, y lo denominaron contrato, concepción con la que paso a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. De igual manera en el Código Civil para el DF. de 1870 se reglamenta el matrimonio y se le instituye con carácter eminentemente contractual, laico y civil.

También importantes tratadistas le han dado tal denominación. Señalan, además, que se trata del contrato más antiguo: al ser el origen de la familia, lo remontan hasta los albores de la humanidad.

El concepto de matrimonio como contrato tiene una larga tradición doctrinal y cuenta con defensores importantísimos, tales como Marcel Planiol, quien lo define “como la unión sexual del hombre y de la mujer, elevada a la dignidad del contrato por la ley, y del sacramento por la religión”.

Sin embargo más recientemente otros autores han objetado el carácter contractual del matrimonio, sin desconocer el papel de los contrayentes en este acto jurídico. Entre estos autores figuran:

a) León Duguit, quien sostiene que el matrimonio constituye un acto jurídico condición; es un acto jurídico por que constituye una declaración de voluntad a la que el derecho otorga determinados efectos. Es condición en tanto resulta indispensable para el nacimiento de un estado jurídico previamente establecido, con derechos y deberes que no pueden ser alterados por las partes.

“El estado de las personas casadas –razonaba el maestro francés-, es determinado y regulado por la ley, pero no nace sino después del matrimonio. No es este el acto –concluía- el que da nacimiento a la situación que se aparece en seguida de él; ella es creada y regulada por la ley, pero la aplicación de ésta se encuentra subordinada a la del matrimonio”³⁸.

³⁸ Cfr. DE DIEGO, Clemente J. INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL, TOMO I Madrid 1929. Pág. 110.

b) Antonio Cicu, sostiene que el matrimonio es un acto del poder estatal rechazando la teoría contractualista. Este autor manifiesta que el matrimonio no es un contrato, ya que no es la sola voluntad de los contrayentes la que lo crea; para que exista el matrimonio se requiere que éste sea declarado por el oficial del registro civil. Por lo tanto, aunque haya acuerdo de los interesados éste no es suficiente, puesto que sin el oficial del registro civil no hay matrimonio. Así, el matrimonio es un acto complejo de poder estatal que requiere de la voluntad de los contrayentes y la del Estado.

Según este autor la intervención del Estado es activa y no meramente certificativa, puesto que el encargado del registro está facultado para examinar si esta o no obstáculo para la celebración del matrimonio.

Finalmente, entiende que el interés en la constitución de relaciones familiares es también interés del Estado no existe dificultad alguna para considerar el matrimonio como constituido formalmente por acto del poder estatal.

“Sostiene que no es dudoso que ésta fuese la meta de la evolución histórica: es el Estado el que une en matrimonio –dice-; se objetará que además del interés del Estado existe interés distinto de los esposos, el cual debe considerarse como preponderante, tanto que el Estado está obligado, en defecto de impedimentos, a la celebración. Pero el interés de los esposos no puede ser considerado como un interés individual privado de los mismos; por consiguiente, también bajo este aspecto la concepción privatística carece de base”³⁹.

B) EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION JURIDICA.

El matrimonio es desde luego una institución, como los son, por ejemplo, el contrato o la letra de cambio, pero esta calificación, lejos de aclarar el problema de la determinación de su naturaleza lo que hace es dificultarla.

Houriou y Bonnecase, por su parte sostienen que el matrimonio “es una institución jurídica, ya que por ella se entiende una organización de reglas de

³⁹ Cfr. Citado por BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía. DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES. Pág. 41.

derecho unidas por un fin común y a la que se someten los esposos al declara su voluntad en el acto de celebración”⁴⁰.

Este concepto en lugar de considerar la institución jurídica exteriormente desde el punto de vista de la técnica jurídica la examina, por lo menos preferentemente, desde el punto de vista interno, desatendiendo las reglas del mismo.

Consideramos que el matrimonio no es un contrato, sino una institución. Del contrato, el matrimonio posee la apariencia solamente: el “acuerdo de voluntades” constituye la superestructura del contrato; pero le falta la infraestructura del mismo.

1.4. CARACTERÍSTICAS DEL MATRIMONIO.

El matrimonio como todo acto jurídico tiene características que los diferencian de los demás actos y estas características son las siguientes:

- a) Es un acto solemne.
- b) Es un acto complejo por la intervención del Estado. Requiere de la concurrencia de la voluntad de las partes y de la voluntad del Estado.
- c) Es un acto que para su constitución requiere de la declaración del juez del registro civil.
- d) En él, la voluntad de las partes no puede modificar los efectos previamente establecidos por el derecho, ya que sólo se limita a aceptar el estado de casados con todas sus implicaciones, queridos o no.
- e) Sus efectos se extienden más allá de las partes y afectan a sus respectivas familias y a sus futuros descendientes.
- f) Su disolución requiere de sentencia judicial o administrativa; no basta con la sola voluntad de los interesados.

1.5. REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO.

⁴⁰ Cfr. BONECASE, Julien. ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL, TOMO I. México Cajica Jr., 1945. Pág. 80.

“Para Rafael de Pina estos requisitos son de tres clases. Se refieren a la edad, consentimiento y formalidades.

a) Edad.- Para contraer matrimonio se requiere que ambos sean mayores de edad y si son menores de edad que los dos tengan por lo menos 16 años.

b) Consentimiento.- El hijo o la hija que no hayan cumplido 16 años, no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento del padre o la madre si vivieren ambos, o del que sobreviva.

Faltando padres y abuelos, se necesita el consentimiento de los tutores; y faltando estos, el Juez de lo Familiar de la residencia del menor suplirá el consentimiento.

El consentimiento una vez otorgado, es irrevocable, salvo que haya justa causa. En el caso de que falleciere antes de celebrarse el matrimonio el ascendiente o tutor que hubiere firmado o ratificado la solicitud respectiva, su consentimiento no puede ser revocado por la persona que en su defecto tendría el derecho de otorgarlo, siempre que el matrimonio se celebre dentro de los 8 días siguientes al de la presentación de la expresada solicitud.

c) Formalidades legales.- La celebración del matrimonio exige la formalización de un expediente, en el que se compruebe la capacidad legal de quienes pretenden contraerlo, que no padecen enfermedad crónica, incurable, contagiosa o hereditaria y que hayan convenido el régimen de sus bienes, y que se incoe ante el Juez del Registro Civil del domicilio de cualquiera de los contrayentes”⁴¹.

1.6. IMPEDIMENTOS PARA LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO.

“La palabra impedimento significa, en orden al matrimonio que se pretende contraer, cualquier circunstancia que produzca prohibición de llevarlo a efecto. El derecho canónico ha distinguido siempre entre los impedimentos dirimentes y los impedientes. Los primeros no sólo representan obstáculo para la celebración del

⁴¹ DE PINA, Rafael. ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO. VOL. 1. Ed Porrúa, México 1986. Págs. 324- 325.

matrimonio, sino que celebrado a pesar de su concurrencia, lo invalida; los segundos, una vez celebrado, no lo invalidan, pero lo hacen ilícito.

También se clasifican los impedimentos en absolutos y relativos. Absolutos son aquellos a consecuencia de los cuales a quienes afectan no pueden contraer matrimonio con nadie; relativos, aquellos que se oponen a que se celebre matrimonio con algunas personas⁴².

El código Civil en su artículo 156 considera como impedimentos:

- i. La falta de edad no dispensada.
- ii. La falta de consentimiento del que, o los que ejerzan la patria potestad, el tutor o el Juez de lo Familiar en sus respectivos casos;
- iii. El parentesco de consanguinidad o natural, sin limitación de grado en la línea recta, ascendente o descendente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa.
- iv. El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna.
- v. El adulterio entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando haya sido judicialmente comprobado.
- vi. El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre.
- vii. La violencia física o moral para la celebración del matrimonio;
- viii. La embriaguez habitual, la morfinomanía, la eteromanía, y el uso indebido de las demás drogas enervantes; la impotencia incurable, la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas o incurables, que sean además, contagiosas o hereditarias.
- ix. El idiotismo y la imbecilidad.
- x. El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con la que se pretenda contraer. De estos impedimentos sólo son indispensables la falta de edad y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual.
- xi. La impotencia incurable para la cópula;

⁴² De Pina, Rafael. Op. Cit. Pág. 327.

- xii. Padecer una enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria;
- xiii. Padecer algunos de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450;
- xiv. El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer; y
- xv. El parentesco civil extendido hasta los descendientes del adoptado en los términos señalados por el artículo 410-D.

Son dispensables los impedimentos a que se refieren las fracciones III, VIII y IX.

En el caso de la fracción III sólo es dispensable el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual.

La fracción VIII es dispensable cuando la impotencia a que se refiere, es conocida y aceptada por el otro contrayente.

La fracción IX es dispensable cuando ambos contrayentes acrediten fehacientemente haber obtenido de institución o médico especialista, el conocimiento de los alcances, los efectos y la prevención de la enfermedad que sea motivo del impedimento, y manifiesten su consentimiento para contraer matrimonio.

Tampoco pueden contraer matrimonio: el adoptante con el adoptado y sus descendientes, mientras dure el lazo resultante de la adopción; en los casos de nulidad o de divorcio puede contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación, y el tutor con la persona que ha estado o está bajo su guarda, salvo que obtenga dispensa, que no se concederá por el presidente municipal respectivo hasta que hayan sido aprobadas las cuentas de tutela, prohibición esta última que comprende también al curador y a los descendientes de éste y del tutor.

En estos casos, si el matrimonio se celebre, el Juez nombrará un tutor interino que reciba los bienes y los administre mientras se obtiene la dispensa.

1.7. NULIDAD DEL MATRIMONIO.

El Código Civil en su artículo 235 considera como causas de nulidad:

- a) Error acerca de la persona con quien se contrae cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra;
- b) Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo alguno de los impedimentos legales enumerados en el artículo 156; siempre que no haya sido dispensado en los casos que así proceda; y
- c) Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103.

La nulidad por error se destruye si el cónyuge que la ha padecido no la denuncia inmediatamente que la advierta (art. 236 C.C.); la falta de edad deja de ser causa de nulidad cuando haya habido hijos y cuando, sin haberlos, el menor hubiera llegado a los 18 años y ni él ni el otro cónyuge la hubieran intentado (art. 237 C.C.); la producida por falta de consentimiento cesa si transcurren 30 días sin que se haya pedido, si dentro de ese término han consentido expresa o tácitamente, los ascendientes, y si se ha obtenido ratificación del tutor o de la autoridad judicial, en su caso, y la ocasionada por parentesco de consanguinidad no dispensada, si existe la dispensa posterior y los cónyuges reiteran su consentimiento (art. 239 C.C.).

Según el artículo 245 del Código Civil el miedo y la violencia son causa de nulidad del matrimonio si concurren las siguientes circunstancias:

- A) Que uno u otro importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes.
- B) Que el miedo haya sido causado o la violencia hecha al cónyuge o a la persona o personas que le tienen bajo su patria potestad o tutela al celebrarse el matrimonio.
- C) Que uno u otra haya subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio.

La acción que nace de estas causas de nulidad sólo puede deducirse por el cónyuge agraviado, dentro de sesenta días contados desde la fecha en que cesó la violencia

El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce efectos civiles a favor de los cónyuges mientras dure; y en todo tiempo a favor de los hijos nacidos antes de la celebración del matrimonio, durante él y 300 días

después de la declaración de nulidad, si no se hubieren separado los consortes, o desde su separación en caso contrario.

En caso de buena fe de uno de los cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles únicamente respecto de él y los hijos.

1.8. DIVORCIO.

La palabra divorcio deriva de la voz latina *divortium* que significa separarse de lo que estaba unido, tomar líneas divergentes. Divorcio es lo contrario a matrimonio, ya que este significa unión, comunidad y el divorcio es rompimiento del vínculo, de la unión.

“Divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio valido decretada por autoridad competente que permite a los mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio valido”.⁴³

El divorcio puede ser estudiado desde diferentes puntos de vista: el filosófico, el religioso, el social, el jurídico. Dada la naturaleza de nuestro trabajo nos avocaremos especialmente a tratar este tema desde el punto de vista jurídico.

Puede decirse que el divorcio es una institución universal, que ha sido reconocida, con efectos más o menos rigurosos en todos los tiempos, como remedio para los matrimonios realmente frustrados.

Lo malo del divorcio no es, en realidad, el divorcio en sí, sino el abuso del divorcio. Lo que queremos decir con esta afirmación es que el divorcio se ha convertido en un procedimiento cómodo hasta cierto punto, ya que ahora a cualquiera se le hace fácil casarse y después divorciarse echando por tierra el dicho popular de que “hasta que la muerte los separe”. El remedio de esta desmoralización no está sin embargo, en la supresión del divorcio, sino en darle una regulación legal que, de acuerdo con los resultados de las experiencias obtenidas, evite los abusos, en lo humanamente posible, y no permita en consecuencia, obtenerlo sino cuando realmente pueda constituir la solución única de una situación matrimonial en verdad francamente insostenible.

⁴³ MONTERO DUHUALT, Sara. DERECHO DE FAMILIA. Cuarta Edición. Editorial Porrúa. 1990. Pág 197.

“Cuando uno se casa, no debe de pensar en el divorcio como alternativa si las cosas “no funcionan”. El divorcio pareciera una salida fácil. Toda persona debe pensar en casarse y vivir unido al cónyuge en amor, paciencia, ternura y perdón constantes, hasta que la muerte los separe”⁴⁴.

El divorcio se considera generalmente como una institución prácticamente necesaria, como un mal necesario. Cuando desaparece en su forma confesada, reaparece en una forma más o menos disfrazada o atenuada bajo otro nombre: separación de cuerpos o nulidad del matrimonio.

La palabra divorcio, en el lenguaje corriente, contiene la idea de separación; en el sentido jurídico, significa extinción de la vida conyugal declarada por autoridad competente, en un procedimiento y por causa determinada de modo expreso. De acuerdo al Código Civil vigente el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Una de las formas de disolución del estado matrimonial –y, por ende, de poner término a éste en vida de los cónyuges- es el divorcio, “entendido legalmente como el único medio racional capaz de subsanar, hasta cierto punto, las situaciones anómalas que se generan en ciertas uniones matrimoniales y que deben desaparecer ante la imposibilidad absoluta de los consortes de conseguir su superación”⁴⁵.

El divorcio es un caso de excepción y no un estado general; por lo mismo es necesario verlo en función de aquellos casos en que la crítica condición de los esposos es ya insostenible e irreparable, de modo que conduce a la ruptura del vínculo matrimonial y con ella a la separación definitiva que los deja en posibilidad de contraer nuevas nupcias o matrimonio legítimo.

Desde sus orígenes latinos el término divorcio implica el significado de separación, de separar lo que ha estado unido; de ahí que actualmente y en el medio jurídico, por divorcio debemos entender la extinción de la convivencia matrimonial declarada por la autoridad.

En nuestro medio, el divorcio ha variado a lo largo del tiempo. Así, en los códigos de 1870 y 1884 se consideró al divorcio como la separación temporal o

⁴⁴ PALAU, Luis. CUANDO LA SOLEDAD DUELE. Editorial Betania. México 1993. Pág. 37.

⁴⁵ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía. Ob. Cit. Pág. 147

definitiva de los cónyuges, sin ruptura del vínculo matrimonial y, por lo tanto, sin autorización para contraer nuevas nupcias. A principios de este siglo se adopta el criterio de divorcio vincular que actualmente se maneja, como disolución absoluta del vínculo matrimonial que deja a los esposos divorciados en aptitud de celebrar nuevo matrimonio.

Los Códigos Civiles para el Distrito Federal de 1870 y 1884, solo conocieron el divorcio menos pleno o de separación de cuerpos, el cual podía obtenerse de común acuerdo de forma voluntaria, o bien por alguna de las causales expresamente señaladas.

El código civil de 1870 requería que hubieran transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio para que procediera la separación de cuerpos de forma voluntaria, y no procedía después de veinte años de matrimonio.

La ley de divorcio del 29 de diciembre de 1914 y la ley de relaciones familiares de 1917 introducen en nuestra legislación el divorcio vincular –el que disuelve el vínculo matrimonial-, lo que significó un paso trascendental en la legislación mexicana.

El Código Civil para el Distrito Federal de 1928, aun vigente, estableció como regla y de manera general el divorcio vincular y, como excepción, el divorcio por separación de cuerpos, en los casos de enfermedad crónica e incurable, impotencia o enajenación mental. El cónyuge sano que no desee pedir el divorcio puede optar por la separación, permaneciendo subsistentes las demás obligaciones del matrimonio. La misma situación se da cuando uno de los esposos se traslada a país extranjero o a lugar insalubre o indecoroso.

2.8.1. DIVORCIO VOLUNTARIO.

“El divorcio voluntario o por mutuo consentimiento, también denominado divorcio por mutuo disenso, tiene siempre en el fondo una causa que ha ocasionado la ruptura de la relación conyugal, pero que los esposos no quieren expresar ni ventilar en público”⁴⁶.

⁴⁶ Ibid. Pág. 163

Este divorcio solo requiere de la manifestación del mutuo acuerdo de los cónyuges para disolver el vínculo matrimonial, sin necesidad de exponer la causa o razón que los mueve a hacerlo.

En Términos generales por divorcio debemos entender:

“La forma de disolución del vinculo matrimonial por la que pueden optar los esposos cuando, sin aducir causa especifica y reuniendo los requisitos de ley, hayan decidido poner fin al matrimonio”⁴⁷.

2.8.2. DIVORCIO NECESARIO.

El divorcio es un mal necesario. Cuando uno o ambos cónyuges han dejado de cumplir con los deberes del matrimonio haciendo imposible o en extremo difícil la vida en común, se permite la ruptura del vínculo.

Las causas del divorcio siempre han sido específicamente determinadas, y por ello se le denomina divorcio causal o necesario. El orden jurídico solo ha considerado como causas de divorcio aquellas que por su gravedad impiden la normal convivencia de la pareja.

Todas las causas de divorcio presuponen culpa de alguno de los esposos, y la acción se da a quien no ha dado causa en contra del responsable, de ahí que en todo juicio haya generalmente un cónyuge inocente (el actor) y uno culpable (el demandado). Pueden ser ambos culpables y demandarse recíprocamente por la misma o distinta causal, por ejemplo uno demanda por abandono y el otro contra demanda por injurias o sevicia; ambos pueden ser culpables e inocentes según la causal invocada.

Hay otras causales que, aunque no implican falta a los deberes conyugales, hacen que la vida en común sea difícil (enfermedades o vicios).

2.9. CAUSALES DE DIVORCIO.

⁴⁷ Ibidem. Pág. 155

Siguiendo la doctrina mas generalizada, clasificamos las causales de divorcio que consigna el Código Civil para el DF, “como lo hace el maestro Rojina Villegas”⁴⁸:

1. Causales que implican delitos, en contra del otro cónyuge, los hijos o terceros.
2. Causales que constituyen actos inmorales.
3. Causales violatorias de los deberes conyugales.
4. Causales consistentes en vicios.
5. Causales originadas en enfermedades.
6. Causales que implican rompimientos en la convivencia.

Las causales de adulterio, incitación a la violencia, corrupción y su tolerancia, sevicia, amenazas, injurias y acusación calumniosa, aunque tipificados como delitos en Código Penal, no requieren que exista sentencia condenatoria para que sean causales de divorcio, pudiéndose probar en juicio civil sin que necesariamente se tenga que ejercitar la acción penal. No ocurre lo mismo con la causal consignada en la fracción XVI del artículo 267 del Código Civil del DF., que determina: “cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que seria punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión”, sí requiere de sentencia condenatoria que establezca pena de prisión por más de un año.

De las causales mencionadas en el artículo 267 del Código Civil merecen comentario especial las causales de: adulterio, injurias, sevicia, amenazas, y abandono, por ser de las más importantes y en consecuencia de las que se pueden presentar con mayor frecuencia como causas de divorcio necesario.

a) **Adulterio.** Consiste en la relación sexual, acceso carnal que uno de los esposos tiene con otra persona distinta de su cónyuge. Esta causal corresponde a la violación del deber de fidelidad que se han de guardar los esposos.

En los Códigos de 1870 y de 1884 el adulterio de la mujer siempre era causal de divorcio, mientras que para que el adulterio del varón fuera causa de

⁴⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. 10ª. Edición. México, Porrúa 1970. Pág. 130.

divorcio era necesario que se realizara con escándalo (públicamente), en el domicilio conyugal, constituyera concubinato (teniendo casa de forma permanente con la concubina), o que la adúltera ofendiera a la mujer legítima.

Anteriormente el adulterio de cualquiera de los dos esposos constituye delito cuando se realiza con escándalo o en el domicilio conyugal, entendiéndose como escándalo la exhibición pública de la relación adulterina afrentosa para el cónyuge inocente.

Ahora bien, para que el adulterio surtiera efectos penales se requería querrela del cónyuge inocente, y solo se castigaba el adulterio consumado, no así la tentativa, aun siendo notoria la intención. Para que surta efectos civiles, ya que viola el deber de fidelidad, solo se requiere de la intimidad afectiva con tercero, aunque el acto sexual no se realice o sea imposible probarlo. De todas formas en esta hipótesis se considera realizada la causal de injurias graves.

b) **Injurias graves.** De acuerdo con nuestro Código Penal, consisten en toda expresión o acción ejecutada para manifestar desprecio a otro. Esta causal viola el derecho al buen trato y la cortesía que debe prevalecer en toda relación humana, y con mayor razón entre personas que hacen vida en común. La injuria que debe expresarse en palabras o actitudes, y queda a juicio del juez la calificación de su gravedad; Es por eso que el juez debe conocerlas tal y como se dijeron, o como se realizaron los hechos. Sin embargo, depende del tipo de cultura o medio socio-económico que determinadas palabras o actitudes constituyan injuria, lo que para otros equivale a un trato normal.

La negativa al débito carnal sin causa grave, la excesiva intimidad con terceros, la conducta escandalosa, la falta de asistencia (abandono en caso de enfermedad o penas aflictivas), sin estar consideradas como causas de divorcio de forma específica, son conductas ofensivas hacia el otro cónyuge y, por lo tanto, injuriosas. Dada su gravedad pueden llegar a constituir causa de divorcio, aunque no aparezcan señaladas como tales.

c) **Sevicia.** Consiste en la crueldad excesiva. Como causal de divorcio, se da cuando uno de los cónyuges, dejándose arrastrar por terribles inclinaciones, ultraja de hecho al otro, trasponiendo los límites del respeto recíproco que

supone la vida en común. Al igual que las injurias, viola el derecho al buen trato a la cortesía.

d) **Amenazas.** Consiste en el atentado contra la libertad y la seguridad de las personas, al dar a entender, con actos o con palabras, que se quiere hacer mal a otro, poniendo en peligro su vida, su integridad personal o sus bienes.

Igualmente constituye una violación al deber de convivencia inherente al matrimonio.

En Su Art. 267 nuestro Código Civil comprende estas tres figuras y establece que la sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para otro son causales de divorcio, ya que implican la imposibilidad de hacer una vida en común, aunque no lleguen a tipificar los delitos regulados por el código penal.

e) **Abandono.** Consiste en el hecho de dejar en el desamparo a las personas, incumpliendo las obligaciones derivadas del vínculo matrimonial y filial.

El abandono del domicilio conyugal por más de seis meses sin causa justificada, es causal de divorcio. Si hay una causa para la separación (enfermedad grave que obligue a estar hospitalizado, el servicio público o militar) no existirá el abandono. Esta causal es violatoria del deber de convivencia y cohabitación, pues los cónyuges han de vivir juntos.

Cuando la causa de la separación del hogar conyugal se basa en una causal de divorcio, el cónyuge inocente debe iniciar la acción de divorcio dentro de los seis meses siguientes; de no hacerlo, esta prescribirá y no tendría razón de estar separado. Si la separación se prolonga sería injustificada y se incurriría en abandono. Esta es la razón a la que alude nuestro Código Civil en el artículo 267 fracción IX, donde se establece que es causal de divorcio “.....la separación del hogar conyugal, originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio”.

No debe confundirse el deber de cohabitación con el deber de socorro o asistencia, pues el cónyuge que abandona el hogar, aunque cumpliera con entregar lo necesario para la alimentación y cuidado de la familia, estaría violando el deber de convivencia.

En cuanto a la falta de cumplimiento del deber de ayuda, socorro y alimentos nuestro código civil en su artículo 267 fracción XII determina que es causal de divorcio "...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".

El artículo 164 del código civil establece el deber de contribuir al sostenimiento del hogar; por su parte el artículo 366 del Código Penal consigna como delito el abandono de persona, y se refiere tanto al cónyuge como a los hijos.

La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que la haya originado, es causal de recién creación en nuestro Código Civil. Esta causal puede ser invocada por cualquiera de los cónyuges, aun por el culpable del rompimiento. Se basa en el supuesto de que después de ese tiempo de vivir separados, ya no existe estado matrimonial ni *afectio maritalis*.

Esta causal es distinta de la de abandono, pues puede darse de común acuerdo entre los esposos y no existir cónyuge culpable. Además, puede ser bilateral. No sucede lo mismo en el abandono, en el que habrá un cónyuge culpable y otro inocente, pues el abandono siempre unilateral.

f) **La Impotencia.** La impotencia para la cópula –así como las enfermedades crónicas e incurables- es causal de divorcio, pero también impedimento para efectuar el acto matrimonial. La acción que procede depende de si la enfermedad es anterior o posterior al matrimonio; en el caso de que sea anterior procede la nulidad y, si es posterior, el divorcio.

Creemos desde nuestro punto de vista que no debería proceder la nulidad ya que como sabemos antes de celebrar matrimonio se pide como un requisito el examen prenupcial en el que se deben de especificar el estado de salud de los cónyuges.

No debemos confundir la impotencia para la copula con la esterilidad, en que puede tener lugar la copula pero sin posibilidad de fecundación.

g) **Las enfermedades** que nuestro Código Civil señala como causales de divorcio que deben entenderse como ejemplo de enfermedades crónicas, incurables, contagiosas y hereditarias. Aunque sigue considerando como tales a la tuberculosis y a la sífilis, en virtud de que la ciencia medica ha encontrado métodos para curarlas, pero aquí hay que hacer mención del VIH SIDA del cual la ciencia medica no ha encontrado hasta ahora la cura a esta enfermedad ya que a nuestro juicio reúne las características antes mencionadas.

Respecto a esta causal, al cónyuge que no quiera pedir el divorcio, el Código le da la opción para obtener su separación de cuerpos mientras exista la enfermedad, suspendiendo el deber de cohabitación, pero dejando subsistentes las otras obligaciones y derechos del matrimonio.

i) **La enajenación mental** como causal de divorcio tiene el mismo tratamiento que las otras enfermedades; pero requiere la previa declaración de interdicción del enfermo.

j) **El alcoholismo, la drogadicción y los hábitos de juego** son considerados causales de divorcio cuando constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal. No bastan una o varias experiencias espaciadas; se requiere que la conducta sea frecuente.

2.10. EFECTOS PROVISIONALES Y DEFINITIVOS DEL DIVORCIO.

Los efectos del divorcio se han dividido en: provisionales y definitivos.

1. Se consideran efectos provisionales aquellas medidas que decreta el juez mientras dura el juicio de divorcio, y pueden agruparse según afecten a: los cónyuges, los hijos, o sus bienes.

a) Respecto a los cónyuges, el juez deberá decretar su separación, señalar y asegurar los alimentos que deberá dar el deudor alimentista, tanto al cónyuge como a los hijos.

b) Respecto a los hijos, Si se pusieren de acuerdo, su cuidado estará a cargo de la persona que los cónyuges determinen; de no ser así, el que solicite el divorcio propondrá y, previa audiencia del demandado, el juez resolverá sobre la

custodia de los menores. Si no hubiere causa grave, los hijos menores de siete años quedaran al cuidado de la madre.

c) Respecto a los bienes, el juez dictara las medidas conducentes para que ninguno de los cónyuges cause perjuicio en los bienes del otro o en los de la sociedad conyugal, evitando que los oculten o que dispongan ilegalmente de ellos.

2. Se consideran efectos definitivos aquellos que se actualizan al dictarse la sentencia que decreta el divorcio y que, por consiguiente, establecen: el nuevo estado de los cónyuges, la situación de los hijos y la repartición de los bienes para el futuro.

a) Respecto a los cónyuges, el efecto principal es el rompimiento del vínculo matrimonial, con lo que determinan las obligaciones derivadas del matrimonio. Así ambos quedan en libertad de contraer nuevas nupcias esto en virtud con lo establecido en el artículo 289 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice: “En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad de contraer matrimonio”. El cónyuge culpable del divorcio deberá dar alimentos al inocente, teniendo en cuenta su situación económica y la posibilidad de trabajar de ambos. Al respecto nuestra legislación civil en su artículo 288 establece: “En los casos de divorcio necesario, el Juez de lo Familiar sentenciará al cónyuge culpable al pago de alimentos a favor del cónyuge inocente, tomando en cuenta las circunstancias del caso, entre ellas, las siguientes:

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

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

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

El cónyuge inocente tiene derecho, además del pago de alimentos, a que el culpable lo indemnice por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado. Los daños y perjuicios, así como la indemnización a que se refiere el presente artículo, se rigen por lo dispuesto en este Código para los hechos ilícitos.

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

El artículo 288 nos dice que en el caso del divorcio voluntario por vía judicial, “la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato”.

El caso de divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que tendrá si no tuviere ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

El mismo derecho señalado en el párrafo anterior, tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

Cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito.

Como se advierte en el divorcio necesario se establecen los alimentos como sanción; recordemos que con el divorcio cesan las obligaciones conyugales, por lo que la única fundamentación de los alimentos entre los divorciados es la reparación del daño, originada por un acto ilícito.

En el caso del divorcio voluntario, la mujer tiene derecho a los alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio. En este supuesto no hay cónyuge culpable, solo la voluntad de las partes por contrato pueden dar origen al

nacimiento de la obligación; en este caso es la sola voluntad del legislador la que crea dicha carga. Este derecho dura mientras el acreedor alimentario no contraiga nuevas nupcias o se unan en concubinato.

c) Respecto a los hijos, el juez fijara la situación de los hijos menores después de oír a los abuelos, los tíos y los hermanos mayores cuando lo pidieren, y tiene plena facultad para resolver sobre los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, pudiendo decretar su pérdida o suspensión, y las limitaciones pertinentes en bien de los hijos. Aun cuando nuestro Código Civil en el artículo relativo a los efectos de la sentencia no lo menciona, debe estarse a lo dispuesto en la materia a los efectos provisionales, que deja al cuidado de la madre a los menores de siete años, si no hay causa grave que lo impida.

Debemos recordar que en lo que toca a la obligación alimentaría de los padres en relación con los hijos, la misma no se modifica por el cambio de estado de los progenitores, ya que estos siempre están obligados a dar alimentos a sus hijos. Así, una sentencia de divorcio no puede liberarlos aun tratándose de quien no dio causa para el divorcio. Los alimentos deben darse por parte de ambos cónyuges en proporción a su fortuna, pudiéndose establecer como obligación de uno solo, por convenio o sentencia.

d) Respeto a los bienes, el principal efecto es la disolución y la liquidación de la sociedad conyugal. En las capitulaciones matrimoniales deben sentarse las bases de la liquidación de esta sociedad y, si fueron omisas, se estará a las reglas generales de liquidación de las sociedades civiles. La sentencia de divorcio disuelve la sociedad conyugal, por lo que debe procederse a su liquidación, la que puede ser hecha por los ex cónyuges, o por un liquidador nombrado por ellos o por el juez, si no hay acuerdo. Como en cualquier liquidación, deben inventariarse los bienes y deudas comunes (no se incluyen los objetos de uso personal de los cónyuges, como los vestidos, el lecho, etc.). Terminado el inventario y avalúo de los mismos se pagarán los adeudos de la sociedad, y se devolverá a cada esposo lo que hubiera aportado al matrimonio, dividiéndose el sobrante de la forma convenida. Si hubiere pérdidas, se educirán de lo que cada cual hubiere aportado en proporción a la parte que en las utilidades

le hubiera correspondido. Si sólo uno aportó capital, de éste se deducirán las perdidas.

El cónyuge culpable del divorcio responde de los daños y perjuicios que ocasione al inocente como responsable de un hecho ilícito.

2.11. CONCUBINATO.

Una figura que se regula con mayor detalle es el concubinato, que se define como “la unión entre un hombre y una mujer solteros con intención de cohabitar y establecer una relación duradera y permanente, dando lugar a diversos derechos y obligaciones equiparables a los que se derivan del matrimonio, como alimentos, derechos sucesorios, siempre y cuando se reúnan los requisitos que más adelante mencionaremos.

Una definición nos dice que es la “Relación marital de un hombre con una mujer sin estar casados”⁴⁹.

Como dijimos anteriormente al lado de la unión matrimonial, que es el acto y estado reconocido por el derecho como generador de efectos no solo respecto de la pareja y de los hijos, sino también en relación con otros parientes, existen actualmente otras uniones mas o menos permanentes que se asemejan al matrimonio, pero a las cuales el derecho no les ha concedido efectos, o bien se los ha otorgado en manera muy limitada. Una unión con estas características es el concubinato, por el cual podemos entender de acuerdo con Baqueiro Rojas como “la unión libre y duradera entre un hombre y una mujer, que viven y cohabitan como si estuvieran casados, y que puede o no produce efectos legales”.⁵⁰

2.11.1. CONCEPTO.

El concubinato se refiere a la cohabitación más o menos prolongada y permanente entre un hombre y una mujer solteros, hecho lícito que produce

⁴⁹ Biblioteca de Consulta Microsoft. Encarta 2004. 1993-2003 Microsoft Corporation.

⁵⁰ BAQUEIRO ROJAS, Edgard Y BUENROSTRO BAEZ, Rosalia. DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES. Pág. 121

efectos jurídicos. Se le considera como uno de los problemas morales más importantes del derecho de familia.

Para Rafael de Pina el concubinato es: "La Unión de un hombre y una mujer, no ligados por un vínculo matrimonial a ninguna otra persona, realizada voluntariamente, sin formalización legal para cumplir los fines atribuidos al matrimonio en la sociedad.// Matrimonio de hecho."⁵¹

Esta figura tiene como fin proteger a las relaciones de hecho y no ante la ley puesto que actualmente existe un sin número de parejas que adquieren este estado de unión libre; en las reformas que tuvo el código civil el legislador contemplo esta figura dándole la importancia que al matrimonio para que los concubinos tuvieran una seguridad jurídica teniendo así derechos y obligaciones recíprocas, así como los derechos alimentarios, sucesorios, entre otros.

2.11.2. SU REGULACIÓN EN EL TIEMPO Y EL ESPACIO.

La denominación concubinato nace en el derecho romano para designar a la unión de una pareja cuyos miembros viven como esposos, pero que por falta del *connubium* o debido a consideraciones políticas no podían o no querían celebrar *justiae nuptiae*.

En el derecho romano al concubinato se le reconocieron ciertos efectos sucesorios para la concubina y los hijos de tal unión. Estos nacían *sui juris*, ya que el concubinato no creaba lazos de parentesco con el padre. Asimismo, se llegó a considerar como un matrimonio de rango inferior, *inaequale conjugium*, en el que no debía haber *affectios maritales*, pues al no requerirse de formalidad alguna para constituir el matrimonio *sine manus*, lo único que lo distinguió de éste en los últimos tiempos fue la intención.

En el derecho canónico se desconoce todo afecto al concubinato, (excepto respecto de los hijos a los que mejora respecto de su situación en relación con el padre) y se le declara pecaminoso. Para este derecho, sólo se producía efectos la unión realizada ante a la iglesia.

⁵¹ De PINA, Rafael, De PINA VARA Rafael. DICCIONARIO DE DERECHO. Pág. 178.

En el antiguo derecho español, la unión conocida como concubinato se denominaba barraganía y fue reglamentada por Alfonso X “El Sabio” en las siete partidas. Debido a la frecuencia con que se presentaban estas uniones irregulares, aún de personas casadas, o cuando las partes eran de condición social diferente, en las siete partidas se fijaron los requisitos, que hasta ahora se aceptan, para que tales uniones se califiquen de concubinato y produzcan efectos jurídicos.

Tales requisitos son:

1. Sólo debe haber una concubina y desde luego un solo concubino.
2. Ninguno de los dos debe estar casado, ni existir impedimento entre ellos para casarse.
3. La unión debe ser permanente.
4. Deben tener el status de casados; esto es, tratarse como tales y ser reconocidos en su comunidad como si fueren esposos.

En todos los sistemas en que se han reconocido algunos efectos al concubinato, éstos han sido menores que en el matrimonio y sólo algunos sistemas los equiparan al considerar al concubinato como un matrimonio de hecho, otorgándole los mismos efectos.

2.4.3. EFECTOS DE ACUERDO CON EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DF.

En nuestro país, El Código Civil para el DF comenzó a reconocer la necesidad de conceder al concubinato algunos efectos, pero siempre menores que al matrimonio y solamente respecto de la mujer y en relación con los hijos. Posteriormente, nuevas reformas conceden al varón los mismos derechos que a la mujer, y recientemente el concubinato se ha equiparado con el matrimonio.

En la actualidad nuestro Código civil le reconoce a los concubinos los siguientes efectos:

- a) Derecho a alimentos.
- b) Derechos sucesorios iguales a los de los cónyuges.
- c) Presunción de paternidad del concubinato respecto de los hijos de la concubina.

2.11.4. REQUISITOS SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DF.

Para que nuestro derecho reconozca una unión como concubinato resultan indispensables los siguientes requisitos que, siguiendo la tradición, el código señala:

a) Que la vida en común sea permanente; esto es, que la relación haya durado mas de 2 años o que antes hayan nacido hijos (no cualquier unión transitoria puede calificarse de concubinato).

b) Que ambos concubinos permanezcan libres de matrimonio durante el concubinato.

c) Que se trata de una sola concubina por concubinario.

Desgraciadamente, la ley no dispone nada con relación a los otros impedimentos que sí señala para contraer matrimonio; así, el parentesco o el adulterio, que sí impiden la unión matrimonial, no lo hacen respecto al concubinato. El Código penal sólo prevé el delito de incesto entre ascendientes y descendientes, y entre hermanos pero no en lo que concierne a otros parientes afines o colaterales.

2.11.5. EFECTOS EN OTRAS LEYES.

Además de los mencionados, el concubinato produce otros efectos legales, como son:

1. El que señala la Ley Federal Del Trabajo, la cual establece que a falta de cónyuge supérstite, la indemnización de un trabajador por causa de riesgo profesional corresponderá a quienes en el aspecto económico dependan total o parcialmente de él. Entre esas personas la ley cuenta a la concubina o al concubinario, ya que se presume es la persona con quien el trabajador que ha muerto hacia vida en común.

2. El que señala la ley del Seguro Social, la que a falta de esposa da derecho a la concubina a recibir la pensión que la misma ley establece en los casos de muerte del asegurado, por riesgo profesional, si vivió con el trabajador

fallecido durante los últimos cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte, y si ambos permanecieron libres de matrimonio durante el concubinato.

2. El que señala la ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado al referirse al derecho que tiene de hacer uso de los servicios de atención médica y percibir y disfrutar de una pensión por muerte o riesgos de trabajo, a falta de esposa a la mujer con quien el trabajador o pensionista ha vivido como si fuera su cónyuge en los últimos cinco años o con quien tuviera hijos siempre y cuando ninguno de los dos estuviere casado durante el concubinato y haya sido solo una concubina. Asimismo otorga a la concubina el derecho de percibir y disfrutar de una pensión por muerte o riesgos de trabajo del trabajador o pensionado.

Ahora bien, aunque todas estas leyes reconocen al concubinato, no le dan la amplitud de efectos que le concede el Código Civil, pues solo reconocen efectos a favor de la mujer y no del varón que vive en concubinato.

2.12. DOMICILIO CONYUGAL.

Para iniciar el estudio del domicilio conyugal comenzaremos por la definición del maestro Julio Hernández Barros: “el domicilio es un lugar, es decir, una parte determinada en el espacio, el sitio donde los cónyuges viven en una localidad o población. Este lugar debe haber sido establecido de común acuerdo; este acuerdo pudo haber sido expreso o tácito. En el lugar ambos deben de gozar de autoridad propia, lo que no se da cuando se vive “arrimados” en el domicilio de otros; por autoridad se entiende el poder disfrutar, decidir y servir por sí, sin obstáculos de personas ajenas al matrimonio. Por último, en ese lugar deben tener consideraciones iguales, libres de influencias extrañas, estando ambos en igualdad de un buen trato, estimación y aprecio”.⁵²

El deber de cohabitación constituye la esencia del matrimonio; implica un género de vida en común que no podría realizarse si cada esposo pudiera vivir por

⁵² CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F. y HERNÁNDEZ BARROS, Julio. LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA. Ed. Porrúa. México 1999. Pág. 135

separado. Obliga a que ambos vivan bajo el mismo techo y compartan mesa y lecho, hechos que ponen de manifiesto la convivencia conyugal.

Al respecto el Código Civil para el Distrito Federal dispone que los esposos deben vivir juntos en el domicilio conyugal y todo pacto en contrario se opone a los fines del matrimonio y es, por lo tanto nulo. La cohabitación es un derecho y un deber, derecho de un cónyuge y obligación del otro, recíprocamente. El Código Civil no prevé el caso de que uno de los cónyuges impida al otro acceso al hogar conyugal previamente establecido; tampoco prevé el medio de obligar al ausente a incorporarse al domicilio común. Al respecto Suprema Corte De Justicia De La Nación señala que el uso de la fuerza sería contrario a la dignidad humana, ya que el matrimonio no podría restringir la libertad de cualquiera de los cónyuges, obligándolo a convivir sin su voluntad al lado del otro.

Aparentemente el concepto de domicilio conyugal es sencillo, pero su interpretación dio lugar a numerosas controversias. Se pretende acabar con ellas, el Código Civil, en reciente reforma al artículo 163, lo define “como el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfruten de autoridad propia y consideraciones iguales”.

En caso de falta de acuerdo entre los cónyuges serán los tribunales familiares quienes deban resolver. Al efecto, podrán eximir del deber de convivencia a alguno de los cónyuges cuando el otro pretenda establecerse en país extranjero o en lugar insalubre o indecoroso, salvo que el traslado al extranjero se haga por servicio público y social.

2.13. VIOLENCIA FAMILIAR.

La familia es el núcleo de la sociedad y por ello resulta importante el estudio de la violencia en la familia, no sólo por que causa daños a la vida emocional y social de los integrantes de la misma, sino también de las repercusiones de aquella hacia el exterior, toda vez que en seno familiar el hombre aprende los valores humanos, sociales, morales, culturales e incluso los religiosos para relacionarse socialmente.

Cuando hablamos de un problema social como la violencia intrafamiliar, encontramos que ésta se manifiesta en todos los estratos económicos, en familias en las que sus integrantes cuentan con estudios de educación básica, media y superior; entre personas cuyo rango de edad va desde recién nacidos hasta ancianos; entre hombres, mujeres, niños, minusválidos e incapaces, sin embargo las víctimas más frecuentes son las mujeres y los niños, que por lo regular sufren este problema dentro del lugar que les sirve de habitación a ellos y a su agresor.

Al respecto la Lic. María de Montserrat Pérez Contreras señala: “La violencia en la familia es aquella que nace del ejercicio desigual de la autoridad en las relaciones de poder que surgen en el núcleo familiar y que se ejecuta sistemática o cíclicamente por un miembro de la familia llamado agresor, siempre que viva en el mismo domicilio y que tenga un vínculo de parentesco, matrimonio o concubinato, contra otro llamado receptor o víctima, a través de la violencia física, psicológica o sexual, con el fin de mantener un estatus de jerarquía frente al receptor de las agresiones.”⁵³

Pero ¿Qué es lo que causa la violencia intrafamiliar? Se puede señalar como un factor importante la crisis de la familia, a la que hacen referencia varios indicadores tales como son: el divorcio, la unión libre (fuera de matrimonio), el aborto, la contracepción, la pérdida de funciones de la familia, la falta de comunicación, la paternidad irresponsable, la pérdida de valores, y la falta de autoridad como servicio.

Lo que estimo afecta sensiblemente, ha sido la división del trabajo por sexos. Según los estudiosos e investigadores de la evolución de la familia, desde remotos tiempos la mujer quedó al cuidado de los hijos y del hogar, mientras que el hombre salía a la caza, pesca y a la agricultura. La familia era una unidad de producción, en la cual participaban los progenitores y los hijos; en ella se transmitían los valores culturales; se enseñaba a leer, se transmitía la fe y se preparaba a sus miembros para el trabajo familiar (familias de talabarteros, herreros, agricultores, etc.). Esta unidad de producción se rompió con la industrialización; hizo salir al hombre del hogar para trabajar en fábricas u oficinas,

⁵³ PEREZ CONTRERAS, María de Montserrat. DERECHOS DE LOS PADRES Y DE LOS HIJOS. Camara De Diputados. LVIII. Legislatura. UNAM. México 2001. Pág. 57

y a la mujer permanecer en casa al cuidado de los hijos. Con motivo de las dos guerras mundiales de este siglo, la mujer fue llamada a colaborar en fábricas y oficinas, para suplir a los hombres que iban al frente. Al regresar éstos, a la mujer se le devolvió a la casa, pero después de la segunda de las guerras, ésta ya no lo aceptó tan fácilmente. Se crearon movimientos feministas, que lucharon por la igualdad de dignidad y derechos. Sin embargo en nuestros ambientes sigue privando la división del trabajo por sexos, y a la mujer se le encomienda el trabajo en el hogar y con los hijos, que se ha devaluado en forma incomprensible.

Adicionalmente se señalan como causas las siguientes: Algunos autores enfatizan que la violencia intrafamiliar es algo así como “hereditario”, que se va transmitiendo de generación en generación, ya que en nuestra cultura se rige mediante el dominio del fuerte sobre el débil. Puede ser el hombre contra la mujer y viceversa. Los hijos crecen y se desarrollan con el ejemplo de los padres.

También se señalan el alcoholismo, pues no hay control de sus impulsos. En ocasiones se dan abusos contra la mujer o las hijastras. Están señalándose, además, las relaciones desiguales y las pautas culturales. Afecta sensiblemente según estudiosos, también el aspecto económico. La violencia contra las mujeres parece estar asociada con la pobreza y la tensión.

Se señalan, también, los desequilibrios psíquicos, las frustraciones del varón: personales, profesionales, etc., que calan luego con los más próximos y más débiles (el padre en ocasiones pretende por métodos violentos, que el hijo alcance una cuota en el estudio que él jamás pudo obtener, por ejemplo).

“Básicamente son cuatro los factores fuertemente predictivos de la existencia de la violencia contra las mujeres en las sociedades:

1. Desigualdad económica entre hombre y mujeres.
2. Un patrón de uso de métodos violentos para resolver conflictos.
3. Autoridad masculina.
4. Control en la toma de decisiones y restricciones para las mujeres respecto de su capacidad para dejar el seno familiar”⁵⁴.

⁵⁴ FORWARD, Susan. CUANDO EL AMOR ES ODIO. traducción: Martha I. Gustavino. Ed. Grijalbo. 38ª reimpresión. México 2004 Pág 30.

Nuestro Código Civil en su artículo 323 Quater nos da una noción de lo que es violencia intrafamiliar:

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

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

Para Rafael de Pina Vara la violencia es “la acción física o moral lo suficientemente eficaz para anular la capacidad de reacción de la persona sobre la que se ejerce”⁵⁵.

A través de esta definición podemos entender dentro de esta acción a los golpes. Aunque es bueno mencionar que la violencia se puede dar a través de las palabras.

Nuestro Código Civil en su artículo 323-quintus nos dice: “también se considera violencia familiar la conducta descrita en el artículo anterior llevada a cabo contra la persona con que se encuentra unida fuera de matrimonio, de los parientes de ésta, o de cualquier otra persona que este sujeta a su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado, siempre y cuando el agresor y el ofendido convivan o hayan convivido en la misma casa.

Por otro lado el Código Penal para el Distrito Federal a partir del artículo 200 define la violencia familiar de la siguiente manera: “Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral así como la omisión grave, que de manera reiterada se ejerce en contra de un miembro de la familia por otro integrante de la misma, contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones”. Y la considera como delito de violencia familiar el cónyuge, concubina o concubinario; pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado; pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado, adoptante o adoptado, que habite en la misma casa de la víctima.

⁵⁵ DE PINA, Rafael, DE PINA VARA, Rafael. DICCIONARIO DE DERECHO. Pág. 498

De lo anterior se desprende que, nuestros códigos tratan de dar una seguridad jurídica a las familias para no ser objeto de maltrato de parte de algún miembro de la familia, esto a través de la tipificación como delito de tales conductas y darle suma importancia en el código penal, inclusive los actos sexuales forzados entre la pareja y sobre todo trata de proteger a los menores y mujeres que regularmente son los que sufren daños físicos como psicológicos producidos por el círculo vicioso. Y podemos dilucidar que por la violencia familiar se afectan los derechos humanos, la libertad personal, la convivencia familiar, la salud física y emocional, la seguridad. Todo lo anterior repercute socialmente al agredir la estabilidad familiar necesaria para la debida integración de una ciudad y su promoción ya que la familia es el principal desarrollo de valores que se reflejan en la vida cotidiana de las personas.

El problema de la violencia intrafamiliar está estrechamente ligado con factores como la drogadicción, alcoholismo, abandono del hogar por considerarlo inseguro.

2.14. GUARDA Y CUSTODIA.

La cultura machista mexicana, ha trascendido al sentido de las leyes de nuestro país, tan es así, que dentro de nuestra legislación civil el mecanismo para determinar, aún provisionalmente la custodia, toma como punto de partida a la madre, esto es, en primera instancia, la custodia es otorgada a la madre, a menos que exista justificación para que deba ser de otra forma.

Es evidente que la madre, por el vínculo natural que tiene con su hijo, es la más indicada para llevar a cabo los cuidados de un bebé, aunando a esto que en el período de lactancia, el recién nacido depende del seno materno en un cien por ciento, por lo que es lógico que deba ser la madre, y no alguien más quien en primera instancia se encargue del hijo.

Pero, ¿qué sucede cuando la madre no está presente por cualquiera que sea la circunstancia?; para ello la ley establece los dispositivos legales necesarios para que el menor no quede desamparado y su desarrollo integral sea llevado a cabo.

Se define, para efectos de esta investigación, como la vigilancia ejercida sobre la persona menor de edad. La diferencia entre la custodia y la patria potestad, es, por decirlo de alguna manera, la posesión del menor, sin entender esto como que el menor es un objeto, simplemente como razón práctica. Tiene la custodia aquel progenitor con el que el menor permanece físicamente. Así pues, la patria potestad la constituye el conjunto de derechos y obligaciones que se derivan de la filiación.

La custodia es un derecho que se deriva de la patria potestad, un padre, puede tener la patria potestad de su hijo ininterrumpidamente, y la custodia solo por determinados períodos, que, en caso de no existir convenio por parte de los padres, será resuelto por la autoridad judicial.

Por guarda y custodia se entiende en lenguaje jurídico, la acción y efecto de cuidar directa y temporalmente a incapacitados, con la diligencia propia de un buen padre de familia.

En esta acepción genérica se comprende una custodia que en gran parte incluye las facultades y deberes que competen ordinariamente a quienes ejercen las funciones de patria potestad o tutela, pero cabe distinguirla específicamente de la atención que también puede prestar un tercero autorizado debidamente para suplir la vigilancia que corresponde al ejercicio normal de aquellas funciones.

En el código civil y en el Código de Procedimientos Civiles, quedan vestigios de que se daba a la guarda de los hijos un carácter similar al de depósito o secuestro judicial, para fijar un nuevo entorno de ellos dentro del proceso correspondiente; pero ante las críticas de que representaba una aberración considerar a las personas como cosas, así como la frecuencia de nuevos conflictos familiares por la aplicación de las disposiciones relativas a aquellos contratos, se limitó el concepto de que se trata a una simple separación en que se deja a los interesados la libre disposición de sus actos.

Atendiendo a las características de la guarda y custodia se le llama así a la “vigilancia ejercida sobre persona privada de libertad por autoridad competente”⁵⁶ a nuestra opinión es una condición de hecho en la que se coloca aquella persona

⁵⁶ DE PINA, Rafael, DE PINA VARA, Rafael. DICCIONARIO DE DERECHO. Pág. 207.

que acoge bajo su dependencia habitual a un menor sin que hubiese quien ejerza la patria potestad sobre él y no tenga tutor.

Esta última acepción se refiere a los menores que sin estar unidos por vínculos familiares o legales, se incorporan con carácter estable al círculo familiar, manteniendo relaciones domésticas con el jefe mismo, de tal manera que éste viene a ejercer una potestad de hecho sobre el incapaz, que a su vez origina deberes genéricos, materiales y morales para con el que se halla bajo su cuidado y bajo su protección.

El derecho de guarda de hijos resulta por tanto una función especial cuya esencia reside en potestades y deberes correlativos que confiere la naturaleza dentro del compromiso humanístico de la solidaridad social, o la ley al poner en mano de personas extrañas a los padres, la persona de sus vástagos en forma inmediata, temporal, confidencial y restituible.

En nuestro sistema legal en el artículo 1919 del Código civil nos dice que los que ejerzan la patria potestad y los tutores tienen obligación de responder los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos, cesando su responsabilidad cuando los incapacitados se encuentren bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, pues entonces les corresponde a éstos.

Se podría clasificar a la guarda de los hijos menores como: general y especial, según que derive del ejercicio de una facultad natural o legal que imponga al titular la obligación de custodiarlos, o porque derive del mandato expreso conferido por el titular del derecho para establecer dicha custodia eventualmente.

En el primer caso estaremos ante una atención limitada, mientras que en el segundo caso el control se restringiría a los fines que determinaron la necesidad de la medida tomada, es decir que solo se enfoca a cubrir las necesidades por las que fue dictada.

A pesar de estas medidas creemos que el guardador debe actuar sin limitación ya que se pone en sus manos algo tan importante como es el cuidado de un menor y al restringirle o decirle como debe comportarse frente al menor se

limita su campo de acción. Por lo tanto creemos que se debe hacer de cuenta que el guardador es su padre y no un extraño.

Se podrían hacer otras divisiones de la guarda, una de ellas es: provisional o definitiva conforme al lapso que dure la guarda, natural o judicial y única o múltiple; la natural es la que tienen los padres sobre el menor; la judicial es la decretada por un juez de lo familiar; la única es la que ejerce una sola persona ya sea de manera natural o judicial y la múltiple es la que ejercen varias personas ya sea de manera natural o judicial.

El medio usual de constituir la guarda y custodia de los hijos, es la de hacerse constar mediante un convenio por escrito, homologado ante el juez de lo familiar en la vía de jurisdicción voluntaria o en un incidente o juicio especial llamado de controversia familiar en el que intervendrá necesariamente el ministerio público si se trata de menores.

Se sugiere esta forma en diversas disposiciones legales que facultan a los padres con anticipación a la decisión judicial para convenir sobre la custodia de los hijos, sobre todo cuando se trata de hijos habidos fuera de matrimonio, requeridos por padres que viven separados.

Asimismo, tendrán que tomarse en cuenta ciertas reservas que se prevén para los casos de divorcio o nulidad de matrimonio, filiación de hijos reconocidos, adoptados o acogidos por mujer lactante que satisfaga requisitos de posesión del estado.

Sin embargo, a falta de disposición expresa, incumben al guardador los derechos y las obligaciones habituales de un buen padre de familia incluyendo la vigilancia, alimentación, educación, representación en su caso, corrección y convivencia en particular dándose a este respecto diversas situaciones que ameritan ser examinadas.

El deber de compañía es un medio ordinario de cumplir con la función de custodia, pero no existiendo estrictamente posesión objetiva de la persona del hijo (cabe hacer mención que no estoy de acuerdo en el uso de la palabra posesión ya que el hijo menor no es un objeto que se deba poseer sino que es una persona a la que hay que cuidar y educar para la vida, además de que por ahí se dice que los hijos no les pertenecen a los padres), esta circunstancia pone de manifiesto

que cuando se habla del derecho de reclamar a los hijos por que el que reclama cree que con el los menores van a estar mejor que con la otra persona y esta situación pone de manifiesto que reclaman por que se busca el bienestar de los hijos como personas y no como objetos.

Desde luego, la convivencia puede llevarse a cabo en lugar previsto, que puede ser el hogar u otra localidad favorable para su desarrollo como sería un establecimiento educativo o militar o la casa de un tercero.

Hay casos de conflictos regulares, sobre todo en los procedimientos de divorcio o de nulidad del matrimonio, y por ello se faculta al juez competente para fijar discrecionalmente en poder de cual de los cónyuges han de quedar los hijos, tomando en cuenta fundamentalmente la convivencia de estos, sin perjuicio de oírlos personalmente cuando tuvieran suficiente discernimiento para modificar el lugar de residencia.

El derecho de visita, por otra parte debe respetarse por que se funda en el natural interés de mantener la comunicación entre el padre y su hijo separado con grave mengua de su bienestar.

La guarda y custodia del hijo menor de edad no emancipado es el atributo esencial de la patria potestad. Cuando la familia vive unida y antes del divorcio, el padre y la madre tienen derechos y obligaciones que ejercen conjuntamente respecto de la custodia, cuidado y otras circunstancias de sus hijos menores de edad. Son en otras palabras, los defensores y guardianes naturales de sus hijos. Por lo que creemos que es un acierto que nuestro derecho vele por el interés del menor al brindarle protección legal al menor a través de la guarda y custodia a través de algunos de sus padres ya que el velar por los intereses de su hijo se da por naturaleza.

Sin embargo, después de un divorcio o después de una separación aún cuando los padres no hayan estado unidos en matrimonio, les corresponde a las partes, y en su caso al juzgador determinar sobre la custodia de los hijos menores y separar los derechos y obligaciones que antes se ejercitaban conjuntamente.

Hasta ahora sostenemos que el titular del derecho tiene el ejercicio de la patria potestad y, consecuentemente, el derecho de guarda sobre sus hijos; ya que creemos que no puede existir la guarda y custodia si el ejercicio de la patria

potestad es decir, uno va unido al otro, por lo que trataremos de tocar lo relativo a la derivación de la patria potestad, o sea, la posibilidad de separar la guarda del titular de la patria potestad, manteniendo los demás atributos de tal derecho.

Cuando el ejercicio de la patria potestad es incompatible con el interés de la familia, de los hijos y de la sociedad, cuando el ejercicio de ese derecho no se compagina con las finalidades aludidas, que inspira toda la normativa que regula la institución, cuando del ejercicio de ese derecho se desprenden perjuicios para el desarrollo físico y moral del menor, procede la derivación, y hasta la misma ley lo imposibilita.

El legislador ha vuelto sus ojos hacia la antigua tradición judicial francesa y a la de sus antiguos parlamentos, que se reconocían con derecho de inspección y control sobre la patria potestad, y ha captado además un aspecto de la evolución de la patria potestad que es el siguiente: El Código Civil Francés concebía la patria potestad como un derecho intangible y en consecuencia, el padre en ejercicio de su autoridad no podía ser privado de ella en ningún caso, ni aún en los de extrema necesidad. Entonces el juez francés, ante los abusos en el ejercicio de las facultades que involucra la patria potestad y a la consumación de hechos perjudiciales en los hijos sometidos a tal poder que cada día exigían pronto remedio decide con ese criterio, suspender al padre de la guarda de los hijos. De esa manera se respetaba la intangibilidad del derecho de la patria potestad, su titularidad, y al mismo tiempo se procuraba un beneficio al hijo. Se creaba, en una palabra, la derivación.

Más tarde la doctrina contemporánea al robustecer con las opiniones de los autores sobre la teoría del abuso del derecho, ha fundado allí también la derivación de la patria potestad y nuevamente se justifica que el padre, sin perder la titularidad del derecho de la patria potestad, puede ser suspendido en uno de sus atributos, la guarda, cuando lo ejercen con abusos de los poderes que la ley le confiere sobre los hijos.

Nuestra legislación no hace otra cosa que consagrar esa derivación al permitir a los jueces en interés del hijo colocarlos al lado de sus padres, parientes, terceros, de acuerdo con las circunstancias que rodean el caso controvertido.

Queda así afirmado que, en términos generales, las decisiones de los jueces consagran mediante el juicio de guarda, la posibilidad de suspender de la misma a los padres que sin cometer actos que configuren plenamente una causal de privación, ejecutan otros menos graves que no la justificarían pero que al contrario imponen la necesidad de aplicar una pena civil leve y defender y proporcionar protección al hijo, funciones que no debe descuidar ninguna justicia de menores.

2.14.1 ANTECEDENTES DE LA GUARDA Y CUSTODIA.

Bajo las leyes antiguas el padre tenía el control absoluto sobre sus hijos, podía hasta venderlos. El derecho del padre a la custodia estaba basado en la presunción de que estaba en mejor posición para cuidar y velar por sus hijos en caso de separación; el padre proveía ropa, alimentación, etc., y el hijo a su vez, ayudaba a trabajar las tierras. La tradición dictaba que el padre era el guardián natural de sus hijos, esta presunción fue casi absoluta hasta la época de la Revolución Industrial.

Posteriormente la custodia se podía otorgar a cualquiera de los padres, atendiendo al mejor interés del menor; esto podía realizarse mediante un acuerdo entre los padres o, en su defecto, mediante la propuesta, judicialmente valorada, que hiciera el cónyuge demandante del divorcio.

Con este trasfondo, antes de 1954, se disponía que durante el proceso de divorcio los hijos menores de siete años debían quedar necesariamente bajo el cuidado de la madre, pero el 9 de enero del citado año el artículo 282 de Código Civil sufrió una reforma y se suprimió tal regla, pudiendo quedar los menores bajo el cuidado de cualquier persona que designen los cónyuges sin embargo el 27 de enero de 1983 dicho precepto volvió a sufrir una adición y se rescató la regla de cuidado por parte de la madre, además hay que hacer mención que en una reforma llevada a cabo en septiembre del 2004 a este mismo artículo 282 en su fracción V dice que la custodia deberá ser compartida por ambos cónyuges.

Lo dicho anteriormente lo sustenta el siguiente amparo:

MENORES QUE DEBEN QUEDAR EN PODER DE LA MADRE.-

Existe interés social en que los menores estén en poder de su madre hasta la edad que fije el Código Civil aplicable, por que es quien se encuentra más capacitada para atenderlos con eficacia, esmero y cuidados necesarios, de tal suerte que si no se está en los casos de excepción que marca la ley para que deba ser separado el menor de edad del cuidado de su madre, éste no podrá pasar a la custodia del padre que así lo solicite.” Amparo Directo 5057/73.- Manuel Ramón Gil González.- 3 de marzo de 1975.- 5 votos.- Ponente: David Franco Rodríguez. Semanario Judicial De La Federación. Séptima época. Vol. 75. Cuarta Parte. Tercera Sala, p.23

2.14.2. CONCEPTO.

El término custodia proviene del latín “custos” que significa guarda o guardián y esta a su vez deriva del “curtos”, forma del verbo curare que quiere decir cuidar. Es por lo tanto, “la acción y el efecto de custodiar o sea guardar con cuidado alguna cosa”.⁵⁷ El término, aún concretándonos al ámbito jurídico, expresa distintas acepciones; en el derecho privado la custodia en su sentido lato, no es más que la obligación del deudor de cuidar la cosa debida. Pero en su acepción mas técnica y precisa constituye tanto en el derecho romano como en el moderno, el contenido típico del contrato de depósito.

Planiol y Ripert nos dicen que en un sentido amplio “la guarda del hijo comprende todos los derechos que se ejercen sobre su persona, excepción hecha

⁵⁷ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, UNAM, México, Tomo II, 1983

del derecho de hacerlo encarcelar. En sentido estricto comprende el derecho de retener al hijo en el lugar escogido por los padres”.⁵⁸

El derecho de guarda se define como el derecho-deber que asiste al padre para conservar al hijo a su lado, vigilarlo, educarlo y, en general, atender a su buena formación física, intelectual y moral. La guarda es a la vez un derecho y una obligación que constituyen el anverso y el reverso de una misma realidad.

En algunas legislaciones extranjeras, como en la argentina, se distinguen tres tipos de guarda: la guarda física, que comprende el cuidado físico del menor, la atención de su desarrollo personal o corporal; la guarda moral, que consistiría en la vigilancia y el cultivo de los principales valores del espíritu, y finalmente la guarda intelectual, que se refería a la preparación del menor para el posterior ejercicio de una profesión u oficio. Consideramos que esta división no tiene razón de ser ya que sería tanto como dividir al menor en partes y cada parte sea una de las tres áreas mencionadas además de que el que tenga la guarda forzosamente va a ejercer los tres tipos de custodia.

2.14.3. CARACTERÍSTICAS Y FUNCIONES QUE COMPRENDE.

Este derecho tiene como base la instrucción y corrección de la persona del menor por los padres o por un tercero cuando sea éste quien detente su ejercicio; el bienestar del niño es el elemento predominante en la custodia del menor.

En cuanto a sus características podremos decir que son las siguientes:

a) Es un derecho renunciable, ya que cualquier persona a la que se le otorgue la custodia de un menor puede renunciar o excusarse de su cumplimiento.

Es un derecho esencialmente renunciable, pero la renuncia al mismo por parte de los sujetos activos del derecho en cuestión estará estrictamente limitada por los intereses del menor de cuya guarda se trate, pues resulta por demás inapropiada que, ante la renuncia de dicho derecho se afecten volitiva e irremediablemente las necesidades tanto materiales como emocionales que, en los momentos mas importantes del desarrollo de cualquier ser humano resultan

⁵⁸ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge. TRATADO PRÁCTICO DE DERECHO CIVIL FRANCÉS. Traducción de Mateo Díaz Cruz. Cultural La Habana, 1964. Tomo I. Pág. 312.

insustituibles, necesidades que deben ser protegidas por el juzgador o en su caso por el legislador ante la irresponsabilidad de los padres o de aquellos en quienes recaiga la custodia de los menores.

b) Es subordinado ya que está siempre condicionado al interés de los menores, por lo que cualquier convenio de los padres a este respecto, quedará sujeta a que dicho interés se encuentre preservado.

c) Es un derecho intransmisible, ya que solamente el beneficiario de él puede ejercerlo, no puede delegarlo en un tercero.

Con relación a esto, surge la duda de saber si se está o no delegando el ejercicio de la custodia cuando los padres, con base en el artículo 421 C. C., otorgan su autorización para que sus hijos salgan del hogar, por ejemplo para estudiar en el extranjero, y en donde estarán bajo el cuidado y custodia de otra persona. En nuestra opinión creemos que en realidad no se está delegando su ejercicio, es decir, la otra persona en realidad no tendrá la custodia del menor, sino únicamente la obligación de vigilar y cuidar temporalmente de los menores, no es un derecho permanente.

d) Las decisiones judiciales sobre la custodia no son inmutables ni pueden ser definitivas por exigirlo así la misma naturaleza de la institución, es decir, por el contrario, son modificables y deben serlo en atención a necesidades imperiosas, pues de no ser así, la fijeza de tales resoluciones, justas en un principio, llegarían a ser absurdas e injustas si no se tomaran en cuenta los cambios que presentaran hechos o circunstancias posteriores, o si se encontrara comprometido el interés del menor.

La custodia del menor es uno de los principales derechos, si no es que el más importante, dentro de los atributos generales en el ejercicio de la patria potestad correspondientes a los padres. El derecho de guarda concede a su titular el derecho de instrucción y corrección de la persona del menor, es una función conferida siempre en interés del hijo. Este derecho de guarda tiene como corolario las obligaciones de guardar, mantener y educar al hijo; corolario que no es sino el reverso de las atribuciones conferidas.

Entre las funciones que comprende, según el artículo 423 del Código Civil cabe mencionar: la vigilancia, o sea la fiscalización de los actos de los menores

para evitar que corran riesgos o peligros de distinta índole; la corrección, es decir, la facultad de imponer sanciones de acuerdo a la edad y de rigor suficiente como para preservar la autoridad paternal, la dirección de la conducta y de los valores. El derecho de guarda supone en sí, la necesidad de dirigir al hijo, vigilar su correspondencia, sus relaciones, velar por su instrucción y su formación.

Es importante hacer notar que para ejercer el derecho de guarda es menester contar con la tenencia del menor, ya que sin ella no pueden actualizarse los derechos y obligaciones que acarrea.

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

Amparo Directo.- 8236/86.- Manuel Armas Vázquez y otra.- 12 de enero de 1988.- 5 votos.- Ponente: José Manuel Villagordoa Lozano.- Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba.- Precedente: Amparo Directo 73/87.- Salvador Cordero Torner y otra.- 4 de abril de 1987.- 5 votos.- Ponente: Jorge Olivera Toro.- Secretaria: Hilda Martínez González.

Esta tesis consideramos que es errónea en el sentido de que utiliza el término “posesión material”, sin tomar en consideración que las personas no pueden poseerse, pues posesión se entiende el poder de hecho sobre una cosa o derecho.

Nuestra ley al respecto dice:

Artículo 790. Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el artículo 793. Posee un derecho el que goza de él.

Artículo 794. Sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación.

Entre los factores deben ser examinados al momento de determinar el mejor interés del menor se encuentran: la preferencia del menor, su sexo, su edad, su salud mental y física, la habilidad de las partes para satisfacer las necesidades afectivas, morales y económicas del menor, el grado de ajuste del menor al hogar, la escuela y la comunidad en que vive, la interrelación del menor con las partes, sus hermanos y otros miembros de la familia, y la salud psíquica de las partes. Ningún factor es de por sí decisivo, hay que sopesarlos todos, para dictar la solución más justa que satisfaga y proteja el bienestar e intereses del menor.

2.14.4. LA CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES NACIDOS DENTRO Y FUERA DE MATRIMONIO.

Ya mencionamos que cuando los padres viven juntos, en especial cuando están unidos en matrimonio, ambos ejercen el derecho de custodia por vivir todos en la misma casa. Sin embargo, cuando un hijo nace fuera del matrimonio y sus padres no viven juntos se siguen diversas reglas establecidas en los artículos 380 y 381 del Código Civil:

1. En caso de reconocimiento simultaneo, “en ese acto el padre y la madre convendrán cual de los dos ejercerá su custodia, y en caso de que no lo hicieran, el Juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al ministerio publico resolverá lo que creyere mas conveniente a los intereses del menor”.

“MENORES DE EDAD, CUSTODIA DE LOS.- Cuando los padres que han reconocido en el mismo acto a un menor discuten respecto a cual de ellos corresponde su custodia, no basta que demuestren el derecho que tienen a ejercer la patria potestad sobre el niño y que tienen interés en alcanzar su custodia, sino que también es indispensable que acrediten que el convivir el niño con uno de ellos es lo que resulta a éste más provechoso, toda vez que el artículo 380 del Código Civil para el Distrito Federal, independientemente de señalar como elementos de esta

acción el que los padres hayan reconocido al hijo en el mismo acto, que no vivan juntos y que no lleguen a convenir sobre su custodia, ordena al juez resolver, después de haber oído el parecer del Agente del Ministerio Público y el de los progenitores, lo que creyere más conveniente a los intereses del menor.”

Amparo Directo 4699/77.- Ezequiel Pantoja Castillo.- 25 de agosto de 1978.- 5 votos.- Ponente J. Ramón Palacios Vargas.- Secretario: Carlos A. González Zarate.

2. Tratándose del reconocimiento sucesivo, ejercerá la custodia el que primero lo hubiese reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres y siempre que el Juez de lo Familiar del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público.

Por lo que toca al supuesto de hijos nacidos fuera de matrimonio que vivían juntos y se separan, mencioné con anterioridad que debe ser aplicado el artículo 417 que en lugar de regular la patria potestad, debería referirse a la custodia.

2.14.5 MARCO LEGAL DEL LA GUARDA Y CUSTODIA.

En este apartado mencionaremos otros casos en los que se otorga la custodia a uno o ambos cónyuges

1. El artículo 259 dice: “En la sentencia que declare la nulidad, el Juez de lo Familiar resolverá respecto a la guarda y custodia de los hijos, el suministro de sus alimentos y la forma de garantizarlos.

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

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

A propósito de los efectos de la sentencia de nulidad de matrimonio, cuando deja a los ex-cónyuges la posibilidad de proponer su custodia, debiendo

resolver el juez conforme a criterio debidamente fundado, aunque creemos que en la proposición de los cónyuges también puede haber problemas, ya que es muy difícil que propongan a una persona en común ya que cada quien va a tener a su candidato por lo que creemos más pertinente que el juez lo nombre para no darle ventaja o preferencia a uno o a otro.

1. El Código Civil Para el Distrito Federal en su artículo 273 en su fracción I nos establece: “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 más de celebrado el matrimonio y acompañen un convenio que deberá contener las siguientes cláusulas:

Fracción 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;”

Cuando requiere a los que se divorcian voluntariamente para que designen persona que se haga cargo de los hijos aquí va en el mismo sentido lo comentado anteriormente ya que no creo que lleguen a un acuerdo e insistimos en que el juez es quien debe de designar a esa persona.

2. En el artículo 283 cuando determina que los hijos quedarán en poder del cónyuge sano en caso de divorcio necesario aquí creemos que la ley está en lo cierto por que habla de un cónyuge sano y una de las causas de los divorcios necesarios es precisamente la violencia intrafamiliar y quien la ejerce sufre de una patología por lo que podemos entender que el conyuge sano es la victima de esa violencia;

3. Artículo 378.- La persona que cuida o ha cuidado de la lactancia de un niño, a quien le ha dado su nombre o permitido que lo lleve; que públicamente lo ha presentado como hijo suyo y ha proveído a su educación y subsistencia, podrá contradecir el reconocimiento que alguien haya hecho o pretenda hacer de ese niño. En este caso, no se le podrá separar de su lado, a menos que consienta en entregarlo o que fuere obligada a hacer la entrega por sentencia ejecutoriada. El

término para contradecir el reconocimiento será el de sesenta días, contados desde que tuvo conocimiento de él.

En este artículo 378 nos habla de cuando faculta a la mujer lactante que se ha hecho cargo de un niño, aunque no sea suyo propio, sino que por diferentes circunstancias tiene que hacerse cargo de él y cuidarlo y hacerse cargo de él proporcionándole lo necesario para llevar una vida normal (y aquí viene a colación un dicho que dice “es mas padre el que cuida que el que engendra”), y este artículo le da una alternativa por si no quiere entregar al niño a su cuidado, tiene todo el derecho de conservar al menor e incluso puede presentarlo a las autoridades como su hijo;

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

Este artículo menciona la hipótesis de cuando previene la facultad judicial de resolver si los padres, que vivan separados, no se ponen de acuerdo siempre que hubieren reconocido al hijo al mismo tiempo;

5. En el artículo 381 cuando admite el derecho de los padres para ejercer la custodia, conforme al orden del reconocimiento del hijo este artículo a la letra dice:

Artículo 381.

Si el reconocimiento se efectúa sucesivamente por el padre o la madre que no viven juntos, ejercerá la guarda y custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que ambos convinieran otra cosa entre ellos, y siempre que el Juez de lo Familiar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los progenitores, del menor y del Ministerio Público.

6. El artículo 413 nos dice: La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores,

para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

En este artículo se menciona cuando el ejercicio de la patria potestad se sujeta en cuanto a la guarda de menores, a las modalidades precisadas con anterioridad esto es en caso de que el menor llegara a cometer un delito o una falta administrativa.

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

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

Ya que cuando faculta a los que ejercen la patria potestad para corregir a los hijos bajo su custodia en ninguna manera da autorización de castigar indiscriminadamente al menor;

En el artículo 444 nos dice:

La patria potestad se pierde por resolución judicial:

Fracción V. Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de tres meses, sin causa justificada;

Este artículo va en relación con el 939 del Código de Procedimientos Civiles que a continuación mencionaremos:

Artículo 939.- Podrá decretarse el depósito: de menores o incapacitados que se hallen sujetos a la patria potestad o a tutela y que fueren maltratados por sus padres o tutores, o reciban de éstos ejemplos perniciosos, a juicio del juez, o sean obligados por ellos a cometer actos reprobados por las leyes, de huérfanos o incapacitados que queden en abandono por la muerte, ausencia o incapacidad física de la persona a cuyo cargo estuvieren.

Cuando fija como causa de la pérdida de la patria potestad, la exposición o el abandono que hagan los padres de sus hijos, relacionado con el artículo 939 del Código de Procedimientos Civiles que dispone el depósito de los referidos menores en la vía de jurisdicción voluntaria y van a dejarlos a una institución como

el DIF pero desgraciadamente los mismos padres no son los que lo hacen sino que por lo regular un familiar o un amigo son los que los llevan a este tipo de instituciones;

7. En el artículo 1922 cuando dispone que ni los padres ni los tutores tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia, si probaren que les ha sido imposible evitarlos. Esta imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido fuera de su presencia si aparece que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados.

En materia de jurisprudencia importa precisar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado jurisprudencia para que, en el juicio de amparo, proceda la suspensión sin fianza de la resolución de autoridad que pretenda privar a quienes ejercen la patria potestad de la custodia de un menor. En otras ejecutorias afirma nuestro mencionado tribunal que, en el divorcio, la guarda de los menores de tres años corresponde a la madre aunque resulte culpable advirtiéndose que esta tesis se ha modificado en el sentido de que por causa de interés social, los menores que se encuentren en poder de su madre no podrán pasar a la custodia de su padre que los solicite, a meno de que concurra una excepción legal.

2.15. PATRIA POTESTAD.

Universalmente se ha caracterizado a la Patria Potestad como el conjunto de deberes y derechos adjudicado a los padres respecto de la persona y los bienes de sus hijos menores de edad no emancipados. Esta noción que proviene del Derecho Romano, ha subsistido hasta nuestros días sin demasiadas modificaciones, y así ha recibido consagración legislativa.

Más que un poder, la patria potestad es actualmente una verdadera función, pues en el transcurso de los tiempos ha evolucionado, perdiendo el carácter acusadamente autoritario que tuvo en el derecho romano y en el germánico, hasta convertirse en una institución destinada a la defensa de la persona y bienes del menor, a la que no es extraña la intervención del estado.

Esta intervención se acentúa cada día más, como una manifestación del interés público que se reconoce actualmente, con absoluta unanimidad, por los sociólogos y los juristas, en la institución familiar, y como consecuencia de la necesidad que existe de que esta institución se desarrolle normalmente y cumpla de este modo sus fines característicos, entre los cuales no es el menos importante el que se refiere a la protección de los menores, para lo cual en bastantes ocasiones se requiere la acción directa de la autoridad estatal.

2.15.1. CONCEPTO.

La Lic. Sara Montero Duhualt nos dice que la patria potestad “es la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad”⁵⁹.

Rojina Villegas nos expresa que la patria potestad es “el conjunto de las facultades, que suponen también deberes, conferidas a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria”⁶⁰.

La patria potestad se considera como un poder concedido a los ascendientes como un medio de cumplir con sus deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes. Es por ello que se equipara a una función pública, de aquí que por patria potestad 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 periodo”⁶¹.

Patria potestad viene del latín “patrius”, lo relativo al padre y “potestas”, potestad. Actualmente se ve “mas que un poder, una protección que, por otra

⁵⁹ MONTERO DUHUALT, Sara. Op. Cit. Pág. 339.

⁶⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael. DERECHO CIVIL MEXICANO. TOMO II, VOL. 1 Ed. Porrúa México 1990. Pág. 89.

⁶¹ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía. DERECHO Y SUCESIONES. Pág. 227.

parte, no es específicamente paternal, puesto que incumbe a los dos esposos, y aún a la madre sola en defecto del padre”⁶².

El Dr. Galindo Garfias señala que “la patria potestad comprende un conjunto de deberes-poderes impuestos a los ascendientes, que éstos ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de éstos dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoridad lo requiere”⁶³.

Rafael de Pina Vara nos define a la patria potestad de la siguiente manera: “Conjunto de las facultades –que suponen también deberes- conferidas a quienes las ejercen (padres, abuelos, adoptantes, según los casos) destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes”⁶⁴.

De Diego la conceptúa como “el deber y derecho que a los padres corresponde de proveer la asistencia y protección de las personas y bienes de los hijos en la medida reclamada por las necesidades de éstos”⁶⁵.

En todas las definiciones se habla de los derechos y deberes que ejercen los padres o uno de ellos, y se señala también como una institución de asistencia y protección que tiene una naturaleza especial y un fin determinado. Es evidente que el fundamento de la patria potestad está en la naturaleza humana que confiere a los padres la misión específica de asistir y formar a sus hijos. Independiente que el Estado acepte y la regule, la patria potestad está en la naturaleza propia de las relaciones paterno-filiales.

Algunos autores distinguen, en relación con la patria potestad, dos aspectos, uno referido a la protección de los intereses materiales (asistencia protectora) y otro a la de los intereses espirituales (asistencia formativa, particularmente dedicada a la educación del menor).

“La patria potestad comprende una serie de derechos y de obligaciones correlativas para quien la ejerce, tales como la guarda y custodia de los menores,

⁶² CASTAN VAZQUEZ, José María. LA PATRIA POTESTAD. Ed. Revista De Derecho Privado. Madrid 1960. Pág. 117.

⁶³ GALINDO GARFIAS, Ignacio. DERECHO CIVIL. PRIMER CURSO. Ed. Porrúa México 1980 Pág. 667.

⁶⁴ De PINA VARA, Rafael y DE PINA, RAFAEL. DICCIONARIO DE DERECHO. Pág. 400.

⁶⁵ Citado por CASTAN TOBEÑAS, José. DERECHO CIVIL ESPAÑOL, COMÚN Y FORAL. TOMO V. Derecho De Familia Rossese A. Madrid 1985 Pág. 204

la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la ley, de administrar sus bienes, de proporcionarles alimentos, etc. Cuando en virtud de resolución judicial se priva a una persona de la patria potestad, ella pierde los derechos inherentes a la misma, quedando subsistentes únicamente las obligaciones económicas que le incumban, según se desprende del artículo 378 del código Civil de Veracruz; sin embargo, debe advertirse que la autoridad judicial está facultada para, sin privar a los padres o abuelos de la patria potestad que ejerzan, suprimirles o restringirles alguno o algunos de los derechos que la misma comprende, como puede ser la privación de la guarda y custodia de los menores, de la facultad de decidir sobre alguna cuestión relativa a su educación, de la administración de sus bienes, etc.; esto se desprende, entre otros de los artículos 342 y 370 del ordenamientos antes mencionado”⁶⁶.

La Lic. Sara Montero Duhalt nos dice que la patria potestad “Es la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad”⁶⁷.

La patria potestad es una institución civil matizada por el influjo de la moral, y en la cual los derechos de quienes la ejercen se justifican en cuanto son necesarios para el cumplimiento de los deberes que le corresponden.

Los tratadistas reconocen en la patria potestad un contenido moral y un contenido jurídico. Estos contenidos aparecen perfectamente entrelazados, sin que ninguno de ellos pueda ser separado del otro sin atacar a la naturaleza esencial de la institución.

2.15.2. SUJETOS.

Son sujetos activos de la patria potestad, los ascendientes: padre y madre y, a falta de ambos, los abuelos, en el orden que determine la ley o el juez de lo familiar, atendiendo a la convivencia del menor. Son sujetos pasivos los descendientes, menores de 18 años no emancipados.

⁶⁶ Amparo Directo 2078/74. 15 de agosto de 1975. (Unanimidad.)

⁶⁷ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho De Familia. Pág. 340.

Esto significa que el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos legítimos recae sobre el padre y la madre, y sólo por muerte de alguno o por haber incurrido en la pérdida de la misma, pasa al otro. A falta de los padres la ejercerán los abuelos paternos, y a falta de ellos los maternos; cuando falta alguno de los abuelos el otro la tendrá solo, antes de la pareja que siga en orden.

En el caso de los hijos extramatrimoniales, la patria potestad corresponde al que reconozca al hijo en primer lugar, si los dos padres lo reconocen simultáneamente, como lo establezcan de común acuerdo. Si se suscita controversia, el juez de lo familiar resolverá lo más conveniente para el menor.

En caso de adopción, sólo el adoptante puede ejercer la patria potestad.

2.15.3. CARACTERISTICAS.

El artículo 448 del Código civil para el Distrito Federal nos dice que la patria potestad no es renunciable, sin embargo podemos mencionar las siguientes características:

1. Personal. Es un conjunto de deberes, obligaciones y derechos de carácter personal, que no pueden ser cumplidos a través de terceros. En nuestro derecho ejercen la patria potestad el padre y la madre, o los abuelos paternos o maternos, si no la ejercieran los padres. Esto no impide que en algunos aspectos al ejercer la patria potestad puedan delegar a terceros, como en el caso de la instrucción donde se envía a los hijos a la escuela para su educación; las escuelas son auxiliares de los padres en el cumplimiento de su deber de educación.

Creemos que es importante mencionar que la patria potestad la adquieren ambos padres de manera natural aunque la ley así lo establezca, es decir, que la mayoría de los padres ya tienen un “instinto natural” de hacerse cargo de los hijos sin que la legislación se los imponga.

2. Participación de ambos padres. En nuestro derecho, como ya dijimos, participan el padre y la madre en el caso de matrimonio y concubinato, y en ausencia de ello los abuelos paternos o maternos. Sólo en caso de que el padre o la madre de uno no pudieran ejercer la patria potestad, lo hará el que quede. Esta es una evolución evidente, pues recordemos que al principio la patria potestad la

ejercía en forma soberana sólo el padre; a la madre no se le tomaba en cuenta, ni era capaz de administrar sus propios bienes.

Esto es interesante y hay que destacarlo, dada la poca intervención del padre en la educación de los hijos en nuestro ambiente, y esto se debe por que al padre solamente se le da el papel de proveedor y realmente pasa poco tiempo con sus hijos por lo que en ocasiones he escuchado decir que la verdadera dueña de la casa es la mujer ya que es la que administra y educa a los hijos; el legislador desea la participación de ambos para dar la debida educación de los menores.

3. Obligatorio. Ejercer la patria potestad es obligatorio, y esta obligación se deriva de su propia naturaleza. De la patria potestad no pueden desligarse de los padres; la patria potestad es irrenunciable, sólo puede excusarse quien tenga 60 años cumplidos, o cuando por su mal estado de salud no pueda atender debidamente su desempeño.

4. Representación total. Comprende un conjunto de deberes y obligaciones. Aquí observamos que existe un conjunto de deberes orientados a la persona del menor, de contenido extra-matrimonial no valorable en dinero, y que se refieren a la buena educación y atención del menor, pero también existen una serie de obligaciones orientadas a la administración de los bienes del mismo.

5. Temporal. A diferencia de la patria potestad romana, actualmente es temporal. Mas adelante veremos los casos en que la patria potestad.

6. Intransmisible. Los derechos, los deberes y las obligaciones que integran esta relación jurídica están fuera del comercio. Es decir, no pueden ser materia de transferencia o enajenación. Corresponde a los padres y abuelos únicamente.

“Los derechos familiares, como son los inherentes a la patria potestad, son intransmisibles, en virtud de que se conceden legalmente tanto en consideración a la persona del titular, como atendiendo a la relación jurídica entre padres e hijos menores de edad; aunado lo anterior, al carácter de interés publico que existe en esos derechos; lo que produce como consecuencia, la nulidad en caso de que se estipule lo contrario”⁶⁸.

⁶⁸ Amparo Directo 7020/86. María Luisa Rosas viuda de Valdés y otro. 3 de diciembre de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Sergio Hugo Capital Gutiérrez. Secretaria: Hilda Cecilia Martínez González. Visible en el informe 1988, Segunda Parte, 3ª Sala. Ejecutoria 150, Pág. 173.

7. Imprescriptible. Esto significa que los deberes, obligaciones y derechos que implica la patria potestad no se extinguen por el transcurso del tiempo; por ser parte del Derecho de Familia presentan esta característica.

8. Responsabilidad en el ejercicio de la patria potestad. La patria potestad se ejerce en relación a la persona del menor y de sus bienes. En relación a los bienes, existe la posibilidad de que una mala administración genere daños y perjuicios. Quien ejerce la patria potestad tiene la obligación de dar cuenta de su administración al hijo y entregarle luego que se emancipe o llegue a la mayoría de edad todos los bienes y frutos que le pertenecen y consecuentemente, pueden generarse daños y perjuicios por una mala administración que eventualmente que podría tipificar un delito de acuerdo a los siguientes artículos:

Artículo 439.

“Las personas que ejercen la patria potestad tienen obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos”.

Artículo 442.

“Las personas que ejerzan la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen”.

9. Tracto sucesivo. El ejercicio de la patria potestad es continuado y por el tiempo requerido hasta que como institución se acaba. Se trata de una prestación que no se agota al cumplirse. Es de tracto sucesivo, que implica una serie sucesiva de actos en beneficio de la educación, guarda y atención de los menores.

10. Orden público. La patria potestad es de orden público. Ya dijimos que no es posible renunciarla; no sólo es de orden público en relación a los que la ejercen, sino también por interés que se observa del Estado a través de los funcionarios adecuados.

Como la patria potestad tiene por objeto la debida formación de los menores que serán los futuros ciudadanos, el Estado está interesado en esta institución. Sin aceptar que los padres están supliendo una función estatal, o que éste delega parte de sus funciones en los padres, es obvio el interés social que existe.

En nuestra legislación encontramos la participación del Ministerio Público, que puede intervenir cuando los padres no cumplan con sus deberes y obligaciones, también los Consejos Locales de Tutelas tendrán intervención para exigir el debido cumplimiento de los padres.

A continuación citamos dicho artículo:

Artículo 422.

“A las personas que tienen al menor bajo su patria potestad o custodia incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

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

También se señala la necesidad de que exista un tutor en caso de que las personas que ejerzan la patria potestad tengan interés opuesto al de los hijos, según el siguiente artículo:

Artículo 440.

“En todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos, serán éstos representados, en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso”.

Recordemos también la posible intervención que tienen en esta materia los jueces familiares.

11. Irrenunciable. La patria potestad no es renunciable, sólo excusable según lo previene el artículo 448 del Código Civil.

Las razones por las que se establece la irrenunciabilidad se derivan de su propia naturaleza; se trata de una función de orden público y debemos recordar que el artículo 6 Código Civil establece que sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público, o bien cuando la renuncia no implique perjuicio a derechos de tercero. Si la patria potestad fuera renunciable habría más hijos sin padre o abandonados de los que observamos ordinariamente en nuestra comunidad nacional.

2.15.4. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD.

Los efectos de la patria potestad se dividen en: efectos sobre la persona del hijo, y efectos sobre los bienes del hijo.

1. En relación con la persona del menor.

Los efectos sobre la persona del hijo, se refieren tanto a las relaciones personales entre los que ejercen la patria potestad y los menores sometidos a ella, como a la función protectora y formativa que deben llevar a cabo los primeros.

Por lo que se refiere a las relaciones personales el menor, debe honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes, y por lo que hace a la función protectora y formadora, el ascendiente está obligado a la guarda, manutención y educación del menor, pudiendo corregirlo mesuradamente.

El concepto de guarda presupone que el menor no puede dejar la casa sin permiso del progenitor. Su domicilio legal es el del que ejerce la patria potestad.

El mantenimiento implica todas las prestaciones que se señalan en la obligación alimentaria, incluyendo la educación, según las posibilidades del obligado.

Asimismo, el ascendiente está obligado a representar al menor, quien no puede celebrar actos no comparecer en juicio sin autorización.

Por otra parte el ascendiente tiene el derecho de corrección y castigo. Este derecho ha evolucionado ampliamente, desde la facultad ya mencionada de vida y muerte del menor, hasta considerar que los malos tratos por parte de los progenitores pueden llegarse a tipificar como delitos. El síndrome de niño golpeado ha sido motivo de estudio no solo entre los penalistas sino también por parte de psicólogos, educadores, sociólogos y trabajadores sociales. Desde el punto de vista del derecho civil los malos tratos son causa de la pérdida de la patria potestad.

2. En relación con los bienes del menor.

Respecto de los efectos de la patria potestad sobre los bienes del hijo, es necesario atender al origen de los mismos. Al respecto, nuestro Código civil los clasifica en: bienes que el menor adquiere por su trabajo, y bienes que el menor adquiere por otro título.

En lo que concierne a los primeros, ya señalamos que pertenecen al menor en propiedad, administración y usufructo, y que en el caso de los segundos, la propiedad es del hijo pero la administración corresponde al ascendiente.

En lo que toca a los frutos de los bienes obtenidos por medios distintos del trabajo, la ley señala que la mitad corresponde al menor y la otra mitad a quien ejerce la patria potestad; es lo que se conoce como usufructo legal. En este caso, los padres tienen todas las obligaciones de los usufructuarios comunes excepto dar fianza, a no ser que por cualquier causa pongan en peligro los bienes del menor. Considera la ley que el posterior matrimonio del ascendiente es una de ellas (consideramos que esta excepción es inútil, pues en todo caso el menor tiene derecho a que se constituya la hipoteca necesaria). También están privados de usufructo legal en el caso de que los bienes provengan de herencia o donación, y el testador o donador así lo disponga.

A la terminación de la patria potestad, los progenitores deben rendir cuentas de su administración.

Los que ejercen la patria potestad no pueden donar, vender o hipotecar los bienes del menor sino en caso de necesidad comprobada ante el juez, quien podrá autorizarla; tampoco podrán arrendar por más de cinco años, ni dejar de rendir cuentas de su administración.

2.15.5. SUSPENSIÓN, PÉRDIDA Y EXTINCIÓN.

Como dijimos anteriormente la patria potestad es irrenunciable; sin embargo, pueden excusarse de su desempeño los que la ejercen, cuando sean mayores de 60 años o cuando por su habitual mal estado de salud no puedan desempeñar bien el cargo.

La patria potestad puede suspenderse en los casos en los que quien deba desempeñarla caiga en estado de interdicción⁶⁹, se le declare ausente, o por sentencia se le prive temporalmente de su ejercicio.

⁶⁹ Esto se refiere a una restricción de la capacidad impuesto judicialmente, por causa de enfermedad mental, prodigalidad, estado de quiebra, etc., que priva a quien queda sujeto a ella del ejercicio, por sí propio, de los actos jurídicos relativos a la vida civil.

La patria potestad solo se puede perder por sentencia la cual puede ser dictada:

1. En juicio penal, cuando el progenitor ha sido considerado dos o más veces por delitos graves, por malos tratos o abandono del menor que constituyan el delito de abandono de persona.

1. En juicio civil de divorcio cuando, a juicio de un juez, la dependencia entre padres e hijos deba romperse, o en juicio especial de pérdida de la patria potestad debido a las costumbres depravadas de los padres, malos tratos o abandono, que pongan en peligro la salud, seguridad o moralidad de los menores.

La pérdida de la patria potestad no implica la casación de las obligaciones que tienen los ascendientes respecto de los descendientes, de forma especial la de proporcionarles los alimentos.

Son también causa de la extinción de la patria potestad:

- a) La muerte del ascendiente.
- b) La emancipación.
- c) La mayoría de edad del menor.

2.16. IGUALDAD JURIDICA.

La igualdad Jurídica creemos que es importante tocarla en nuestra investigación por que es indispensable para cualquier tipo de procedimiento y pensamos que toma más trascendencia en el ámbito familiar ya que en el otorgamiento de la patria potestad ambos cónyuges deben estar en igualdad de circunstancias.

El Dr. Ignacio Burgoa nos dice que la igualdad jurídica es “la ausencia de distinciones y diferencias entre los hombres en cuanto tales”⁷⁰.

La igualdad jurídica es un dogma del constitucionalismo moderno: el derecho de todos los hombres para ser juzgados por las mismas leyes, por un derecho común, aplicable a todos. Un derecho compuesto por reglas generales anteriores y no por tribunales ni leyes creados.

⁷⁰ BURGOA, Ignacio. Las Garantías Individuales. 31ª edición Ed. Porrúa. México 1999. Pág. 255.

La igualdad dentro del mundo del derecho puede ser considerada en dos aspectos fundamentales: 1) como un ideal igualitario, y 2) como un principio de justicia. Estos dos aspectos de la idea de igualdad aparecen, como veremos en la noción de garantía de igualdad propia de la dogmática constitucional.

Es importante mencionar que la igualdad sólo debe tener lugar, como relación comparativa, entre dos o más personas pertenecientes a una misma y determinada situación jurídica (en este caso la familia), la cual se consigna por el orden de derecho mediante diversos cuerpos legales, atendiendo a factores y circunstancias de diferente índole: económicos, sociales, jurídicos, etc.

La igualdad, por otro lado, es considerada elemento fundamental de la justicia. En efecto, la justicia únicamente puede existir entre personas que son tratadas de la misma manera, en las mismas circunstancias y cuyas relaciones son gobernadas por reglas fijas. Este tipo de problemas, como veremos se encuentra más vinculado con el funcionamiento del orden jurídico.

Para la igualdad Jurídica entre cónyuges que en términos generales los artículos 162 y 164 del Código Civil que a la letra dicen:

Artículo 162.

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

Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamento de los hijos.

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

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar. Sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges”.

Como se pudo observar estos artículos nos hablan respectivamente de la decisión en común con respecto a la procreación y a los deberes de carácter económico dentro del hogar, el Código Civil establece la igualdad en aspectos de carácter moral y en la conducta respecto a los hijos así el artículo 168 expresa:

Artículo 168.

Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de los hijos. En caso de desacuerdo, podrán concurrir ante el Juez de lo Familiar.

Esta última disposición es en el sentido de que el juez resolverá no es más que una utopía como lo menciona la Lic. Montero Duhalt: “un buen deseo del legislador de que los casados ocurran a los buenos oficios de un tercero (el juez) para que dirima los desacuerdos entre los cónyuges. Si no se ponen de acuerdo en algo tan importante como es la formación o educación de los hijos. Trata de darle el legislador al juez, el importante papel de consejero matrimonial y si bien esto sería lo deseable, está fuera de nuestra realidad y de nuestras costumbres”⁷¹.

Otra regla igualitaria consiste en el derecho que tienen ambos cónyuges de desempeñar cualquier actividad excepto las que dañan la moral o la estructura familiar. En este caso cualquiera de los dos puede oponerse a que otro desempeñe la actividad de que se trate, y el juez de lo familiar resolverá sobre la oposición.

En conclusión podemos decir que la igualdad como garantía individual, traducida en la situación negativa de toda diferencia entre los hombres, proveniente de circunstancias y atributos originarios emanados de la propia personalidad humana particular (raza, religión, nacionalidad, etc.), es el fundamento de la igualdad jurídica que opera en cada una de las posiciones determinadas y correlativas derivadas de los distintos ordenamientos legales.

Es importante mencionar que esta igualdad no se da en virtud a la celebración de algún contrato sino surge concomitantemente con la persona

⁷¹ MONTERO DUHUAL, Sara. Derecho De Familia. Pág. 114

humana. Por lo que estamos en aptitud de aseverar que esta igualdad se da con el nacimiento de la persona.

Por último, la igualdad como garantía individual tiene como centro de imputación al ser humano en cuanto tal, es decir, en su persona, sin importar su condición económica, social, raza, idioma etc.

2.17. RESOLUCION JUDICIAL.

Las resoluciones judiciales son pronunciamientos de los jueces y tribunales a través en los que acuerdan delimitaciones de trámite o deben cuestiones planteadas por las partes, incluyendo la resolución del fondo del conflicto.

Otro concepto nos dice que “son los actos del tribunal por los que éste decide sobre las cuestiones que se le plantean, ya sean sobre fondo, ya sean de carácter procesal”⁷².

Para Rafael de Pina las resoluciones judiciales son: “Los actos procesales de un juez o tribunal destinados a atender las necesidades desarrollo del proceso”.⁷³

No existe un criterio claramente establecido para delimitar las resoluciones que pueden dictarse en el curso de un procedimiento judicial y esta situación la advertimos claramente en los ordenamientos procesales mexicanos en los cuales se encuentran diversos enfoques para clasificar dichas resoluciones.

Podemos señalar como ejemplos los representados por la clasificación compleja del artículo 79 del Código De Procedimientos Civiles Para El Distrito Federal que a continuación mencionaremos en su texto:

“Artículo 79.- Las resoluciones son:

- I. Simples determinaciones de trámite y entonces se llamarán decretos;
- II. Determinaciones que se ejecuten provisionalmente y que se llaman autos provisionales;
- III. Decisiones que tienen fuerza de definitivas y que impiden o paralizan definitivamente la prosecución del juicio, y se llaman autos definitivos;

⁷² Diccionario Jurídico Espasa. Pág. 879.

⁷³ De Pina Vara, Rafael. DICCIONARIO DE DERECHO. Pág. 442.

IV. Resoluciones que preparan el conocimiento y decisión del negocio ordenando, admitiendo o desechando pruebas, y se llaman autos preparatorios;

IV. Decisiones que resuelven un incidente promovido antes o después de dictada la sentencia, que son las sentencias interlocutorias;

VI. Sentencias definitivas”.

También en el Código De Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en su artículo 94 que adopta una separación de sólo dos categorías nos dice:

“Artículo 94.- Las resoluciones judiciales dictadas con el carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia interlocutoria, o en la definitiva.

Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente”.

El primer precepto divide las resoluciones judiciales en seis sectores: decretos que son simples determinaciones de trámite, datos provisionales, cuando se ejecutan de manera provisional autos definitivos que impiden o paralizan definitivamente la prosecución del juicio; autos preparatorios los que preparan el conocimiento y decisión del negocio ordenado, admitiendo o desechando pruebas; sentencias interlocutorias, cuando resuelven un incidente promovido antes o después de dictada la sentencia; y sentencias definitivas, que resuelven el fondo de la controversia. A su vez, el citado artículo 94 del código adjetivo mencionado separa las referidas resoluciones judiciales en sentencias, si terminan la instancia resolviendo el asunto en lo principal, y autos, en cualquier otro caso.

Entre estos dos extremos un sector importante de los códigos procesales mexicanos se aparta a los anteriores y adoptan una clasificación tripartita que nos parece la más acertada, o sea:

1. Decretos, como simples determinaciones de trámite.
2. Autos, cuando deciden cualquier punto dentro del proceso.
3. Sentencia, si resuelven el fondo del negocio.

Esta clasificación es consagrada por los artículos 220 del Código Federal de Procedimientos Civiles, 71 del Código de Procedimientos Penales, y 837 de la

Ley Federal del Trabajo, aun cuando esta última sigue una terminología diferente en cuanto denomina a éstas tres categorías como acuerdos autos incidentales o resoluciones interlocutorias y laudos.

Las resoluciones judiciales más importantes son precisamente las sentencias, entendiendo como tales, las que deciden el fondo de un asunto.

Por otra parte las sentencias judiciales pueden dividirse en dos grandes sectores:

- Las sentencias definitivas, que deciden la controversia en cuanto al fondo, pero que admiten medios de impugnación ante organismos judiciales de mayor jerarquía.
- Sentencias firmes, aquellas que no pueden combatirse a través de ningún medio de impugnación, por lo que han causado estado y adquiera autoridad de cosa juzgada.

En conclusión podemos decir que en el otorgamiento de la patria potestad deben concurrir diferentes factores tales como la igualdad jurídica, la razón de juez para decretar dicho otorgamiento atendiendo a la protección, el bienestar y la salud física y mental de los menores involucrados.

Por lo tanto, tenemos que la patria potestad es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales, es decir, la ley confiere un conjunto de facultades a determinadas personas para que, teniendo como fin primordial el cuidado y educación de los menores, velen por esto último.

Existen instrumentos legales en México eficaces, siempre y cuando se sepan utilizar, ahora bien, el cónyuge culpable, en casos de divorcio necesario, no siempre lo es el padre, así que no es injusto que existan leyes que tiendan a protegerlo, a veces, en perjuicio de la madre. Es necesario atender a que se puede dar cualquiera de los casos, tanto que el padre sea el que con sus conductas entorpezca el desarrollo integral del hijo, como la madre. Lo que tratamos de expresar en el presente trabajo es que al otorgar la patria potestad en un proceso de divorcio con causal de violencia intrafamiliar se le otorgue inmediatamente al cónyuge ofendido pero de una manera definitiva y no

provisional (aunque el otro cónyuge trate de probar que no ejerció la violencia) la patria potestad todo esto con el fin de no causar una desestabilización al menor en cuanto a la adaptación o a la forma de vida que pueda tener con uno u otro de sus padres.

Por lo anteriormente expuesto creemos que es necesario que se le prive de la patria potestad al cónyuge que ejerció la violencia intrafamiliar mediante la emisión de la medida precautoria dictada por el juez al inicio del procedimiento de divorcio a favor del cónyuge inocente pero de manera definitiva ya que a nuestro criterio puede significar un perjuicio sobre todo emocional y de adaptación para los para los menores.

CAPITULO 3

MARCO JURIDICO

VIGENTE

1.1. ARTICULO 4 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Del estudio realizado a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se observa que la constitución de 1812, hizo la declaración solemne de que la nación está obligada a conservar y proteger la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen.

No son otros mas que los Derechos del Hombre; es decir, los derechos que el hombre por el sólo hecho de serlo, tiene y ha de tener siempre, así como las garantías individuales que son los medios formulados en la ley fundamental para asegurar el goce de estos derechos.

“Años después fue cuando vino a expedirse la constitución actual que colocándose en el terreno de la verdad vino a hacer la solemne declaración de que el pueblo mexicano reconoce que los Derechos del Hombre son la base y el fundamento de las instituciones sociales, y que todas las leyes y autoridades de país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la constitución.

Visto esto se puede agregar que lo que desde ahora se palpa, “es que la legislación como ciencia abstracta reconocerá constantemente en principio todos los Derechos del Hombre”⁷⁴.

En su texto original esta constitución decía:

“La Nación está obligada a conservar y a proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen”.

Las constituciones anteriores se habían limitado a establecer la obligación de proteger los Derechos del Hombre, sin llegar a la enseñanza explícita de su preexistencia respecto de toda ley positiva; y solo el acta de reformas vino a apuntar, esos derechos no eran la creación jurídica de la constitución, sino una realidad anterior a ella, sin que le debieran otra cosa que el reconocimiento autorizado de su existencia.

⁷⁴ MONTIEL Y DUARTE, Isidro. ESTUDIO SOBRE GARANTÍAS INDIVIDUALES. Ed. Porrúa S.A., Tercera Edición México 1979. Pág. 11.

Desde luego que todo medio consagrado en la constitución para asegurar el goce de un derecho se llama garantía, aun cuando no sea de las individuales.

De tales antecedentes, se desprende la verdad de que son Derechos del Hombre, todos aquellos que en esta calidad necesita para llenar las condiciones de su desarrollo físico, moral, domestico y social, y que le son tan inherentes, que atacarlos, es atacar la conservación física y moral del hombre en el terreno domestico, social o político.

“Incluso los legisladores no podrán dictar leyes que violen tales garantías, y en caso contrario, si lo hay, existe el recurso de amparo, para reparar las violaciones de las garantías individuales”.⁷⁵

De lo dicho se desprende la influencia que tiene el Estado sobre la sociedad y la familia. La intervención la hace a través de los órganos que aplican las normas que integran el Derecho de Familia, y estas son como todas en general, reguladoras de la conducta de los individuos. Pero en el Derecho de Familia encontramos además, normas protectoras, lo que está elevado a rango constitucional al prevenirse que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia, es decir, no sólo protege la organización, sino que también promueve el desarrollo de la familia, por lo que requiere de normas promotoras.

Por decreto Congressional de 27 de diciembre de 1974, publicado en el diario oficial de la federación correspondiente al día 31 del mismo mes y año, el artículo 4 constitucional dejó de referirse, a dicha libertad para instituir la “igualdad jurídica entre el hombre y la mujer”, habiéndose desplazado las normas relativas a la citada libertad, al artículo 5 de nuestra ley fundamental.

Este artículo 4 constitucional, según quedó concebido por el mencionado decreto, establece lo siguiente:

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

Creemos que a través de este artículo nuestra carta magna da una protección y tutela los derechos de los niños de desarrollarse en un ambiente propicio para su debido desenvolvimiento en la sociedad.

⁷⁵ MONTIEL Y DUARTE, Isidro. Op. Cit. Pág. 31.

Como mencionamos en nuestro capítulo anterior la igualdad jurídica esta consagrada en este artículo y esto significa a nuestro juicio un avance aunque haya autores como el Dr. Ignacio Burgoa Orihuela que opina lo contrario, y a continuación mencionaremos algunos aspectos con los que el mencionado autor considera que la disposición transcrita es criticable por las siguientes razones:

a) “La igualdad jurídica entre el hombre y la mujer ha existido en México desde hace varios lustros, por lo que su proclamación en la ley fundamental es innecesaria. En efecto, desde el punto de vista civil, político, administrativo y cultural, la mujer ha tenido los mismos derechos y obligaciones que el varón, bastando la simple lectura de diferentes ordenamientos concernientes a dichas materias para corroborar este aserto. En lo que concierne a la materia laboral y penal, la legislación respectiva ha sido protectora de la situación de la mujer en su carácter de trabajadora y de víctimas de los delitos llamados sexuales, tales como el estupro, violación y rapto. Esa protección jurídica se ha implantado tomando en cuenta las diferencias naturales de carácter psicosomático entre el varón y la mujer y las cuales jamás deben ser desatendidas por el orden jurídico, que, por otra parte, nunca pueden variarlas ni eliminarlas”⁷⁶.

Del análisis del párrafo segundo del artículo en cuestión se desprende que: El hombre y la mujer son iguales, incluso ante la moral, y su deber de fidelidad en el matrimonio es el mismo.

“La igualdad se refiere a la calidad o naturaleza de los derechos y obligaciones propios de un estado jurídico específico. Por el contrario, la proporcionalidad, que supone siempre la igualdad implica la fijación de derechos y obligaciones para una persona desde un punto de vista cuantitativo dentro de una misma situación jurídica”⁷⁷.

Jurídicamente la igualdad jurídica se traduce en que varias personas, en número indeterminado, se encuentren en una determinada situación, tengan la posibilidad y capacidad de ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y de contraer las mismas situaciones que emanan de dicho estado.

⁷⁶ Cfr. BURGOA, Ignacio. LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES, Ed. Porrúa. México 1999. Pág. 273.

⁷⁷ Burgoa, IGNACIO. Op. Cit. Pág. 250.

Realmente no estamos de acuerdo con este autor, ya que aunque de hecho esté contemplada la mencionada prerrogativa de igualdad en las demás leyes si era necesario que se estipulara en nuestra constitución ya que cualquier ley reglamentaria que no derive de la constitución es anticonstitucional, y para que exista una ley secundaria es necesario que su origen sea constitucional, y por lo tanto creemos que fue un acierto del legislador incluir de manera expresa esta garantía de igualdad en la constitución.

La principal causa de que no estemos de acuerdo es que el autor dice que como gobernados el hombre y la mujer gozan de los mismos derechos y obligaciones pero solo me gustaría citar un caso que desacredita lo anterior:

Antes en el código civil se estipulaba que después divorciarse el cónyuge culpable o que dio pie al divorcio podía contraer nuevo matrimonio después de dos años a partir de que surte efectos la sentencia de divorcio y el inocente después de un año, pero entonces si son iguales ante la ley ¿no podían contraer nuevo matrimonio inmediatamente después de que quedaran divorciados? O ¿por lo menos fijar el mismo tiempo para ambos ex-cónyuges?

Ahora el Artículo 289 dice:

“En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer matrimonio”. Con lo que podemos entender que pueden casarse nuevamente sin un termino establecido sean o no culpables. Y con esto creemos que se ha alcanzado parte de esa igualdad jurídica que el artículo 4 constitucional consagra.

La declaración dogmática que contiene el artículo 4 constitucional en el sentido de que el varón y la mujer “son iguales ante la ley”, es contraria a la condición natural de las personas pertenecientes a ambos sexos ya que actualmente y a lo largo de nuestra historia la discriminación a la mujer ha existido aunque ya no en el mismo grado que antes.

b) Continuando con el criterio del citado autor, la prescripción de que: “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos”⁷⁸ merece también importantes

⁷⁸ Según Miguel Mora Bravo, el texto del segundo párrafo de este artículo 4 constitucional, se inspiró en la Declaración de los Jefes de Estado fechada el 10 de diciembre de 1966, así como en los acuerdos tomados en

comentarios. El ejercicio de ese derecho, es decir, la decisión que comprende, se desempeña de común acuerdo entre el varón y la mujer. Por ende, tal derecho no se despliega frente a ningún acto de autoridad, o sea, ningún órgano de Estado es el titular de la obligación correlativa.

Del análisis del párrafo cuarto se deduce que: El problema de los padres no se limita a traer hijos al mundo, sino a criarlos. “Por lo que hace al difícil problema rural mexicano, a menudo olvidamos que un niño que no ha sido criado y adecuadamente alimentado antes de los cinco años, recibe temible impacto que posiblemente ya jamás pueda llegarse a remediar. Y los niños enfermizos producen una proporción más elevada de irresponsables, y de viciosos”⁷⁹.

En este artículo 4 se proclama la libertad de procreación, imponiendo simultáneamente a los órganos del Estado la obligación pasiva de no determinar, por ningún acto de autoridad, el número de hijos que la pareja humana desee tener. Esta disposición es la base constitucional de la planeación familiar, la cual de ninguna manera entraña el desconocimiento de dicha libertad, sino una política de persuasión que se debe implementar y desarrollar legislativa y administrativamente por el Estado tendiente a infundir en el varón y la mujer una conciencia de responsabilidad en cuanto a la procreación de los hijos con el objeto primordial de controlar el crecimiento demográfico que tan graves problemas sociales, económicos, sanitarios y ecológicos provoca⁸⁰ y cuyo estudio y

la Conferencia sobre los Derechos Humanos celebrada en la ciudad de Teherán, al verificar su sesión plenaria el 12 de mayo de 1968. Tales acuerdos fueron ratificados por resolución de la Organización de las Naciones Unidas de diciembre de 1968. (cfr.: “Control de la Natalidad y Planeación Familiar”). Debemos hacer notar, por otra parte, que con mucha anterioridad el jesuita Tomás Sánchez en su obra “De Santo Matrimonio”, disculpó a los casados de la abstención de tener hijos en el supuesto de que no pudieran subvenir a sus necesidades, al afirmar que “cuando se teme que las facultades de los casados no alcancen a mantener un nuevo hijo, cuando ya tienen varios que mantener será preciso desatender por el nuevo, es lícito negarse a la solución de la deuda matrimonial” (citado por don Blas José Gutiérrez en su importante obra “Código de la Reforma”. Tomo II, tercera parte, Pág. 18).

⁷⁹ DE IBARROLA, Antonio. DERECHO DE FAMILIA. 4ª Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1993. Pág. 63.

⁸⁰ Del mismo parecer es el doctor Alfonso Noriega al afirmar que “el precepto constitucional contenido en el segundo párrafo del artículo 4to, tiene el carácter doble de crear un derecho individual a favor de las personas al reconocerles el derecho a planear su familia y, con ello, ponerlas a cubierto de cualquier acción del Estado que pretendiera poner un control coactivo de la natalidad, y, al mismo tiempo, crear un derecho social que impone al poder público, además del respeto a la libertad de las personas, la obligación de otorgar a los particulares prestaciones positivas de información, educación y servicios. Señala, con precisión, el sentido y la finalidad de la política en materia de población del Estado Mexicano.” (Prologo de la obra “El Derecho a la Planeación Familiar” de Miguel Mora Bravo. Edición 1984.)

pretendida solución han originado diversos eventos de carácter internacional en los que nuestro país ha participado.

c) Por iniciativa presidencial de 28 de noviembre de 1979 se agregó un tercer párrafo al artículo 4 constitucional concebido en los siguientes términos:

“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”.⁸¹

“El Estado, custodio del bien público, no puede desinteresarse de ellos. Tiene que proteger a la familia, cuando los padres cargados de hijos están en situación material inferior, preciso es reorganizar la sociedad de modo que aumenten los ingresos con el número de hijos. Interesante es el caso del subsidio familiar que realiza el Estado, por medio del cual se ayuda a la cabeza de la familia en consideración a los hijos que educa”⁸².

Esta disposición consigna meras declaraciones cuya operatividad práctica depende de la legislación secundaria que establezca la manera de cumplir las obligaciones a favor de los menores a cargo de los padres y de las instituciones especializadas, así como las sanciones que se pueden imponer por su incumplimiento y por referirse a los derechos de los menores, sí justifica su rango constitucional como declaración dogmática de carácter social.

En el artículo 4 podemos notar en materia de reconocimiento de los deberes de los padres de satisfacer las necesidades y cuidar la salud física y mental de sus hijos e indirectamente en el reconocimiento de los derechos del niño. La elaboración de dicha reforma tuvo presentes los instrumentos internacionales, en específico la Declaración de los derechos del niño del 20 de noviembre de 1959, pero lo cierto es que fue la realidad de maltrato y vejación de los niños dentro de la sociedad mexicana, la que produjo este cambio. La reforma proporcionó el criterio para tomar posición ante las situaciones concretas que vivía el niño en México. No obstante, en la materia que ocupa a la presente investigación, fue a partir de que en México ratifica la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño el 21 de septiembre de 1990, cuando los

⁸¹ Este párrafo se convirtió en el sexto de dicho precepto por adiciones posteriores que al artículo 4to constitucional se introdujeron.

⁸² DE IBARROLA, Antonio. Op. Cit. Pág. 63.

legisladores comienzan con un mayor interés a legislar respecto de la violencia intrafamiliar, enfocada no sólo a las mujeres, sino también a los niños.

En este sentido analizaremos la normatividad relacionada al tema de la violencia intrafamiliar en el Distrito Federal, buscaba su consistencia en el contenido del principio normativo constitucional que el artículo 4 otorgaba hasta entonces. Es así que los instrumentos jurídicos que contenían reglas respecto a la violencia intrafamiliar ejercida por los padres hacia sus hijos como medio correctivo de disciplina, anteriores a esta reforma y dentro del territorio del Distrito Federal, eran el Código Penal (Ahora Nuevo Código Penal), Código de Procedimientos Penales, Código Civil, Código De Procedimientos Civiles, La Ley De Asistencia Y Prevención de la Violencia Intrafamiliar y Ley de los Derechos de las Niñas y Niños (todos vigentes hoy en día).⁸³

En este orden de ideas podemos decir que esta reforma al artículo 4 constitucional se llevó a cabo en cumplimiento con los compromisos internacionales a los que se obligó México al ratificar la Convención de las Naciones Unidas Sobre los Derechos del Niño, así como a la necesidad de una modificación de los contenidos de dicho principio normativo constitucional en lo referente a los derecho de la niñez, pues no cumplía, para entonces, con las exigencias de una realidad cambiante que revelaba nuevas necesidades de los niños en nuestro país⁸⁴.

1.2. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Al estudiar la regulación jurídica que lleva a cabo el Código Civil de una institución tan importante como lo es la familia, resaltan dos hechos:

El primero que es regulado en forma insuficiente y el segundo que muchos de sus preceptos se encuentran obsoletos.

⁸³ Cabe señalar que la Ley Para La Protección de los Derechos de Niñas, Niños Y Adolescentes en materia federal, así como el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal fueron publicados con posterioridad a la citada reforma constitucional.

⁸⁴ No debemos dejar pasar como uno de los motivos que impulso la reforma al artículo 4 constitucional, las observaciones que el Comité de los Derechos del Niño en México dio el 10 de diciembre de 1999, relativas al tema, entre otros, de la legislación, la violencia y maltrato infantil.

Sin embargo, toda vez que un amplio sector de la sociedad mexicana sufre de violencia dentro del seno familiar (el que el esposo golpeará a su mujer e hijos, era considerado como algo normal), el legislador promulgó el 25 de mayo de 2000, una serie de reformas, adiciones y derogaciones de diversas disposiciones del Código Civil y otros ordenamientos legales como son: el Código de Procedimientos Civiles, Código Penal y Código de Procedimientos Penales), a fin de atacar este problema.

En este Código Civil existe una disposición expresa que determina que se entiende por violencia familiar, así como las consecuencias jurídicas que el ejercicio de ésta conlleva para los padres.

Así, en el Código Civil en artículo 323 ter “se considera violencia familiar el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave que se ejerce contra un miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente del lugar en que se lleve a cabo y que pueda producir o no lesiones”.

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

De la anterior definición, podemos observar, que así como otros ordenamientos legales del Distrito Federal, el presente Código Civil dispone que la educación o formación del menor no será en ningún caso considerada justificación para alguna forma de maltrato, por lo que cualquier forma de maltrato inferido a un niño por sus padres como medio de disciplina se considera en materia civil como violencia familiar.

Asimismo, entre otras cosas se determinó incluir a la violencia familiar como causal de divorcio y como una limitante al ejercicio de la patria potestad ya que la violencia familiar atenta contra los fines y las buenas costumbres de la familia y la falta de esas buenas costumbres genera y orilla a los menores a la delincuencia.

Se desprende con claridad por surgir del título de estos delitos que el bien jurídico protegido es la moral pública y las buenas costumbres.

Los conceptos, pues, de moral pública y buenas costumbres son por tanto, estrictamente valorativos, pues encierran juicios de calidad sobre lo que

contemplamos y nos rodea en un aspecto de la vida social e impresiona nuestro sentimiento en un determinado aspecto del vivir en común.

“La decisiva influencia de la familia es tan señalada en la delincuencia de menores que, para algunos autores es la única de tomarse en cuenta, se desconoce la efectiva importancia que la familia tiene, nosotros creemos en la multiplicidad de factores aceptando que uno de los más frecuentes en la familia, es la familia desorganizada o deformante”⁸⁵.

En el caso de los hogares cuyo ambiente es moral o socialmente inadecuado la propia familia necesita ser rehabilitada, lo cual es una tarea delicada y difícil, ya que en la mayoría de los casos supone mejorar tanto las condiciones económicas como las sociales que han conducido y por lo menos han contribuido a descalificar a la familia y a la reducción de esta.

La familia tiene un fuerte peso en el desarrollo infantil, ya que la calidad de la relación padre e hijos depende de la primera cosmovisión del infante; ésta puede ser agradable, gratificante, interesante por el contrario hostil, extraña, aterradorante o aburrida.

“Es vital, en la formación de la personalidad de un individuo, la primera etapa de la vida. La correcta formación del binomio madre e hijo, será para el sujeto y del posterior trinomio padre-madre e hijo, será para el sujeto una buena base para la formación de la personalidad”⁸⁶.

Se mencionan algunas actitudes que con mayor frecuencia se encuentran en nuestro medio y que producen personalidades que pueden ser susceptibles de comisión de actos antisociales.

La creencia de algunos padres de ser superiores a los hijos, de que siempre tienen razón, que imponen su criterio irracional por el sólo hecho de ser mayores de edad y fuerza, autoritario que se impone “por que sí”; los tiranos que desahogan todas sus frustraciones agrediendo a los hijos y al cónyuge, los que educan a golpes por que así fueron educados. No debemos olvidar que, “ante los padres autoritarios los niños no se revelan al momento, sino hasta después, en la adolescencia o en la juventud.

⁸⁵ RODRIGUEZ MANCERA, Luis. CRIMINALIDAD DE MENORES. Editorial Porrúa. S.A. 2º Edición México 1997, Pág. 85.

⁸⁶RODRIGUEZ MANCERA, Luis. Op Cit. Pág. 86.

Desde luego se encuentran los otros padres, “los normales”, los que saben dosificar la bondad y la disciplina, los que comprenden al amor como algo amplio, que implica perdonar, pero obligar también a corregir. Que tratan al menor “niño o adolescente como un ser humano, al que hay que respetar y al que debe darse razón cuando la tiene y al que se reconocen derechos a la par de sus deberes.

“La familia normal en términos ideales es aquella en la que el esposo padre y la madre esposa viven y se protegen mutuamente, procrean, cuidan y velan juntos por la formación de su descendencia, en tanto que la familia no ideal o anormal es aquella en la que falta alguno de los padres”⁸⁷.

El papel natural de la familia es proteger al niño. Sucede empero, que padres indignos abusen de su autoridad o que por el contrario, descuiden de usar de ella. A nuestro juicio el Estado resolverse a organizar la protección del niño fuera de su familia aún, en ciertos casos, en contra de la familia, y una medida que recientemente se tomó al respecto fue legislar en materia de familia con la publicación de la ley para la prevención de la violencia familiar, para prevenir los posibles abusos de los progenitores hacia los hijos y entre los cónyuges mismos.

El actual reconocimiento de los derechos sociales, que define el tránsito hacia el Estado social de Derecho, ha introducido un cambio de las regulaciones jurídicas así vemos que las constituciones de este siglo han otorgado especial cuidado a la familia como sistema, y en nuestro país el artículo 4° de la constitución política enuncia la protección integral, igual orientación se percibe en las declaraciones internacionales ratificadas por la Argentina, en las cuales se erige a la familia como unidad merecedora de amparo por parte de la sociedad y el Estado.

Infinidad de cambios en distintos sectores del Derecho, particularmente en el ámbito laboral y de previsión social. En el propio Derecho Civil, un poco a la saga de tales transformaciones, también ya se ve a la familia como un sistema, pues su protección se coloca por encima del amparo individual en caso de colisión.

⁸⁷ Citada por JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Op. Cit. Pág. 99.

Dijimos que cada persona ocupa una posición en la familia, de la cual nacen determinados derechos subjetivos que la ley garantiza y que viven en conformidad un rol en el marco familiar.

La consideración del individuo como ser social. En este aspecto observamos armonía con la instancia jurídica, por que la ley también considera al individuo como ser social, es decir, en su relación con el otro, y con este esquema fija conductas e impone sanciones.

Como en la esfera penal, cuando se juzga el delito contra la vida o contra la integridad física, se imponen castigos sin resaltar los intereses de la familia como un todo.

Es precisamente a través del reconocimiento de la familia como sistema que se puede explicar, pero al mismo tiempo hacer efectivo el reproche social por la ilegitimidad de conducta, coadyuvando de este modo a la protección de los miembros de la familia.

“La sanción del Código Civil, si bien constituyó un paso hacia el reconocimiento de paridad de los derechos entre el hombre y la mujer soltera o viuda, no significó un cambio para la situación jurídica de la mujer casada. Esta era considerada una incapaz de hecho y, por tanto, no podría obrar por sí misma y se hallaba sujeta a la representación del marido.

Las consecuencias que en materia civil conlleva la violencia familiar ejercida por los padres hacia sus hijos se pueden agrupar de la siguiente forma:

a) Los padres que incurran en violencia familiar, deberán reparar los daños y perjuicios que se ocasionen con dicha conducta, con autonomía de otro tipo de sanciones que el Código Civil para el Distrito Federal y otros ordenamientos legales establezcan. (Artículo 323 sextus del Código Civil para el Distrito Federal).

b) Los padres que incurran en violencia familiar en contra de sus menores hijos, perderán la patria potestad por resolución judicial, siempre que ésta constituya una causa suficiente para su pérdida. (Artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal).

c) Se considerarán como causas de divorcio: 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; el incumplimiento injustificado de las

determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar, y; la sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, o para los hijos. (Artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal).

Asimismo, en los casos de divorcio, así como en los casos de violencia familiar, el Juez de lo familiar tomará las siguientes medidas provisionales, con el fin de salvaguardar la integridad y seguridad de los menores hijos:

I. Ordenar la salida del padre demandado de la vivienda donde habita el grupo familiar.

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

III. Prohibir que el padre demandado se acerque a los agraviados a la distancia que el propio Juez considere pertinente.

En materia de asistencia y protección, el Código Civil para el Distrito Federal nos remite a la ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar para el Distrito Federal, al disponer que los integrantes de la familia tienen derecho a desarrollarse en un ambiente de respeto a su integridad física y psíquica y obligación de evitar conductas que generen violencia familiar y, en caso de contravención a dicha disposición, se contará con las instituciones públicas y leyes que al respecto existieren.

Es así, que del artículo 423 de este código, si bien se desprende el derecho de corrección que los padres tienen, éste se encuentra limitado por la misma ley, pues además de que estos tienen la obligación de observar una conducta que sirva de buen ejemplo a sus hijos, la facultad que les confiere de corregirlos no implica infringir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica.

Recientemente en el mes de septiembre del año 2004 se hicieron reformas al artículo 411 en el sentido de que los padres aún después de divorciados pueden tener la guarda y custodia compartida lo cual para el caso de la violencia familiar no me parece correcto ya que se exponen a los menores a ser víctimas de maltratos y se echa por tierra la terapia psicológica que probablemente los menores estén llevando a cabo.

Por otro lado en el artículo 417 nos menciona que 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.

1.3. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL.

Con relación a las disposiciones procedimentales, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en su artículo 941 faculta al Juez de lo Familiar para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros; asimismo, podrá practicar las diligencias que a su juicio sean necesarias antes de dictar la resolución. En el caso de violencia familiar tomará en cuenta los dictámenes, informes y opiniones que hubieren realizado las instituciones públicas o privadas dedicadas a atender asuntos de ésta índole.

Cabe señalar que no se requieren formalidades especiales para acudir ante el Juez de lo Familiar cuando se solicite la declaración, preservación, restitución o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, tratándose de educación de los hijos y en general de todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial. Esto es lo que nos dice el artículo 942 del citado ordenamiento.

Siguiendo con el mismo artículo, tratándose de violencia familiar, el juez exhortará a los involucrados en audiencia privada, a fin de que convengan los actos para hacerla cesar y, en caso de que no lo hicieran en la misma audiencia el juez del conocimiento determinará las medidas procedentes para la protección de los menores y de la parte agredida. Al efecto, verificará el contenido de los informes que al respecto hayan sido elaborados por las instituciones públicas o privadas que hubieren intervenido y escuchará al Ministerio Público.

En este caso creemos que lo que hace que una pareja de este tipo resuelva sus diferencias en esta audiencia privada es la esperanza que tiene la mujer o el varón de que sucederá algo que lo hará cambiar y bueno por lo regular la mujer puede valerse del rayo de luz más tenue para fomentar esta esperanza. ¿Y en que consiste este rayo de luz tenue? Pues a nuestro criterio personal consiste en las disculpas que llega a pedir el agresor en el transcurso de la audiencia que otorga el juez de lo familiar.

1.4. NUEVO CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

En el año de 1997 se crea el concepto de delito de violencia familiar vigente hasta el 11 de noviembre de 2002⁸⁸. Asimismo, con fecha 16 de julio de 2002, se publica en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el Decreto que contiene el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. En este orden de ideas, es importante para entender el contenido de este delito, tomar en cuenta uno de los principales motivos que los legisladores tuvieron al crearlo y así determinar la prohibición de la violencia en la familia. Este motivo se puede traducir en la idea de humanizar, pues los legisladores consideraron que al establecer el artículo 22 Constitucional la prohibición de imponer penas de mutilación, de infamia, las marcas, los azotes, los palos y el tormento de cualquier especie, con mayor razón de debían de prohibir estas conductas dentro de la familia.

⁸⁸ Iniciativa que reforma, deroga y adiciona diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal vigente, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal y Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en relación a la violencia familiar. Dictaminada y aprobada el jueves 27 de noviembre de 1997. Gaceta Parlamentaria, archivo (24). El mismo fue reformado el día 17 de septiembre de 1999.

Las aportaciones más importantes que se pueden desprender de este código son las siguientes:

1. Con relación a la definición de violencia familiar existen algunas modificaciones:

a) Se cambia “el uso de la fuerza física o moral”, por el de “uso de medios físicos o psicoemocionales”.

b) Se omite el elemento de “integridad física, psíquica o ambas”, quedando de una manera general, sólo como “integridad”.

c) Se quita el carácter de grave al elemento de “omisión”.

2. Respecto a las sanciones:

a) La pena privativa de la libertad queda igual, de seis meses a cuatro años de prisión, lo que permitirá al Juez valorar la gravedad de la conducta y evitar que se conceda al inculcado la libertad sin caución alguna, según lo contempla el artículo 133 bis del Código de Procedimientos Penales.

b) La pérdida de la pensión alimentaria queda regulada dentro de un concepto más amplio “pérdida de los derechos que tenga respecto a la víctima”, además se incluyen los derechos de carácter sucesorio.

c) La prohibición de ir a lugar determinado queda igual, agregándose la prohibición de residir en el mismo lugar que las víctimas.

3. Se aumentan tres supuestos más en el caso de los agentes generadores de violencia:

a) La persona que tenga relación de pareja.

b) La persona que sea tutor.

c) La persona que sea curador.

4. En el caso de la persecución del delito, se elimina la especificación de “se perseguirá por querrela de la parte ofendida”, quedando sólo “se perseguirá por querrela”. El resto del enunciado queda igual. Lo anterior se estableció como requisito de procedibilidad, pues salvo el caso de menores o incapaces, opera la querrela, en virtud de que éstos no están en posibilidad de conducirse por sí mismos, circunstancias que demanda la intervención directa de la Representación Social.

5. Se eliminó el aumento de la pena de prisión hasta en una mitad en caso de reincidencia.

6. En la equiparación con la violencia familiar de los actos u omisiones de ciertos agentes generadores de violencia, se eliminaron a las personas “que se encuentran unidas fuera de matrimonio, de los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado de esa persona” y la condición de que “siempre y cuando el agresor y el ofendido convivan o hayan convivido en la misma casa”, quedando sólo dicha equiparación “al que realice cualquiera de los actos señalados en el artículo 200 en contra de la persona que esté sujeta a su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado”. Asimismo, se amplió la sanción de “prisión de seis meses a cuatro años” a la sanción de “las mismas penas y medidas de seguridad” al que realice cualquiera de los actos señalados en el artículo 200.

7. Se modifica el apercibimiento del Ministerio Público al “probable responsable” por el apercibimiento del Ministerio Público al “Inculpado” para que se abstenga de cualquier conducta que pudiera resultar ofensiva para la víctima.

8. El Ministerio Público solicitará a la autoridad administrativa o judicial la aplicación de las medidas o sanciones necesarias para salvaguardar la integridad física o psíquica de la víctima. Esto modifica al anterior precepto que facultaba al Ministerio Público a acordar al respecto y a la autoridad administrativa sólo como vigilante del cumplimiento de éstas medidas.

9. El resto del contenido de los preceptos del capítulo único referente a la violencia familiar queda igual.

10. Se aumentó la pena de los delitos de lesiones y de corrupción de menores en los casos de que dichos delitos sean cometidos por un integrante de la familia, de conformidad con los artículos 131, 132 y 185 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

En esta parte del capítulo analizaremos el maltrato familiar producto de la violencia familiar, que es una forma específica y preocupante de victimización.

Mencionando en primer lugar algunos antecedentes, antes de plantear el problema, analizaremos a la víctima y al victimario, estudiaremos la dinámica de la

victimización, daremos a conocer resultados de la investigación en México para después proponer las medidas de prevención.

Si la mujer se desviaba, con prácticas adúlteras, o era rebelde con el marido, o simplemente platicaba con extraños, debía ser castigada; muchos indicios históricos nos revelan que ese poder era reservado para el marido ofendido a quien la sociedad cedía el derecho de hacerse justicia.

Esta idea fue transmitida a casi todas las culturas, así el gobierno prefería mantenerse al margen de todo lo que significara conflicto doméstico. Esto es muy comprensible recordando que el Estado crea leyes en afán de coordinar en forma ordenada y justa la convivencia dentro de la sociedad, manteniéndose al margen de lo moral y lo íntimo.

“La víctima de malos tratos es por lo general una mujer con baja autoestima, inmadura, insegura de sí misma que busca en la pareja una autoridad a veces semipaterna, se trata de personas con una actitud infantil y tolerante que rápidamente perdonan e inician un nuevo juego en la relación. Son torpes para enfrentar sus problemas y fricciones personales cargando en forma tácita o expresa con las culpas de cualquier discusión conyugal; se comportan como víctimas “natas”, poniéndose en el blanco del agresor para después vivir explotando su papel de víctimas”⁸⁹.

Por lo que se deduce que el victimario es el agresor, es un sujeto “normal”, fenómeno similar al de los padres golpeadores de sus hijos, que solo buscan pretextos y que por cualquier situación golpean.

Uno de los problemas básicos que existen con un padre golpeador de la madre y los hijos es que estos asimilan los roles que reciben en el hogar, el niño que golpea, y la niña que soporta. Aún cuando los hijos perciban que ambos roles son denigrantes.

Esto da como consecuencia, que el varón que observó una actitud de desprecio por su figura paterna, a todo lo que fue femenino, será muy difícil que tenga una actitud positiva y altruista frente a las mujeres que tenga.

⁸⁹ RODRÍGUEZ MANCERA, Luis. VICTIMOLOGIA (estudio de la víctima). Ed. Porrúa. S.A. 3era Edición. México 1988. Pág. 209.

A pesar de tener inteligencia para intuir que ese mandato era negativo, se vitaliza y se desprecia lo femenino.

1.5. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

En lo que respecta a las disposiciones procedimentales, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece en su artículo 115 lo siguiente:

“Artículo 115.- Para comprobar el cuerpo del delito de violencia familiar deberán acreditarse las calidades específicas y circunstancias de los sujetos señalados en los artículos 343 bis y 343 ter del Código Penal para el Distrito Federal, además de agregarse a la averiguación previa los dictámenes correspondientes de los peritos en el área de salud física y mental, según lo contempla los artículos 95, 96 y 121 del presente código.

Los profesionales que presten sus servicios en las instituciones legalmente constituidas, especializadas en atención de problemas relacionados con la violencia familiar, podrán rendir los informes por escrito que le sean solicitados por las autoridades. Asimismo, dichos profesionistas podrán colaborar en calidad de peritos, sujetándose a lo dispuesto en este código”.

1.6. OTRAS LEGISLACIONES APLICABLES EN EL DISTRITO FEDERAL.

En el marco jurídico de nuestro país y en particular del Distrito Federal, no se encuentra contemplado un Código o una legislación especial destinada a la protección del menor dentro de la familia. Así, para localizar la normatividad relativa a este tema se debe recurrir a diversos instrumentos jurídicos, entre los cuales se encuentran la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos, el Nuevo Código

Penal para el Distrito Federal⁹⁰, Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Código Civil para el Distrito Federal, Código De Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, la ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar para el Distrito Federal⁹¹, Ley de los Derechos de los Niños y las Niñas en el Distrito Federal⁹², y la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.⁹³

A continuación mencionaré las medidas legales que existen para proteger a los niños en casos de maltrato físico y psicoemocional por parte de sus padres, de conformidad con los instrumentos jurídicos vigentes de la legislación aplicable al Distrito Federal. Además trataré de determinar:

1. Si dichas medidas son coherentes con el contenido del principio normativo vertido en el artículo 4 constitucional, que anteriormente analizamos, y;
2. La verdadera dimensión de las limitantes al “derecho de corrección” que tienen los padres en relación a los hijos.

Lo anterior con el fin de saber si los medios legislativos que existen en el Distrito Federal son coherentes con el contenido del principio normativo constitucional antes mencionado y, en consecuencia, adecuados para erradicar la violencia intrafamiliar que padecen los niños en el proceso de su educación. Asimismo trataré de precisar el grado de eficacia, así como de eficiencia, de dichas disposiciones jurídicas para combatir dicho conflicto y, en su caso, plantear soluciones alternativas a la misma, en el entendido de que el niño por ningún motivo puede ser expuesto al maltrato físico o psicoemocional como medios de corrección por parte de sus padres.

En este sentido, el tratamiento normativo que se da, en el ámbito del Distrito Federal, a la problemática de referencia es a través de tres diferentes vías. Al respecto, existe regulación en materia administrativa, penal y civil, misma que

⁹⁰ México, Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, Gaceta Oficial del Distrito Federal, 16 de julio de 2002.

⁹¹ México, Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar del Distrito Federal, Diario Oficial de la Federación, 9 de julio de 1996.

⁹² México, Ley de los Derechos de los Niños y las Niñas en el Distrito Federal, Gaceta Oficial del Distrito Federal, 31 de enero de 2000.

⁹³ México, Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Diario Oficial de la Federación, 29 de mayo de 2000.

por un lado se enfoca a la protección del menor y, por la otra a la sanción que el Estado impone al padre que violenta.⁹⁴

3.6.1. LEY PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.

En el ámbito de competencia federal, se encuentra la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que estatuye como principio rector de la materia, entre otros, que el niño tenga una vida libre de violencia, así como que ningún abuso, ni violación de sus derechos podrá considerarse válido ni justificarse por la exigencia del cumplimiento de sus deberes. Además, esta ley establece como obligaciones de madres y padres, entre otras, proteger a sus hijos de toda forma de maltrato, perjuicio, daño, agresión, abuso, trata y explotación. Lo anterior implica que al ejercer la patria potestad o la custodia de niñas, niños y adolescentes, quienes la ejerzan no podrán atentar contra su integridad física o mental ni actuar en menoscabo de su desarrollo.

Ahora bien, adentrándonos en materia administrativa, existen dos ordenamientos legales que regulan la violencia familiar materializada en el maltrato físico y psicoemocional. Estos son la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar para el Distrito Federal y la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal.

3.6.2. LEY DE ASISTENCIA Y PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA FAMILIAR PARA EL DISTRITO FEDERAL.

La Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar para el Distrito Federal tiene por objeto establecer las bases y procedimientos de asistencia para la prevención de la violencia familiar en el Distrito Federal.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1° de dicha ley, dice lo siguiente:

⁹⁴ CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F. Y HERNÁNDEZ BARROS, Julio A. Op Cit. Págs. 21-24.

Artículo 1°

“Las disposiciones contenidas en la presente ley son de orden público e interés social, y tienen por objeto establecer las bases y procedimientos de asistencia para la prevención de la violencia familiar en el Distrito Federal”.

Del artículo anterior lo que podemos resaltar es que establece que sus disposiciones son irrenunciables. Asimismo, tiene por objeto establecer las bases y procedimientos de asistencia a las víctimas y prevención de la violencia que surge en una familia.

La ley en comento establece dos procedimientos específicos para resolver los conflictos familiares: el de conciliación y el de amigable composición o arbitraje quedando exceptuadas aquellas controversias que versen sobre acciones o derechos del estado civil irrenunciables o delitos que se persigan de oficio tal como lo menciona el siguiente artículo:

Artículo 18.

Las partes en un conflicto familiar podrán resolver sus diferencias mediante los procedimientos:

- I. De conciliación;
- II. De amigable composición o arbitraje.

Dichos procedimientos estarán a cargo de las Delegaciones. Quedan exceptuadas aquellas controversias que versen sobre acciones o derechos del estado civil irrenunciables o delitos que se persigan de oficio.

En este orden de ideas, el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal establece en su artículo 200 que el delito de violencia familiar “se perseguirá por querrela, salvo que la víctima sea menor de edad o incapaz”, en virtud de que estos últimos no están en posibilidad de conducirse por sí mismos, circunstancia que demanda la intervención directa de la Representación Social.

El maltrato físico o maltrato psicoemocional ejercido por los padres a sus hijos como medida correctiva de disciplina, se encuentran exceptuados de poderse resolver mediante los procedimientos antes citados, pues se trata de un delito que se persigue de oficio, por lo que la ley solo es aplicable a los menores en caso de asistencia y atención, pero desde mi punto de vista, será difícil erradicar las conductas de violencia que hayan sido empleadas sin que exista una

etapa de conciliación o de amigable composición, pues en el momento del conocimiento del maltrato físico o psicoemocional se iniciará la averiguación previa correspondiente lo cual empeorará la situación familiar y específicamente, la del menor maltratado.

Asimismo, estos procedimientos se deben considerar como un principio en el sentido de que se inicie un arreglo a la situación familiar que se este viviendo. No obstante, no puedo negar que en algunos casos, para poner fin al fondo del asunto, tal vez no sea suficiente un convenio entre las partes (en el caso del procedimiento de conciliación), pues los padres le han faltado el respeto a sus hijos y éstos se encuentran en condiciones realmente de desventaja ante ellos, al inferirles actos de violencia física o psicoemocional.

En el caso del procedimiento arbitral, el legislador ha querido que el problema de la violencia familiar se resuelva en un periodo de tiempo que no se prorrogue, como sucede en los procedimientos judiciales, dando como resultado una falta de eficiencia, pues el amigable componedor no tiene el tiempo suficiente, en una sola audiencia, como para recabar todos los elementos necesarios y así resolver, en un plazo considerable, objetiva y eficazmente.

Del artículo 3° de este ordenamiento, que da las definiciones de lo que se considera violencia familiar, se desprende que por ninguna circunstancia ni motivo se permite el maltrato físico de un menor, ni siquiera con la justificación de que es por su educación. No así obstante en lo que se refiere al maltrato psicoemocional, pues en este caso se permiten las reprimendas, siempre y cuando no hayan sido realizadas con la intención de causar daño moral a un niño, aunque se argumente como justificación la educación y formación del mismo. Se deja así la posibilidad de ejercer el maltrato psicoemocional hasta que se compruebe la intención de producir daño moral en el menor cosa que es muy probable que suceda ya que desgraciadamente el único modelo de comportamiento que el menor tiene es precisamente el comportamiento de los padres y con esto se tiene la posibilidad de que el menor en su vida adulta repita estas conductas y así caer en un círculo vicioso, ya que en la edad adulta, el menor (ahora adulto) maltratado, puede llegar a repetir las conductas de que fue objeto con la familia que éste llegue a formar.

3.6.3. LEY DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS Y NIÑOS EN EL DISTRITO FEDERAL.

Esta Ley De Los Derechos de las Niñas y Los Niños en el Distrito Federal, regula diversos derechos acordes a la Convención Internacional de los Derechos de la Niñez. Dicha ley tiene como uno de sus objetivos el de fijar los lineamientos y establecer las bases para la instrumentación y evaluación de las políticas públicas y de las acciones de defensa y representación jurídica, asistencia, provisión, prevención, protección y participación para la promoción y vigencia de los derechos de los niños y las niñas, a fin de establecer los mecanismos que faciliten el ejercicio de los derechos de las niñas y los niños, y promover la cultura de respeto hacia las niñas y los niños en el ámbito familiar, comunitario y social, así como en el público y privado.⁹⁵

Asimismo, uno de los principios rectores en la observancia, interpretación y aplicación de la presente ley, así como de los derechos con los que cuentan los niños y niñas, es el de que éstos deben de vivir en un ambiente libre de violencia.⁹⁶ Se considera responsables por igual a la madre y al padre del sano e integral desarrollo de sus hijos, teniendo como obligaciones asegurar el respeto y la aplicación eficaz de los derechos establecidos en la ley en comento, así como garantizarles que no sufran ningún tipo de violencia, discriminación, maltrato, explotación o violación a sus derechos en el seno de sus familias, en los centros de enseñanza, en los espacios de recreación o en cualquier otro lugar en que se encuentren.

Cualquier persona, servidor público, autoridad o dependencia que tenga conocimiento de que alguna niña o niño haya sufrido maltrato o se encuentre en riesgo su integridad, tendrá la obligación de hacerlo del conocimiento del Agente del Ministerio Público.

Aun cuando la niña o niño se encuentre bajo la custodia de su padre, madre, tutor o de cualquier persona que lo tenga legalmente o en acogimiento, el Ministerio Público estará facultado para intervenir de oficio en los casos en que su

⁹⁵ México, Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal, Gaceta Oficial del Distrito Federal, 31 de enero de 2000, incisos b) y c) de la fracción III del artículo 2°.

⁹⁶ Este principio como vimos anteriormente está consagrado en el artículo 4 de nuestra constitución.

integridad física o psíquica esté en peligro, a fin de proceder siempre en atención a su interés superior.

Asimismo se entiende para efectos de aplicación de esta ley lo siguiente:

a) Maltrato físico.- A todo acto de agresión que cause daño a la integridad física de las niñas y niños.

b) Maltrato Psicológico.- A los actos u omisiones cuyas formas de expresión pueden ser silencios, prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, amenazas, insultos, actitudes de descuido devaluatorias o de abandono que provoquen en la niña o niño daño en cualquiera de sus esferas cognoscitivas, conductual, afectiva y social.

La autoridad responsable de la aplicación de las dos leyes antes mencionadas es la administrativa. En la ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar, corresponde al Jefe de Gobierno del Distrito Federal, a través de la secretaria de gobierno, a la secretaria de educación, salud y Desarrollo Social y a las Delegaciones lo concerniente a la asistencia y prevención de la violencia intrafamiliar, así como, a la Secretaria de Seguridad Pública y a la Procuraduría General De Justicia Del Distrito Federal. Consecuentemente, las autoridades que se encargan de la aplicación de la ley de los derechos de las niñas y niños en el Distrito Federal, son: Jefe de Gobierno, Secretaria de Desarrollo Social, Secretaria de Salud, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia y los Jefes de las 16 Delegaciones Políticas del Distrito Federal, todas éstas del Distrito Federal.

Opinamos que no hay una coherencia de las leyes antes mencionadas con el artículo 4 constitucional ya que la ley de asistencia y prevención de la violencia familiar establece que las partes en un conflicto familiar podrán resolver sus problemas mediante las figuras de la conciliación y el arbitraje. La incoherencia que queremos hacer notar es que en este tipo de figuras los menores no pueden intervenir o negociar para solucionar el conflicto de acuerdo con el artículo 23 del Código Civil que limita la capacidad de ejercicio a los menores de edad, y por lo tanto no tienen la capacidad de emitir opinión alguna en nombre propio si no solo mediante sus representantes, este artículo a la letra dice: “La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son

restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia; los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes”. Pero ¿cómo sabrán los representantes de estos menores lo que realmente necesitan? Creemos que no sabrán eso por lo que proponemos que se les debería de dar voz a los menores de expresar lo que sienten y con quien quieren vivir en el hogar y tomarlos mas en cuenta en este tipo de asuntos ya que a ellos va a afectar directamente la resolución que el juez dicte al respecto.

Por otra parte también queremos mencionar que a nuestro criterio muy personal estos procedimientos están demás en estas leyes administrativas ya que en el caso de que se presente un divorcio en la vía civil por violencia familiar, existe la audiencia de avenencia o de conciliación y en materia penal existe el perdón por lo que el proceso puede terminar, tanto el penal como el civil aún sin haber iniciado. Además de que en materia administrativa no hay más que una sanción pecuniaria y un arresto provisional ante un juez cívico cosa que nos parece ineficaz.

En conclusión queremos decir que si se llega a solucionar el conflicto no va a ser por el menor mismo sino que los padres son los que van a negociar con la ayuda del juez, sobre el futuro de los hijos y aquí surgiría una pregunta ¿Realmente la negociación esta de acuerdo con el sentir del menor afectado? Por el bien de los menores afectados esperemos que sí, ya que se supone que el principal deber del juez debe de ser la preservación de la familia y el bienestar de los menores, esto como una de las principales características del Derecho Público.

1.7. OTRAS LEGISLACIONES Y CONVENCIONES INTERNACIONALES.

En cuanto a la legislación internacional trataremos de citar las legislaciones internacionales, tratados internacionales y convenciones en que México ha sido parte ya que de estas derivan las leyes internas antes mencionadas y con las que se trata de proteger la integridad primeramente de los menores y de la familia en

general todo esto con el fin de tener un panorama general acerca del origen de nuestro sistema jurídico en cuanto a la materia de violencia familiar.

1.7.1. LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.

Aprobada en 1948 por la Organización de Estados Americanos, establece como derecho de toda persona constituir una familia, elemento natural de la sociedad y a recibir protección para ella, establece la protección de la maternidad y de todo niño, con cuidados y ayuda especiales. Como deberes, entre otros establece toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad y los hijos tienen el deber de honrar a los padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando estos lo necesiten.

1.7.2. LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el mismo año, considera a la familia el elemento natural y fundamental de la sociedad y establece su derecho”a la protección de la sociedad y del Estado.

Se establece el derecho a casarse y fundar una familia con el único requisito del libre y pleno consentimiento de los futuros esposos.

Se hace referencia al nivel de vida que asegure” a cada persona y su familia” la satisfacción plena de las necesidades sociales básicas en materia de salud y bienestar, derecho a cuidados y asistencia especiales a la maternidad y la infancia, igualdad de derecho a la protección de todos los niños nacidos o no dentro del matrimonio, derecho a la educación y de los padres a elegir el tipo de educación para sus hijos.

1.7.3. EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

Sancionado en 1966 por la Asamblea General de la Naciones Unidas, reafirma los derechos reconocidos por los instrumentos previos y garantiza a la familia “como elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente en su constitución y mientras sea responsable de los hijos a cargo”.

1.7.4. LA CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION DE LA MUJER.

Aprobada en 1979 por la Asamblea General de la Naciones Unidas enfatiza en la modificación de patrones culturales y en la educación familiar con el objetivo de eliminar prejuicios y prácticas discriminatorias, la responsabilidad de los Estados de tomar las medidas apropiadas y garantizar los mismos derechos a hombres y mujeres así como la protección especial a la mujer durante el embarazo, parto y período posterior.

3.7.5. LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, desde la perspectiva del Niño como sujeto de derecho, reconoce que la familia debe recibir la protección y la asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades (como ámbito para el pleno desarrollo del Niño) y sus funciones dentro de la comunidad.

Queda establecido que los Estados parte respetarán estas responsabilidades, estos derechos y estos deberes de la familia, a los efectos de que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención.

Se definen claramente los derechos a reconocer, respetar, promover y garantizar, se enfatiza el concepto de familia como un derecho del Niño y se establecen las responsabilidades de la familia al respecto, así como las del Estado y de la sociedad en su conjunto.

Agregamos que la problemática familiar es considerada con preocupación en el ámbito internacional surgiendo de las diferentes instancias de reunión a este nivel (Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Viena 1993; Conferencia sobre la Situación de la Mujer; Beijing 1996; Año Internacional de la Familia, 1994), recomendaciones de protección a través de la legislación y de políticas públicas que fortalezcan los aspectos cualitativos que referíamos como sustanciales a la familia: lazos afectivos y valores: solidaridad, respeto, participación.

A su vez se enfatiza el lugar de privilegio de la familia al momento de abordar problemáticas de sectores tales como mujeres, niños, jóvenes, ancianos, discapacitados, refugiados, migrantes, privados de libertad, minorías étnicas, etc.

3.8. JURISPRUDENCIA.

La jurisprudencia se forma directamente en contacto con las dificultades prácticas que se someten al juez y nacen de las circunstancias de la vida corriente y de los negocios; en la aplicación del derecho, los pretorios constituyen, en cierto modo, campos experimentales; y los tribunales, laboratorios.

Se advierten, en la jurisprudencia, dos tendencias que se esfuerzan por coincidir antes que dos sistemas que intentan oponerse. Una de ellas, respetuosa de la lógica, se empeña en deducir la resolución de los principios del derecho, aplicando la regla al caso dado, sin preocuparse del rigor de las consecuencias. Al contrario, la otra tendencia, al tratar de encontrar la equidad apropiada a cada caso, busca la solución mas justa en concreto y procura justificarla por la elección de una noción que se adapte a ella.

La jurisprudencia, en sus aspectos multiformes, es a la vez una ciencia normativa y un arte práctico, que sirve para resolver las dificultades más diversas de la vida social.

En materia de Jurisprudencia la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los distintos tribunales han emitido diversas opiniones en cuanto a la pérdida de la patria potestad se refiere. A continuación mencionaremos algunas de las más importantes:

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

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

Precedentes

Octava Época: Contradicción de tesis 12/93. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito. 21 de febrero de 1994. Cinco votos.

NOTA: Tesis 3a./J.7/94, Gaceta número 75, Pág. 20; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XIII-Marzo, Pág. 100

Este criterio creemos que es importante ya que consideramos que la falta de cumplimiento de la obligación alimentaria también es una forma de violencia familiar ya que contribuye al entorpecer el crecimiento y el desarrollo físico de los menores al no dar los apoyos necesarios tales como los alimentos comestibles (recordemos que los alimentos comprenden algo más que la comida según el artículo 308 del Código Civil Para el Distrito Federal) y también recordemos que esta conducta por parte de los padres puede generar conductas violentas del menor ya sea hacia su madre o hacia sus hermanos y esto trae consecuencias psicológicas al menor por que éste con el paso del tiempo va a asimilar esas conductas como normales y las va a llevar a cabo con la familia que en un futuro llegue a formar.

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Apéndice de 1995

Parte: Tomo IV, Parte SCJN

Tesis: 308

Página: 207

PATRIA POTESTAD, PRUEBAS PARA LA PERDIDA DE LA.

Como la condena a la pérdida de la patria potestad acarrea graves consecuencias, perjudiciales tanto para los hijos como para el progenitor, para decretarla, en los casos excepcionales previstos en la ley, se requiere de pruebas plenas e indiscutibles, que sin lugar a dudas hagan manifiesta la justificación de la privación.

Séptima Época: Amparo directo 4253/69. María de Lourdes Castillo Huerta. 12 de agosto de 1970. Cinco votos. Amparo directo 4362/76. Gabriel López Flores. 13 de abril de 1977. Cinco votos. Amparo directo 3112/79. Bienvenido Moscoso Martínez. 6 de abril de 1981. Cinco

votos. Amparo directo 7402/80. Michel Gabayet Martín. 8 de julio de 1981. Cinco votos. Amparo directo 4024/82. Joel Díaz Barriga Murillo. 16 de febrero de 1983. Cinco votos.

Tal y como lo hemos venido mencionando en el presente trabajo este tipo de procedimientos es de orden público, es decir, se busca beneficiar en lo más posible a los menores hijos para no dañarlos más de lo que estarían por el proceder de sus padres es por eso que nuestro poder judicial exige a través de esta tesis que se pruebe contundentemente quien de los dos contendientes tiene derecho a conservar la patria potestad de sus menores hijos para así garantizar su bienestar y su debido desarrollo.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Apéndice de 1995

Parte: Tomo IV, Parte TCC

Tesis: 569

Página: 410

PATRIA POTESTAD. PERDIDA DE LA MISMA POR ABANDONO DE DEBERES. Si la actora señaló en su curso de demanda que el enjuiciado había desatendido sus deberes de ministración de alimentos para con su menor hija y éste sostuvo por el contrario que mensualmente le otorgaba una suma de dinero, es claro que aquélla no podía probar un hecho negativo, en tanto que el enjuiciado se encontraba obligado a probar sus aseveraciones, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 281 y 282 del código adjetivo civil, con objeto de que no se tuviera por acreditada la causal de pérdida de la patria potestad prevista en la fracción III del artículo 444 del Código Civil, y si no probó a través del medio de convicción adecuado sus afirmaciones, es concluyente que dicha causal se debe tener por probada, pues el solo hecho de no proporcionar al acreedor alimentista los

medios adecuados que permitan el desarrollo de su persona, trae consigo el peligro de que se afecte no sólo su salud o su seguridad, sino también su aspecto moral y, por eso mismo, debe tenerse por acreditada dicha causal y decretar la pérdida de la patria potestad de su menor hija.
TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Precedentes

Octava Época: Amparo directo 3158/88. Sara Judith Cárdenas Cardos. 4 de noviembre de 1988. Unanimidad de votos. Amparo directo 128/89. Gloria Arcelia López Ruiz. 9 de febrero de 1989. Unanimidad de votos. Amparo directo 638/89. Ana María Esteso Díaz. 9 de marzo de 1989. Unanimidad de votos. Amparo directo 508/89. María Luisa Becerra López. 16 de marzo de 1989. Unanimidad de votos. Amparo directo 1033/89. Raúl Fernández Salazar. 6 de abril de 1989. Unanimidad de votos. NOTA: Tesis I.3o.C.J/6, Gaceta número 22-24, Pág. 141.

Dada la naturaleza de esta tesis estamos totalmente de acuerdo con dicho criterio ya que consideramos que la falta de proporción de alimentos es como si se ejerciera una violencia familiar ya que como mencionamos anteriormente la violencia familiar deja daños físicos y en este caso el que el menor no se alimenta ocasiona daños físicos graves a su cuerpo y provoca enfermedades como la anemia y por lo tanto se perjudica la salud del menor.

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Apéndice de 1995

Parte: Tomo IV, Parte SCJN

Tesis: 309

Página: 208

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

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

Precedentes

Octava Época: Contradicción de tesis 30/90. Entre las sustentadas por el Segundo y Quinto Tribunales Colegiados, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 13

de mayo de 1991. Unanimidad de cuatro votos. NOTA: Tesis 3a./J.31/91, Gaceta número 42, Pág. 78; Semanario Judicial de la Federación, tomo VIII-Julio, Pág. 65. En la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación 75, correspondiente a Marzo de 1994, página 20, aparece la tesis de jurisprudencia 3a./J.7/94, del rubro: "PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA MISMA EN CASO DE INCUMPLIMIENTO AL DEBER DE ALIMENTOS", en donde se complementa el criterio sostenido en esta tesis de jurisprudencia.

Aquí cabe hacer el comentario de que al contraer matrimonio ambos cónyuges se juraron amarse y respetarse, esto de acuerdo al deber de fidelidad y de ayuda mutua, podemos aplicarlo en el ejercicio de la patria potestad, ya que si se ejerce la violencia familiar es obvio que se falta a este deber mencionado, es decir al amor y al respeto, por lo que creemos que con el solo hecho de ejercer violencia familiar ya se menoscabo el bienestar de la familia lo cual es uno de los deberes establecidos primeramente en nuestra carta magna (artículo 4 constitucional) y después por el código civil en su título octavo en donde se mencionan las obligaciones y deberes de los que ejercen la patria potestad específicamente en el artículo 416 que dice que aún y cuando estén los padres en proceso de separación los deberes y obligaciones continúan, por lo que el divorcio aún después de concretado los padres continúan con sus obligaciones respecto a los menores.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Apéndice de 1995

Parte: Tomo IV, Parte TCC

Tesis: 568

Página: 409

Rubro

PATRIA POTESTAD, DECISION SOBRE LA, EN LA SENTENCIA DE DIVORCIO. Con motivo de la reforma del artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal,

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

educación, administración de bienes, etcétera, pues se puede decretar la pérdida, la suspensión, o bien, la limitación de la patria potestad; se puede así mismo, dar la intervención a ambos padres, a uno solo o a otras personas que conforme a la ley corresponda el ejercicio de dicha patria potestad o, en un caso extremo, a un tutor. De ahí que si para resolver sobre la situación de los hijos al decretar el divorcio, el órgano jurisdiccional no hace una evaluación pormenorizada de todos los elementos de juicio a su alcance o no razona debidamente su determinación, ello significará la existencia de un uso indebido de la facultad discrecional prevista en la disposición en comento. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Precedentes.

Octava Época: Amparo directo 3504/88. Ilya Isabel López González. 30 de noviembre de 1988. Unanimidad de votos. Amparo directo 3739/88. María del Carmen Martínez Ramírez. 8 de diciembre de 1988. Unanimidad de votos. Amparo directo 924/89. Hilda Elizabeth García Ortiz. 11 de mayo de 1989. Unanimidad de votos. Amparo directo 2659/88. Eliana Cazenave Tapie Isoard. 7 de diciembre de 1989. Unanimidad de votos. Amparo directo 634/90. Bertha Ruiz Alazáñez. 15 de marzo de 1990. Unanimidad de votos. NOTA: Tesis I.4o.C.J/21, Gaceta número 28, Pág. 49; Semanario Judicial de la Federación, tomo V, Segunda Parte-2, Pág. 705.

En cuanto a la competencia de los tribunales se formó el siguiente criterio:

COMPETENCIA DE LA TERCERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION. NO SE SURTE SI LO CONTROVERTIDO EN EL JUICIO NATURAL ES EL DIVORCIO Y LA PERDIDA DE LA

PATRIA POTESTAD ES SOLO UNA CONSECUENCIA NECESARIA. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 26 fracción III inciso b), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es competente para conocer de los juicios de amparo en única instancia en materia civil contra sentencias dictadas en apelación por violaciones cometidas en ellas o durante la secuela del procedimiento cuando afecten el orden y la estabilidad de la familia, con excepción de juicios sobre alimentos y divorcio; en consecuencia, si en un juicio ordinario civil la acción principal ejercitada la constituye lo relativo al divorcio necesario y sólo se reclama, como una consecuencia necesaria de éste, la pérdida de la patria potestad, la Tercera Sala es incompetente para conocer de dicho juicio, puesto que, propiamente, no se está controvirtiendo de manera autónoma y principal la patria potestad, sino si es procedente o no la acción de divorcio, cuestión que fue expresamente excluida por el mencionado precepto, de los asuntos de que debía conocer la referida Sala.

Precedentes

Séptima Época: Amparo directo 6323/85. Rubén Barrios Graff. 15 de febrero de 1987. Cinco votos. Amparo directo 4731/86. Mercedes González de González. 21 de agosto de 1987. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 1945/87. Mario Antonio Ticas Montoya. 21 de octubre de 1987. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 5850/87. Víctor Manuel Leonardo Gudiño González. 18 de noviembre de 1987. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 6743/87. Daniel Godínez Madrigal. 18 de noviembre de 1987. Unanimidad de cuatro votos. NOTA:

En la actualidad la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya no conoce de amparo directo.

Por lo analizado en el presente capítulo podemos decir:

Que la familia goza de una gran importancia en nuestra legislación en general y en la Constitución Política en particular en su artículo 4 se le dedica un espacio a la familia ya que como se considera la base de la sociedad es importante preservarla y que cumpla los fines para los que fue constituida.

En nuestro Código Civil se regula la violencia intrafamiliar como causal de divorcio además de dar las características que debe cumplir para ser considerada como tal. Antes de 1997 la violencia familiar no era considerada como causal de divorcio y además como delito en el Código Penal, pero dado los altos índices de casos de mujeres maltratadas para no dejarlas en estado de indefensión y protegerlas jurídicamente el legislador optó por agregarla como causal de divorcio y si se quiere se puede ejercer acción penal contra el agresor cosa que queda al arbitrio de la parte afectada.

En cuanto al Código adjetivo podemos decir que está bien que se faculte al juez de lo familiar para conocer de las controversias familiares solo que no podemos pasar por alto que se necesitan poner lineamientos para que el juez tome una mejor decisión fuera de su arbitrio personal. Por ejemplo en el caso que nos ocupa creemos que en vez de dictar como medida precautoria que los menores permanezcan en una custodia temporal, (en muchas ocasiones con los abuelos ya sean maternos o paternos), esa medida pase a definitiva permaneciendo el menor con su madre y digo esto por que en la mayoría de los casos el sujeto activo de este tipo de conductas es el padre.

Este tema de la violencia intrafamiliar no solo tiene trascendencia a nivel nacional en México sino que también a nivel internacional existe esta preocupación ya que en el mundo se han organizado conferencias y reuniones en torno a este tema de las cuales han salido diversas leyes y reglamentos de los cuales hicimos mención anteriormente los cuales tienen vigencia únicamente en los países participantes a través de un tratado que firmarán los involucrados.

En cuanto a la materia penal podemos decir que en un avance importante que se tipifique esta conducta como delito ya que al hacer esto se tutelan diversos

bienes jurídicos tales como la vida la integridad personal la salud etc., y así se brinda una mejor y eficaz protección a los menores y a las mujeres víctimas de estas conductas.

CAPITULO 4

FORMA Y CRITERIO QUE DEBE ADOPTARSE PARA DETERMINAR QUIEN DE LOS CÓNYUGES EJERCERÁ LA PATRIA POTESTAD DE LOS HIJOS MENORES EN CASO DE UN DIVORCIO POR VIOLENCIA FAMILIAR.

4.1. OTORGAMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES.

A manera de introducción al tema de las resoluciones judiciales, el cual consideramos que es una forma de expresión del criterio del juez, trataremos de explicar brevemente en que consisten y en que se basa el Juez para dictarlas:

Cuando se habla de otorgamiento de guarda y custodia y pérdida de la patria potestad hablamos de un acto jurídico, y por ende de un acto de jurisdicción, emitido por un juez, ya que es el único facultado para tal fin pero, ¿Qué es un acto jurídico? ¿Qué es un acto de jurisdicción?

Sin pretender dar una definición, creemos que el acto jurídico es una manifestación externa de la voluntad que se hace con el fin de crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones y derechos, que producen el resultado apetecido por su autor, en virtud de que la ley le da a su voluntad, una sanción jurídica.

Chiovenda, en su libro “Derecho Procesal Civil”, páginas 344 y 345, nos dice: “Nos parece que la característica de la función jurisdiccional es la sustitución de una actividad pública a una actividad ajena... En la sentencia el juez se sustituye para siempre al afirmar existente una obligación de pagar, de dar, de hacer, o no hacer, al afirmar existente el derecho a la separación personal o a la resolución de un contrato, o querido por la ley un castigo”. Esta teoría, a pesar de ser falsa, tiene muchos partidarios en Italia.

Según la teoría de Chiovenda, el acto de jurisdicción consiste en la sustitución del juez a la parte demandada; primero declara el derecho y después ejecuta; esto es, si declara procedente la acción, se sustituye en la persona del demandado y obliga a éste a que pague al actor.

La teoría de Chiovenda, no es exacta: muchas veces el juez, al ejercitar un acto jurisdiccional, no esta juzgando ni del la actitud del actor ni la del demandado. En la sentencia declarativa sobre divorcio voluntario, por ejemplo, el juez no se substituye a nadie, ya que los cónyuges están dispuestos a obtener la sentencia que disuelva el vínculo matrimonial, no hay ninguna resistencia; en consecuencia, no tiene por qué sustituir el juez a ninguno de ellos.

Lo jueces pronuncian fallos, que es su función principal. Al menos dictan resoluciones judiciales que, por denominarse también providencias, autos, sentencias e incluso veredictos, según la jurisdicción⁹⁷.

El juez al dictar un fallo indudablemente que está efectuando un acto jurídico, ya que es un acto de su voluntad, que produce consecuencias jurídicas; no dicta una disposición general, sino que se refiere al caso particular que le fue planteado; tampoco es acto condición por que el juez resuelve, aunque no haya ley aplicable al caso.

Juzgar los litigios y las infracciones es la doble función judicial por excelencia.

Investiguemos pues en la medida de lo posible como forman los jueces sus fallos y hacen justicia.

El fallo es un proceso psicológico, y debe ser una operación lógica, a la vez que deben corresponderse con los principios del derecho y de la justicia. Los fallos bien formulados, obra de magistrados experimentados, satisfacen todas esas exigencias, y tales son los que resultan más útiles estudiar, si se quiere que la ciencia judicial sirva al arte de juzgar.

Si se intenta el análisis del acto de juzgar en general, hay que investigar las operaciones lógicas y psicológicas que encierra, y que son menos simples de lo que podría llevar a creer el vocablo juicio.

Se considera generalmente que juzgar consiste en afirmar una relación entre conceptos. Desde el punto de vista lógico, se aplica al hecho y a la manera de plantear la relación determinada entre dos o más términos; desde el punto de vista psicológico, se relaciona con la decisión mental que enlaza los conceptos y establece la relación como título de verdad. Desde el primer punto de vista, el juicio consiste en relacionar términos, llamados sujeto y predicado. Desde el segundo punto de vista, es la adhesión al enlace de las representaciones. Esta

⁹⁷ Se reserva más especialmente el nombre de autos a las resoluciones de los tribunales o jurisdicciones inferiores, y el de sentencias a las resoluciones de las cortes o de las jurisdicciones superiores, que ponen fin al proceso, al juzgar en la última instancia. Las providencias son mas bien medidas graciosas (de jurisdicción voluntaria) o contenciosas tomadas por un juez único, que estatuye ante demanda verbal o sumaria, etc. Los laudos son resoluciones de los árbitros; aunque también se les da a veces ese nombre a las de los jueces de paz, y sobre todo en última instancia, donde también tienen facultades para juzgar según la equidad.

noción del juicio desenvuelto y formulado se aplica al juicio judicial propiamente dicho, sin que baste para caracterizarlo.

Comprendiendo dentro del juicio “toda forma de razonamiento lógico que establece una combinación consiente y determinada entre los elementos de la conciencia”⁹⁸.

Los términos del juicio, antes de aparecer enlazados de modo claro y determinado, se reúnen por la intuición y la asociación en un conjunto consciente durante el proceso que constituye la formación del juicio.

Con frecuencia se corrobora que la intuición prepara el fallo judicial ya que consideramos que al juzgador cuando le llega un asunto x y leer el escrito inicial de demanda, con los hechos presentados el juzgador puede intuir si la parte actora tiene razón o no independientemente si el periodo de pruebas se inició o no.

La intuición se halla en la base de todo razonamiento lógico y si el juicio integra, entre todos los procedimientos lógicos, el que presenta analogía más impresionante con la intuición; ya que no hace sino combinar en forma consiente y determinada los elementos ya agrupados por los procedimientos primitivos del conocimiento⁹⁹.

En la actitud de afirmación y adhesión que implica el juicio formulado interviene la decisión que implica un acto de voluntad.

El sentimiento y voluntad constituyen por lo menos resortes importantes, y la voluntad dirige el pensamiento. Mas particularmente, interviene para formar, fijar y determinar las ideas, e incluso para realizar un acto de elección cuando cabe dudar entre ellas: la encontraremos en cuantos casos desempeña un papel el arbitrio del juez, como en los de apreciación o evaluación; y además en los casos donde se contrapesan varios principios, la voluntad no deja de influir en la decisión: es de notar en todos los fallos judiciales condenatorios.

⁹⁸ GORPHE, Francois. LAS RESOLUCIONES JUDICIALES. Tribunal Superior De Justicia Del Distrito Federal. México 1999. Pág. 22.

⁹⁹ La noción de intuición permanece bastante vaga, y su función es comprendida muy diversamente. Ha sido valorada, de una parte, por Bergson y su escuela; y de otra y de manera distinta, por los psicoanalistas. Entre estos últimos, Jung relaciona con la intuición la función irracional que permite darnos cuentas de un aspecto nuevo o presentir los acontecimientos futuros. Como oposición a la función racional del juicio preciso que se ejerce, ya sea por el pensamiento sobre las cosas que no nos atañen, ya sea por el sentimiento acerca de las cosas que nos afectan.

Los juicios de los jueces pueden revestir lo mismo la forma afirmativa que la negativa, según admitan o rechacen una demanda; pero son a la vez analíticos y sintéticos. Deben ser los más completos posibles; tienden siempre a ser definitivos, pero también comienzan por ser preparatorios, en el sentido de conducir a la conclusión. Versan sobre representaciones, que no obstante pueden basarse, en cuanto a la prueba, sobre percepciones. Finalmente, si pueden participar de un carácter teórico, no es sino por el establecimiento de los principios; son esencialmente prácticos. Los juicios prácticos pueden ser de dos suertes: o teóricamente motivados o prácticamente motivados. En tal sentido los juicios de los jueces encuadran en esta distinción, según el carácter de sus motivos, que pueden ser de hecho y de derecho. Más no hay que olvidar que todo juicio debe basarse a la vez en el derecho y en el hecho, de manera que presente un carácter mixto, con predominio de una u otra clase de motivos.

El proceso de los juicios teóricos es puramente intelectual, mientras los juicios prácticos se forman con el sentimiento y de la voluntad, que interesa concretar. En los juicios prácticamente motivados han sido observados dos casos. En el primero, el sujeto tras haber vacilado entre dos aseveraciones opuestas, que le parecían igualmente defendibles, pero difíciles de conciliar desde el punto de vista teórico, opta por una decisión más o menos arbitraria, una especie de *stat ratione voluntas*. En el segundo caso, el juicio expresa una convicción profunda, proveniente de una predilección sentimental; aquí, el sentimiento determina no ya el simple hecho de la decisión, sino el contenido mismo de la respuesta.

Así todo juicio práctico implica una doble intención: no sólo la intención inicial, dirigida hacia cierto contenido del pensamiento, que también se encuentra en el juicio teórico, sino además una intención final, que constituye a la vez el resultado de un acto mental y el principio de una volición¹⁰⁰. Una y otra se encuentra en los juicios de los jueces, llamados así mismos resoluciones.

En este tenor el juez está obligado a adoptar una posición y eso aunque las razones en pro y en contra se equilibren; y, cuando se trata de fijar la cuantía de una condena, es llamado a decidir con cierto margen de arbitrio.

¹⁰⁰ Se refiere a la voluntad. DE PINA, Rafael y DE PINA VARA Rafael. Op. Cit. Ed. Porrúa. S.A. México 1993. Pág. 498.

¿En que consisten, pues, los juicios de los jueces? En el sentido amplio adoptado en este estudio, comprenden todas las resoluciones tomadas por los jueces, generalmente para solucionar un litigio, y formuladas en un acto judicial. Comprenden los mismos dos partes: los motivos y la parte dispositiva. La segunda es la que, hablando con propiedad, contiene la resolución y la que pasa en autoridad de cosa juzgada.

Si se quiere presentar como silogismo un juicio bastante sencillo, la premisa mayor expresará la regla de derecho, que puede encontrarse sobreentendida si es constante; la premisa menor la situación de hecho, que varía con cada especie y hay necesidad de determinarla siempre; la conclusión expresa la aplicación de la regla al caso concreto.

En verdad, el contenido de los fallos, aún motivados cuidadosamente, no expresa sino las razones positivas y jurídicas, las únicas sometidas a la fiscalización del superior en la jerarquía jurisdiccional; y deja a un lado la parte relativa a la apreciación libre de los hechos, donde actúan la intuición, el sentimiento y la voluntad: ahí puede haber motivos no expresados, cuando no incompletamente consientes, pero no menos importantes para explicar el sentido concreto en que ha sido adoptada la resolución, o la tendencia en que se ha formado la jurisprudencia sobre la cuestión.

Todo juicio se basa en la concepción; todo juicio reviste forma de decisión. Juzgar es aceptar libremente las razones que la inteligencia no puede dejar de mirar como convincentes tras un examen integral y sincero de la cuestión.

Como afirma el intelectualismo, todo juicio está finalmente determinado por representaciones pertinentes (los motivos), que conducen a una conclusión; pero también, como sostiene el voluntarismo, la persona tiene en la elección entre las representaciones diferentes que se presentan y en la afirmación que es consentida por último, para llegar al acto decisorio (la parte dispositiva).

Hace ya mucho se han diferenciado los dos elementos del “saber” y del “querer”, que se encuentran íntimamente enlazados en todo juicio. Tan pronto, y más particularmente en los juicios civiles, predomina el primero, en el hecho de reconocer o declarar lo conforme al derecho o a la justicia; como, más especialmente en los fallos represivos, es el segundo elemento preponderante, en

hecho de decidir lo que debe hacerse o ejecutarse; puesto que, en éstos últimos fallos, la ejecución no se abandona ya al celo o a la libertad de las partes, sino que se impone de oficio.

Cuando se da el caso de ordenar una medida cualquiera, prohibir un acto, y mas aún pronunciar una condena de daños y perjuicios o la de una pena, entonces la voluntad entra en juego en la decisión que haya de tomarse y en el acto decisorio que tenga que expresarse: ahí se despliega mayor o menor energía, en forma de severidad o de indulgencia, de firmeza o de blandura; y cabe advertir la tendencia de cada juez en un sentido o en otro, según su carácter.

Conviene advertir que un fallo judicial, por racional que parezca, no se reduce jamás a un simple trabajo de estudio o investigación; incluso, con mucha frecuencia, encuentra ese trabajo preparado del todo previamente por los que presentan el asunto; pero siempre una vez concluso el caso, será necesario admitir o rechazar los medios de ataque o de defensa sostenidos por una y otra de las partes, elegir entre las pretensiones contrapuestas, aceptar o rechazar las peticiones, las solicitudes, las súplicas incluso, que pueden conmover la piedad; por último, adoptar una posición entre las partes, para reconocerle la razón a una y señalar el error de la otra, sin poder satisfacer a todos.

Un elemento que consideramos importante es la equidad. La equidad integra una noción vivificadora del derecho, a la cual se recurre constantemente por la justicia; pero que se mantiene compleja y determinada diferentemente, por que actúa como sentimiento más que como concepto. Aunque enlazado con los principios del derecho, el fallo de equidad se inspira en el sentimiento de justicia para la apreciación de las circunstancias particulares del caso, a las cuales se procura adaptar la regla general. En el terreno favorable, que se extiende a la mayor parte del derecho privado, interviene un factor personal, el de la tendencia del juez a juzgar, en mayor o menor grado, en el sentido de la equidad.

En conclusión podemos afirmar que la suprema función del juez consiste ante todo en aclarar, con una inteligencia aplicada y con su sentimiento, si el resultado obtenible por la aplicación lógica de las reglas jurídicas conduce a una resolución útil en el caso. Los fallos en los cuales esa función sea resuelta de manera afortunada suelen ser apreciados en todas partes como luminosos

modelos. Lo más frecuente es que la equidad obre dentro de los límites legales, y el fallo debe satisfacer una doble exigencia: la buena justicia consiste en equilibrar la equidad con el derecho.

Tal equilibrio debe encontrarse de nuevo en los diversos elementos psicológicos que concurren a la formación del fallo, en la triple relación intelectual, afectiva y voluntaria. El juez es un hombre viviente, y juzga con toda su alma; realiza obra no tan solo racional, sino humana.

4.1.1. COMO ACTO PREJUDICIAL.

Esta hipótesis se presenta cuando uno de los cónyuges pretende demandar (en este caso la patria potestad de los hijos menores), denunciar o querellarse contra otro a fin de evitar mayores fricciones que derivarían en daños a los menores, como acto previo al juicio de divorcio necesario, u otro similar (ya que el precepto no tiene limitaciones) viene inherentemente la separación de los miembros de la familia de acuerdo con los artículos 205 al 217 del Código de Procedimientos Civiles.

4.1.2. COMO MEDIDA PROVISIONAL.

Aquí operan las mismas circunstancias que en el párrafo anterior, en la inteligencia de que se solicita como medida provisional mientras dure el juicio, ya sea al presentar la demanda o con posterioridad, y se encuentra regulado en el artículo 282 fracción I y VII del Código Civil, que a la letra dice:

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;

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;

4.2. HIPOTESIS EN LA QUE SE DETERMINA EL OTORGAMIENTO DE LA PATRIA POTESTAD DE LOS HIJOS MENORES A UNO DE LOS CONYUGES.

En el caso que nos ocupa en este trabajo únicamente mencionaremos la hipótesis que se presenta en el artículo 267 fracción XVII del Código Civil para el Distrito Federal, en el caso de que alguno de los padres ejerza violencia familiar.

Artículo 267.

Son causales de divorcio:

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;

Como se mencionó anteriormente en nuestra exposición de motivos creemos que la violencia familiar es una razón suficiente para que el cónyuge agresor pierda todo derecho, es decir la guarda y custodia sobre los menores, de manera definitiva, sin perder sus obligaciones y no como dice el artículo 416 del Código Civil que si existe una separación de los cónyuges ambos compartirán la guarda y custodia y el derecho de convivencia cosa que no nos parece ya que sería volver a exponer a los menores a que sean víctimas de esta conducta una vez más, y con ello la posibilidad de ocasionar daños físicos y psicológicos mayores a los menores, y sostenemos esto porque somos del pensamiento de que casos como estos ya no tienen solución por que si el cónyuge agresor lo hace una vez puede hacerlo las veces que se le pegue la gana ya que en la mayoría de

los casos la violencia es un desorden conductual de naturaleza patológica y cultural, no de actitud como la mayoría piensa.

Y es que aquí desgraciadamente intervienen factores externos tales como la esperanza ferviente de toda mujer (y digo esto por que la mayoría de los casos la violencia familiar es en contra de la mujeres) que mantiene una relación de este tipo, es que al cónyuge le sucederá algo que lo hará cambiar lo que desgraciadamente no sucederá, y al mismo tiempo al esperar este cambio por parte del varón, se retarda mas la intención del la mujer para pedir el divorcio y en estos casos el tiempo es sumamente importante en el aspecto de la salud mental y física de los integrantes de la familia.

A lo largo del matrimonio, la alternativa de peleas y reconciliaciones alimentan ese tipo de esperanzas ya que así como surgen este tipo de conductas, para cada una de ellas existe una disculpa y un “cambio de actitud” que lógicamente durará muy poco.

En nuestro criterio este tipo de disculpas contribuye poderosamente a mantener la adicción en cuanto fomentan la esperanza de que en el futuro las cosas serán mejor, y por lo tanto lo único que se consigue es que se dañe a la persona de los hijos y la del cónyuge mismo ya que en este caso la familia se encuentra en un circulo vicioso en el que entran en juego los golpes y los maltratos, repitiéndose estos cotidianamente, dejando en los hijos un mal ejemplo acerca de cómo debe ser una familia “modelo”.

Uno de los puntos medulares de este trabajo es tratar de dar una alternativa a los menores hijos de una vida mejor mediante las resoluciones que tome el juez acerca de la guarda y custodia, y de la patria potestad, y lo que se propone en este trabajo es que cuando el juez dicte al iniciarse la demanda de divorcio una medida definitiva en cuanto a esta guarda y custodia, es decir, que en vez de ser una medida provisional que sea definitiva, y que esta guarda y custodia la conserve de manera definitiva el cónyuge inocente, ya que a nuestra consideración es el que pone el mejor ejemplo a los menores, todo esto en base a lo que dijimos anteriormente en cuanto a que los menores pueden llegar a tener un patrón establecido, es decir que cuando ellos el día de mañana lleguen a

formar una familia van a poner en práctica lo aprendido y lo visto en el matrimonio de sus padres y en consecuencia se seguirán repitiendo estas conductas.

Solo así creemos que se preserva la familia y cumple su cometido como base de la sociedad.

En el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece que el Juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros. Y dentro de estas medidas precautorias las más importantes son la separación de cuerpos, guarda y custodia temporal de los menores, etc., y es precisamente en la guarda y custodia que creemos que en vez de medida precautoria debería de ser una medida definitiva, ya que tomando en cuenta lo que puede llegar a durar un juicio de divorcio (meses), en el transcurso de ese tiempo se quiera o no los hijos menores se acostumbran a la convivencia con determinada persona (que quizá sean los abuelos, los tíos etc.), y entonces el juez al decretar la guarda y custodia definitiva al final del juicio es mas probable que decrete que los menores queden bajo la guarda y custodia de su madre o padre, y esto implica un desajuste en la vida de los menores en cuanto a la adaptación y la costumbre y quizá los lazos afectivos que ya tenían con quienes hayan estado antes.

4.3. FACULTAD DEL JUEZ DE LO FAMILIAR PARA DIRIMIR CONFLICTOS DE FAMILIA.

Entre los estudiosos de la materia –Investigadores, docentes, jueces y postulantes-, mucho se han cuestionado los alcances y limitaciones de las facultades y obligaciones del Juez de lo Familiar.

Hay quienes afirman que dicho servidor público tiene amplias o todas las facultades para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, decretando las medidas que tiendan a preservarla y a proteger a sus miembros,

sin limitación de formalidad alguna tal como lo establece el siguiente artículo del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal:

“Artículo 941.- El Juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros”.

Por otra parte también existen estudiosos que sostienen la antítesis de la postura condicionando y anteponiendo a dichas facultades la seguridad y la igualdad procesal como garantías de legalidad.

Para efecto de dilucidar el tema que nos ocupa daremos un breve esbozo de las facultades que tiene el juez de lo familiar para resolver los conflictos de familia y la trascendencia que tienen estas, para determinar la pérdida de la patria potestad como consecuencia del juicio de divorcio.

Por lo que se refiere a la definición de facultad, el maestro Eduardo Pallares en su diccionario de Derecho Procesal Civil, refiere que Carnelutti define la facultad como “la posibilidad de obrar en el campo de la libertad y la contrapone a la obligación; en este sentido dice, la facultad es la antítesis manifiesta de la obligación; cuando se trata de facultad, el hombre obra como quiere; cuando se trata de obligación, como se debe. Más difícil es distinguir la facultad del derecho subjetivo, por lo cual, con frecuencia se les confunde”. El mencionado autor dice al respecto: “Puesto que derecho subjetivo está constituido por la libertad en que se encuentra el titular del interés protegido de valerse o no del mandato, es claro el parentesco entre derecho y facultad; el derecho subjetivo es, precisamente, un interés protegido mediante una facultad. La analogía entre facultad y derecho subjetivo estriba en que uno y otro representan un fenómeno de libertad; pero la mera facultad se refiere a un interés en conflicto mientras el derecho subjetivo mira a un interés tutelado en el conflicto.....”¹⁰¹.

Para Rafael de Pina la facultad “es un derecho subjetivo. Atribución fundada en una norma del Derecho Positivo vigente. Posibilidad jurídica que un

¹⁰¹ PALLARES, Eduardo. DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Ed. Porrúa, S.A. México 1983. Pág. 33.

sujeto tiene de hacer o no hacer algo. Atribución jurídica atribuida a cualquier particular”¹⁰².

En virtud de lo anterior, por nuestra parte podemos afirmar que la facultad se hace consistir en: la potestad que tiene un sujeto para hacer u omitir libremente un acto o una cosa.

Ya en el ámbito jurisdiccional, advertimos que entre las principales facultades concedidas al Juez de lo familiar respecto de las controversias del orden familiar, se encuentran las siguientes:

a) La intervención de oficio en los asuntos que afecten a la familia. Esta facultad del juzgador se encuentra plasmada en el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles, que textualmente reza:

“El Juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros”.

El maestro Manuel Bejarano Sánchez, nos dice que la facultad del juez para intervenir de oficio consiste en:

“Actuar de propia iniciativa y tomar decisiones no solicitadas por las partes, realizar trámites que juzgue convenientes y proveer las medidas que determine necesarias para cumplir su función de tutelar la familia.... Obrar de oficio es actuar sin instancia de parte”¹⁰³.

Las afirmaciones contundentes del citado jurista no dejan lugar a dudas sobre el punto a tratar, sólo podríamos decir que las decisiones que tome el juzgador también comprenden aquellas peticiones que son solicitadas incorrectamente, partiendo del principio jurídico de que el que puede lo más, puede lo menos.

Como ya ha quedado precisado, existen disposiciones del Título de las controversias del orden familiar que le son aplicables a los asuntos de tal naturaleza que se dirimen en la vía ordinaria civil, y viceversa, disposiciones del

¹⁰² DE PINA, Rafael y DE PINA VARA Rafael. Op. Cit. Págs. 285-286.

¹⁰³ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. LA CONTROVERSIA DEL ORDEN FAMILIAR. TESIS DISCREPANTES. Tribunal Superior de Justicia Del Distrito Federal. Pág. 33.

juicio ordinario civil que le son aplicables a los citados juicios especiales, como se infiere, entre otros, de los propios numerales 940, 941 y 956 del Código Adjetivo Civil que a continuación transcribiremos.

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

Artículo 941.- El Juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros.

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

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

Por lo tanto si se suscita un conflicto entre los cónyuges, o para con los menores, donde tenga que ventilarse un juicio de divorcio necesario, de paternidad, de rectificación de acta, sucesorio, etc., cualquier juicio familiar independientemente del procedimiento no por ello deja de tratarse de un asunto que afecte o trascienda a la familia. De ahí que podamos inferir sin lugar a dudas que las facultades y obligaciones consagradas en el artículo 941 del Código Procesal Civil, se aplican a todo asunto familiar si el propósito es proteger y preservar a los menores y a la familia.

El maestro Manuel Bejarano Sánchez, en su obra ya citada, señala que “estos deben obrar oficiosamente, probar con independencia de las partes, admitir pruebas, emitir resoluciones para proteger a los menores, sin que de acuerdo al Código Adjetivo vigente aparezca como un deber que conlleve una obligación, sino una facultad potestativa, al usar el verbo poder”¹⁰⁴.

¹⁰⁴ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Op. Cit. Pág. 33.

El noble propósito del maestro y magistrado de lo familiar, se asemeja más a un deber moral que jurídico, que de constituirse en una obligación podría dar margen a un sinfín de argucias de abogados y contendientes. De ahí que estimo acertada la redacción del texto legal al dejar bajo a la prudencia y discreción del Juez de tales atribuciones.

La idea de que las disposiciones contempladas en el capítulo relativo a las controversias del orden familiar no son aplicables al juicio ordinario civil, como el divorcio necesario, ha sido desvanecida por la propia autoridad federal a través de jurisprudencia por contradicción y diversas ejecutorias emitidas al respecto, que dada su importancia transcribiremos a continuación:

“3ª/J.12/92. DIVORCIO NECESARIO. NO LE SON APLICABLES TODAS LAS REGLAS ESPECIALES DE LAS CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR, PERO SI LA RELATIVA A LA SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LOS PLANTEAMIENTOS DE DERECHO DE LAS PARTES, CUANDO DE ELLAS DEPENDA QUE SE SALVAGUARDE A LA FAMILIA, CON INDEPENDENCIA DE QUE PERMANEZCA O SE DISUELVA EL VÍNCULO MATRIMONIAL (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL). Las reglas y formas especiales sólo pueden aplicarse a los casos específicos a que las destinó el legislador. Como el divorcio necesario no se encuentra dentro de los casos que prevé el artículo el artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ni tiene una regulación propia para su tramitación dentro del ordenamiento citado, se rige por las disposiciones generales del juicio ordinario y, por tanto, no le son aplicables, en principio, todas las reglas especiales establecidas para las controversias del orden familiar. Sin embargo, con excepción y mayoría de razón, le es aplicable la regla especial que prevé el segundo párrafo

del artículo 941 del propio cuerpo legal, relativo a la suplencia de la deficiencia de los planteamientos de derecho de las partes, cuando la aplicación de esta figura procesal dé lugar a salvaguardar a la familia, en virtud de que la intención del legislador al establecer esta regla para las controversias del orden familiar, a saber, el preservar las relaciones familiares evitando que en estos asuntos una inadecuada defensa afecte a esa institución, y la razón a la que obedece su establecimiento, que expresamente consigna en el artículo 940, a saber que los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público por constituir aquella la base de la integración de la sociedad, operan de manera más clara e imperativa tratándose del divorcio necesario pues implicando éste la disolución del vínculo matrimonial, problema capital que afecta a la familia, debe garantizarse que no se perjudique a ésta con motivo de una inadecuada defensa. Lo anterior se reafirma si se considera que la razón por la cual el legislador no incluyó al divorcio necesario dentro del procedimiento para las controversias del orden familiar, fue por que, rigiéndose aquel por las disposiciones del juicio ordinario, que exigen mayores formalidades y establecen plazos más amplios para el ofrecimiento y recepción de pruebas, se tiene la posibilidad de preparar una defensa más adecuada, lo que favorece la preservación y unidad familiar. Por la importancia social de la familia, prevista en el artículo 4° de la constitución, se debe admitir la suplencia referida, lógicamente cuando la aplicación de esa figura procesal tenga como efecto la salvaguarda de la familia, independientemente de que ello se consiga con la disolución o no del vínculo conyugal. Además justifica lo anterior el que al introducir esa figura procesal el

legislador, no la circunscribió a las controversias de orden familiar especificadas en el artículo 942 citado, sino que usó la expresión “en todos los asuntos de orden familiar”, aunque, respecto del divorcio que tiene esa naturaleza, debe limitarse a las hipótesis precisada, en que la suplencia conduzca a proteger a la familia”.

Contradicción de tesis 11/91. Entre las sustentadas por el Primer y Tercer Tribunales Colegiados en Materia Civil del Primer Circuito. 3 de agosto de 1992. Cinco Votos. Ponente: Mariano Azuela Huitrón, Secretaria: María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

Tesis de Jurisprudencia 12/92. Aprobada por la Tercera Sala de este alto Tribunal en sesión privada celebrada el 3 de agosto de 1992. Cinco votos de los señores ministros: Presidente José Trinidad Lanz Cárdenas, Mariano Azuela Huitrón, Sergio Hugo Chapital Gutiérrez, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez y Miguel Montes García.

PATERNIDAD, EL JUICIO DE RECONOCIMIENTO ES UNA CUESTIÓN RELATIVA A ORDEN Y ESTABILIDAD DE LA FAMILIA. El artículo 107 de la constitución Federal, no indica cuáles son las materias relativas a las acciones que afectan al orden y a la estabilidad de la familia; tampoco lo indica en alguna disposición la Ley de Amparo por tanto, para determinar el alcance de lo dispuesto en el artículo 107, fracción III, inciso a) parte final, de la ley fundamental, es conveniente tomar en cuenta, sólo para el efecto de considerar de manera ejemplificativa algunos de los casos en los que se controvierten derechos que afecten el orden y la estabilidad de la familia, lo que establece el artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, así en los casos

enumerados en este precepto legal y en todos aquellos que versen sobre cuestiones similares, se trata de controversias que afectan el orden y la estabilidad de la familia, en los términos previstos por el artículo 107, fracción III, inciso a), parte final de la constitución, en atención a que la disposición legal transcrita está comprendida en el Título Décimo sexto del Código adjetivo civil citado, que se refiere a las controversias de orden familiar, de acuerdo con lo expuesto, el juicio de reconocimiento de paternidad es una cuestión relativa al orden y a la estabilidad de la familia por que a través de ese juicio se pretende constituir un derecho paterno-filial. Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del primer circuito. Amparo Directo 568/94.- Micaela González Hernández.- 27 de octubre de 1994.- Unanimidad de votos.- Ponentes: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez.- Secretario: Alejandro Sánchez López.

PATERNIDAD INVESTIGACIÓN DE LA. LA VIA ORDINARIA CIVIL SEGUIDA AL EFECTO NO IMPIDE APLICAR LAS NORMAS QUE RIGEN PARA LAS CONTROVERSIAS DE ORDEN FAMILIAR.- La circunstancia que sobre un juicio de investigación de paternidad se haya propuesto y seguido en la vía ordinaria civil, por tratarse de una controversia en donde priva un interés preponderante para el menor interesado, hace permisible la suplencia de la queja a favor de aquel, como lo dispone el artículo 76 bis, fracción V, de la ley de amparo, que a su vez concuerda en lo que corresponde al juez común con lo que estatuyen los artículos 940, 941 y 942 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, a pesar de que estos numerales rigen para las

controversias de orden familiar y no para el juicio de origen propuesto y seguido en la vía ordinaria civil, habida cuenta que el rigorismo del procedimiento no puede prevalecer o impedir la salvaguarda de los menores que participen en aquellas controversias.

Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del primer circuito.1.3.C.51C.

Amparo Directo 4703/95.- Roxana Romero Rodríguez.- 14 de septiembre de 1995.- Unanimidad de votos.- Ponente: José Becerra Santiago.- Secretario.- Gustavo Sosa Ortiz.

Si bien el artículo 941 párrafo I del código adjetivo civil, establece la posibilidad del juez de lo familiar, para intervenir de oficio y decretar las medidas que tiendan a preservar a los miembros de la familia, especialmente tratándose de menores y alimentos, también lo es que la aparente disposición de carácter enunciativo y no limitativo, corresponde al juzgador analizar cada caso en concreto a fin de que tales atribuciones lleven implícito un mínimo de respeto a las garantías de los gobernados, de acuerdo a las propias disposiciones constitucionales, legales y jurisprudenciales.

Ahora bien, si el legislador otorgó al juez facultades para intervenir de oficio, ello significa que no debe obligársele a observar rigurosamente las disposiciones del juicio ordinario civil, pues de otra manera se verían seriamente restringidas. Sin embargo, como hemos dicho con antelación, debe analizarse al caso concreto, pues habrá asuntos en que deberá respetarse el principio de seguridad jurídica que implica la igualdad en el trato con las partes contendientes en el proceso, así como la oportunidad para inconformarse con las medidas decretadas en términos de la ley.

Consideramos que los alcances y limitaciones para actuar de oficio se encuentran plasmados en los propios ordenamientos legales, desde la propia Constitución Federal hasta en el Código Civil y de Procedimientos Civiles, donde salvo determinadas excepciones que conforman el principio de contradicción, en

la generalidad se ciñen bajo un respeto irrestricto a los derechos fundamentales del ser humano.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, a excepción de algunas ejecutorias verdaderamente aisladas, sostiene que el juez no sólo puede, sino debe resolver la situación legal de los hijos, la condena al pago de alimentos por parte del cónyuge culpable al inocente, la disolución de la sociedad conyugal, incluso girar el oficio correspondiente al Registro Civil para efectuar las anotaciones respectivas, por tratarse de aspectos inherentes a la propia disolución del vínculo matrimonial de los cónyuges. Esto es, los dispositivos respectivos (artículos 283, 287, 288, 289 y 291 del Código Civil) regulan que los eventos aludidos, considerados de orden público, no queden en estado de incertidumbre, y por ende, permanezcan regulados específicamente en la sentencia. De ahí que cuando el divorcio no procede, se dejan sin efecto las medidas provisionales y ambos consortes deben seguir cumpliendo con los fines del matrimonio, y en su caso, reincorporarse a vivir juntos en el domicilio conyugal, aplicando el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

En conclusión y en mérito de lo anterior, diremos que el juzgador de acuerdo a las facultades que le confiere la ley tiene la potestad de decretar, según las circunstancias del caso, el otorgamiento de la patria potestad de forma provisional o definitiva, cuando exista violencia familiar o alguna otra situación similar que contravenga los intereses de la familia.

4.4. CONSTITUCIONALIDAD EN LA DETERMINACION DEL JUEZ DE LO FAMILIAR PARA DETERMINAR QUIEN DE LOS CONYUGES EJERCERA LA PATRIA POTESTAD DE LOS HIJOS MENORES.

Antes de las reformas procesales, el tribunal de alzada (Salas Familiares en el Distrito Federal) y autoridad federal emitieron diversas resoluciones proclamando lo indebido e inconstitucional de la resolución que privaba al cónyuge presumiblemente agresor de la patria potestad de los hijos menores; Hoy en día existen jueces, magistrados, litigantes, etc., que sostienen que ordenar la pérdida de la patria potestad de los menores es inconstitucional; sin embargo atendiendo a

lo establecido por nuestra Carta Magna en su artículo 4° -que como ya vimos en un capítulo anterior tal ordenamiento establece los derechos que tienen los miembros del grupo familiar, y la obligación de las autoridades de proteger dichos derechos-, así como a lo mencionado en el apartado anterior, considera que tal determinación no viola ninguna garantía consagrada en nuestra constitución ya que si el juez dicta la pérdida de la patria potestad de los menores es precisamente para proteger los derechos de la familia, aunque ya no este completa como debería de ser, de desarrollarse en una ambiente sano aunque sea sin la presencia de uno de los padres pero a la larga creemos que es mejor así para los miembros restantes de la familia.

4.5. ¿QUE TAN EFECTIVAS SON LAS MEDIDAS PROVISIONALES TOMADAS POR EL JUEZ DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO?

No obstante la nobleza de las intenciones del legislador, en querer frenar un fenómeno social tan denigrante como lo es la violencia familiar, los remedios legales difícilmente han dejado que se cumpla con eficacia el cometido, retener la patria potestad y comprobar que se es el idóneo para conservarla.

Si nos preguntáramos que medidas son más efectivas (no legales) para conseguir los fines que se propuso el legislador en el sentido de frenar la violencia intrafamiliar propiciada generalmente por el cónyuge varón, no dudáramos en responder que se le negara la garantía de audiencia en atención a la carencia de los recursos económicos de muchos peticionarios como para interponer demanda de garantías, sería probable que acatará la determinación judicial interponiendo algún recurso de inconformidad, cuya duración sería relativamente moderada, dando margen a que durante dicho intervalo los contendientes reflexionarán sobre una solución pacífica.

4.6. REQUISITOS QUE DEBE VALORAR EL JUZGADOR PARA DETERMINAR CUAL DE LOS CONYUGES TENDRA LA PATRIA POTESTAD DEFINITIVA DE LOS HIJOS MENORES.

A nuestro juicio creemos que los requisitos que el juez debe de tomar en cuenta para el otorgamiento de la patria potestad definitiva al cónyuge inocente, en caso de violencia intrafamiliar son los siguientes:

1. El juzgador deberá atender las circunstancias del caso para determinar la situación de los hijos menores; en este rubro se deberá tomar en cuenta las obligaciones señaladas en el artículo 165 del Código Civil –respecto de la obligación alimentaria-, lo referente a la guarda y custodia de los hijos, y las propuestas de los cónyuges, si las hubiere y lo dispuesto por las fracciones V y VI del artículo 282 de código civil.

2. Que las causas invocadas por él o la peticionaria sean de tal gravedad que exista el temor inminente de ser afectados en su integridad personal, la de sus hijos. Dicha medida aún cuando no se especifica en los artículos relativos (lo cual debería de especificarse concretamente en la ley para evitar injusticias que en vez de resolver el conflicto lo agrave), debe de suponerse como calificativa de las causas en que se funde la petición; de lo contrario se correría el riesgo de cometer arbitrariedades por hechos intrascendentes a los bienes jurídicos mencionados. De ahí que la propuesta que queremos hacer es que exista un criterio unificado en cuanto al otorgamiento de la patria potestad de los hijos menores de manera definitiva al cónyuge inocente en caso de violencia familiar ya que esto beneficiaría en gran medida a los menores en cuanto a su bienestar psíquico y físico.

3. En este caso creemos que no procedería que el juzgador tome en cuenta la situación económica de los padres ya que por ejemplo ya que si el cónyuge inocente no tiene una situación económica “aceptable” y el cónyuge culpable si la tuviera, sería absurdo que por ese hecho, el juez le concediera la guarda y custodia definitiva de los menores. De hecho mediante la pensión que el culpable debe dar pienso que esa situación económica mejoraría.

4. En los casos en los que existan constancias de que existe violencia familiar, el juez sin más preámbulo deberá ordenar la salida inmediata del cónyuge agresor del domicilio conyugal.

4.7. PROBLEMÁTICA EN EL OTORGAMIENTO DE LA PATRIA POTESTAD DEFINITIVA DE LOS HIJOS MENORES.

Todo acto de permanencia y desalojo, normalmente está precedido por conductas violentas físicas y morales entre los cónyuges y de estos hacia los hijos, por lo tanto sería recomendable que en términos del artículo 16 de la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia intrafamiliar, el juzgador, en el propio auto que decreta la providencia, solicite a la delegación política correspondiente, o a las instituciones debidamente sancionadas por el Consejo que se encuentren señaladas expresamente por el reglamento de la ley, la realización de los estudios e investigaciones correspondientes, para que remitan los informes, dictámenes, procesos psicoterapéuticos de agresores y receptores de la violencia familiar y, en general todo aquello que les sea de utilidad para resolver la controversia sometida a su conocimiento.

Para lograr el objetivo inmediato anterior, es necesario que el Consejo para la Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar, conformado por 15 miembros honorarios y presidido por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, haga públicas sus propuestas, para que los juzgadores tengan pleno conocimiento de su sistema a seguir.

4.8. CONSIDERACIONES JURIDICAS DEL PERFIL NORMATIVO DE LOS INSTRUMENTOS LEGALES APLICABLES EN MATERIA DE VIOLENCIA FAMILIAR EN EL DISTRITO FEDERAL.

A través del desarrollo del presente trabajo, del perfil normativo que se da a la violencia familiar ejercida por los padres hacia sus hijos como medio correctivo de disciplina, y de conformidad con el artículo 4° constitucional en lo relativo a este tema, podemos decir que la mayoría de los instrumentos jurídicos del Distrito Federal encuentran consistencia al tener como uno de sus objetivos el proteger a las niñas y a los niños contra toda forma de maltrato físico y psicoemocional. Dicha protección encuentra su contenido en los derechos de las niñas y los niños a la satisfacción de sus necesidades tales como de salud, educación y sano

esparcimiento para su desarrollo integral, así como, en el deber de los ascendientes, tutores y custodios de preservar los mismos. No obstante la legislación no es del todo coherente en lo concerniente a la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar del Distrito Federal.

Asimismo nos referimos al caso del segundo párrafo del inciso b) de la fracción III del artículo 3° de la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar del Distrito Federal, pues aquí también encontramos una problemática con relación a la consistencia de los elementos de dicha ley y el principio constitucional mencionado a lo largo de este trabajo. Esta problemática se da al momento de la determinación del maltrato psicoemocional para poder configurarse como violencia familiar.

Estas inconsistencias normativas de los tres casos aquí mencionados serán analizadas en el siguiente punto.

4.8.1. PROBLEMÁTICA NORMATIVA DERIVADA DE LA LEY DE ASISTENCIA Y PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA FAMILIAR CON RELACIÓN AL MALTRATO FÍSICO Y PSICOEMOCIONAL.

Antes de entrar en materia, cabe hacer referencia al análisis realizado a la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar, referente a los casos de maltrato físico y psicoemocional que los padres ejercen a sus hijos, regularmente como medida de disciplina.

Al respecto, se hacen las consideraciones jurídicas siguientes:

En el artículo 1° de la ley en comento, se establece que las disposiciones contenidas en la misma tienen por objeto establecer las bases y procedimientos de asistencia para la prevención de la violencia familiar en el Distrito Federal.

La aplicabilidad de la ley corresponde al Jefe de Gobierno del Distrito Federal, a través de la Secretaria de Gobernación, a la Secretaria de Educación, Salud y Desarrollo Social y a las Delegaciones en lo concerniente a la asistencia y prevención de la violencia familiar; así como, a la Secretaria de Seguridad Pública y a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Es así que de conformidad con la ley, las delegaciones a través de las unidades de atención, son las que tienen la atribución de:

I. Aplicar e instrumentar un procedimiento administrativo para la atención de la violencia familiar.

II. Resolver en los casos en que funja como amigable componedor y sancionar el incumplimiento de la resolución.

III. Imponer las sanciones administrativas que procedan en los casos de infracciones a la ley, sin perjuicio de las sanciones que se contemplen en otros ordenamientos.

Tomando como principio que dentro del objeto de la ley está el de establecer las bases y procedimientos de asistencia para la prevención de la violencia familiar en el Distrito Federal, y considerando que para los efectos de la ley se entenderá como violencia familiar, maltrato físico y maltrato psicoemocional, a las definiciones que se precisan en el artículo 3° de dicha ley, se puede establecer que éstas serán aplicables para:

I. Determinar si existió violencia familiar.

II. Que tipo de maltrato se ejerció y en consecuencia,

III. Proceder a resolver las diferencias familiares mediante los dos procedimientos que esta ley establece, es decir, de conciliación y de amigable composición.

Como consecuencia de incumplimiento de las disposiciones de la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar, ésta considera como infracciones:

A. El no asistir con causa justificada a los citatorios de las delegaciones que se señalan en el artículo 12 fracción II de la ley;

B. El incumplimiento de convenio derivado del procedimiento de conciliación y, en su caso el procedimiento de amigable composición a la que se sometieron las partes de común acuerdo;

C. El incumplimiento a la resolución de la amigable composición a la que se sometieron las partes de común acuerdo y;

D. Los actos de violencia familiar señalados en el artículo 3° de la ley, que no estén previstos como infracción o como delito por otros ordenamientos.

Asimismo, se establecen las sanciones que se impondrán en caso de cometer dichas infracciones.

De lo anterior se desprende que la definición de maltrato físico, así como la de maltrato psicoemocional, servirán para las siguientes tres aplicaciones:

⇒ Determinar si existen dichos maltratos;

⇒ En caso, de cometer alguna infracción de las señaladas en el párrafo precedente, aplicar sanciones correspondientes. Por ello, será de suma importancia la determinación del maltrato físico o psicoemocional, para que la ley se aplique con eficiencia.

A continuación se hará el análisis de cada uno de los dos casos mencionados:

Primer caso: Derogación del carácter repetitivo y periódico del acto de poder u omisión intencional que se ejerza contra el niño por parte de sus padres para que se configure el maltrato físico, psicoemocional y sexual como violencia familiar.

En la fracción III del artículo 3 de la ley de referencia se sigue contemplando como uno de los elementos para que se configure el maltrato físico, el maltrato psicoemocional, y el maltrato sexual como violencia familiar, que el acto de poder u omisión intencional que se ejerza contra el niño sea recurrente o cíclico (elemento de la violencia familiar en general), repetitivo (elemento del maltrato psicoemocional) o reiterado (elemento del maltrato sexual), elementos que en otros ordenamientos se han derogado, pues no necesariamente puede sólo causarle daño al menor un acto de poder u omisión, si se da con cierta repetición y periodicidad, sino puede ser que una sola vez marque la vida del niño. Por lo tanto, creemos que es necesario suprimir estas características de repetición y periodicidad del acto u omisión.

Segundo caso: Problemática que se da al momento de la determinación del maltrato psicoemocional para configurarse como violencia familiar.

Como se ha mencionado en este capítulo, la importancia de la aplicación de las definiciones de maltrato, en específico, la del maltrato psicoemocional, para la determinación de la existencia de la violencia familiar, es en donde radica la relevancia de realizar el análisis de lo que se considera en nuestra legislación el daño moral, con el fin de evidenciar la inconsistencia de los contenidos de la ley en cuestión respecto a los contenidos del principio normativo inserto en el artículo 4° de nuestra Constitución, y en consecuencia, constatar la escasa eficiencia de dicha ley.

En este orden de ideas, y con el ánimo de tener una mayor claridad de los conceptos de maltrato físico y del maltrato psicoemocional, a continuación transcribo la parte conducente del artículo 3° en su fracción III de referencia:

III. Violencia Familiar: Aquel acto de poder u omisión intencional, recurrente o cíclico, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier miembro de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, que tengan parentesco o lo hayan tenido por afinidad, civil; matrimonio, concubinato o mantengan una relación de hecho, y que tiene por efecto causar daño, y que puede ser de cualquiera de las siguientes clases:

A) Maltrato Físico.- Todo acto de agresión intencional en el que se utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro, encaminado hacia su sometimiento y control;

B) Maltrato Psicoemocional.- Al patrón de conducta consistente en actos u omisiones repetitivos, cuyas formas de expresión pueden ser: prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, amenazas, actitudes devaluatorias, de abandono y que provoquen en quien las recibe, deterioro, disminución o afectación a su estructura de personalidad. Todo acto que se compruebe que ha sido realizado con la intención de causar un daño moral a un menor de edad, será considerado maltrato emocional en los términos de este artículo, aunque se argumente como justificación la educación y formación del menor.

D) Maltrato Sexual.- Al patrón de conducta consistente en actos u omisiones reiteradas y cuyas formas de expresión pueden ser: inducir a la realización de prácticas sexuales no deseadas o que generen dolor, practicar la celotipia¹⁰⁵ para el control, manipulación o dominio de la pareja y que generen un daño. Así como los delitos a que se refiere el Título Décimo Quinto del Código Penal para el Distrito Federal, es decir, aquellos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, respecto a los cuales la presente Ley sólo surte efectos en el ámbito asistencial y preventivo.

Como se puede observar la definición antes descrita, los elementos que deben configurarse para que se dé el maltrato físico a los niños por parte de sus padres como medio de disciplina, son:

1. Que el acto de poder u omisión sea intencional, recurrente o cíclico.
2. Que tenga como efecto causar daño a la integridad física del niño, encaminado a su sometimiento y control.

Asimismo, los elementos que deben configurarse para que se dé el maltrato físico, a los niños por parte de sus padres como medio de disciplina, son:

- a) Que el acto de poder u omisión sea internacional y repetitivo.
- b) Que tenga como efecto causar daño.
- c) Que dicho acto de poder u omisión se haya realizado con la intención de causar daño moral.

Dicho lo anterior, si no se configuran estos elementos, no existirá para la autoridad administrativa maltrato físico ni maltrato psicoemocional. La comprobación del último elemento que configura el maltrato psicoemocional, resulta poco probable sin la intervención judicial.

Al respecto, en relación con la comprobación de la intención de producir un daño moral en el menor maltratado, para que se considere efectivamente maltrato psicoemocional, se deberán hacer los siguientes cuestionamientos:

- ¿Qué se considera “intención” de causar daño moral?
- ¿Quién va a determinar si hubo dicha intención?
- ¿Con base en qué se determina la intención de causar daño moral?, y

¹⁰⁵ Esta palabra se refiere al uso de los celos para aprovecharse y chantajear a la otra.

¿Cuánto tiempo pasará para que determine la intención de causar daño moral?

Para responder a la primera pregunta, atenderé a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual entiende por daño moral:

“Artículo 1916.-

Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas”.

En este sentido, se entiende “como intención a la orientación consiente de la voluntad de un sujeto hacia un fin determinado”.¹⁰⁶

De lo anterior, se puede concluir que se entiende como intención de causar daño moral a un menor de edad, en el caso en estudio, cuando un padre (entendiéndose el mismo como papá, mamá o ambos) conscientemente orienta su voluntad hacia la afectación de los sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos de sus hijos, o bien en la consideración que de ellos mismos tiene los demás. Asimismo, se presumirá que hubo dicha intención, cuando un padre conscientemente orienta su voluntad a vulnerar o menoscabar ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de dichos menores.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación dice lo siguiente:

“DAÑO MORAL. SU REGULACIÓN. El artículo 1916 reformado del Código Civil para el Distrito Federal, señala que los sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien la consideración que de uno tienen los demás son los llamados derechos de la personalidad, como adecuadamente los viene considerando la legislación

¹⁰⁶ DE PINA, Rafael y DE PINA VARA Rafael. Op. Cit. Pág. 30.

civilista contemporánea y les concede una amplia gama de prerrogativas y poderes para garantizar al individuo el goce de estas facultades y el respeto al desenvolvimiento de su personalidad física y moral, pues el ser humano posee estos atributos inherentes a su condición que son cualidades o bienes de la personalidad que el derecho positivo reconoce o tutela adecuadamente, mediante la concesión de un ámbito de poder y un señalamiento del deber general de respeto que se impone a los terceros, el cual, dentro del derecho civil, se tradujo en la concesión de un derecho subjetivo para obtener la reparación del daño moral en caso de que se atente contra las legítimas afecciones y creencias de los individuos o contra su honor o reputación”. (Exposición de motivos de la reforma legislativa).

Amparo Directo 8339/86. G.A. y otra. 6 de abril de 1987. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Ernesto Díaz Infante. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Hilda Martínez González”¹⁰⁷.

De lo anterior, se deriva que el daño no patrimonial (o moral) lesiona o menoscaba los bienes o derechos que pertenecen al ámbito personal jurídico del sujeto de derecho. La ausencia intrínseca de una valoración económica y la unión interna correspondiente al sujeto, son las notas características del sector estrictamente personal, que se lesionan con el daño moral.

Los requisitos que debe cumplir el daño para que sea considerado como tal son:

“Causar un perjuicio, pérdida o menoscabo; recaer sobre bienes jurídicos de una persona y ser de alguna forma, susceptibles de resarcimiento. Lo dos primeros caracteres se dan en el daño no patrimonial y el resarcimiento, se

¹⁰⁷ Semanario Judicial De La Federación, Séptima época, t 217-228 cuarta parte, Tercera Sala, 6 de abril de 1987, Pág. 98.

encuentra en la indemnización pecuniaria similar al tradicional resarcimiento de los daños patrimoniales”¹⁰⁸.

Asimismo la doctrina distingue el daño moral directo del indirecto, el primero, vulnera, en forma inmediata, un interés protegido por el derecho de la personalidad, el social o familiar; el segundo se produce cuando la conducta lesiva afecta a un bien patrimonial y por repercusión lesiona en forma secundaria a un interés no patrimonial.¹⁰⁹

En este orden de ideas, con relación a la pregunta de ¿Quién va a determinar si hubo intención o no?, cabe mencionar que el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal en su cuarto párrafo dispone que el juez civil tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso, determinará el monto de la indemnización que el responsable del daño moral deberá pagar como reparación del mismo. Por lo anterior por lo que podemos deducir que es el mismo juez el que determine si hubo o no la intención de causar un daño moral en el menor por parte de sus padres.

Al respecto, trataremos de contestar la pregunta de ¿con base en qué se determina la intención de causar un daño moral? Es importante a la prueba del daño moral en nuestro derecho. En primer termino, la demostración de la existencia del daño moral debe ser objetiva y deriva de la violación de alguno de los bienes que tutela el derecho sobre agravio extrapatrimonial, realizados por la conducta ilícita. Según el maestro Salvador Ochoa Olvera¹¹⁰, en nuestro derecho, para demostrar el daño inmaterial solamente es necesario:

- Probar la relación jurídica que vincula al sujeto activo o agente dañoso con el sujeto pasivo o agraviado.
- Demostrar la existencia del hecho u omisión ilícitos que causa un daño moral, lesionando uno o varios de los bienes que tutela esta figura.

¹⁰⁸ GARCÍA LÓPEZ, Rafael. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO MORAL. Bosch España. 1990, Pág. 79.

¹⁰⁹ GARCÍA LÓPEZ, Rafael. Op. Cit. Pág. 80.

¹¹⁰ OCHOA OLVERA, Salvador. LA DEMANDA POR DAÑO MORAL. Monte Alto. México 1996 Pág. 80.

De lo anterior se desprende que el daño no puede existir si no hay sujeto dañado, pues no puede existir el daño por sí solo para efectos de la reparación, ya que para fines procesales no se integra la relación jurídica de responsabilidad civil, entre la existencia del daño y el sujeto agraviado.

En consecuencia de lo anterior, se considera que el agravio moral es fuente de obligaciones, por que su reparación desemboca en el derecho a cobro de daños y perjuicios¹¹¹. El patrimonio moral de una persona se puede definir como: “El conjunto de bienes de naturaleza extrapatrimonial, los cuales, por su naturaleza inmaterial, no son susceptibles de valoración directa de dinero, y su afectación provoca la reparación civil por equivalente y con un fin satisfactorio”¹¹².

Independientemente de que la comprobación del daño moral tiene como fin el de reparar el agravio cometido mediante el pago de daños y perjuicios, no podemos pasar por alto que el objeto de establecer en la ley, la definición de lo que se considera maltrato psicoemocional, es para determinar la existencia de dicho maltrato y así proceder a dar inicio a cualquiera de los dos procedimientos que la ley observa, con la única intención de resolver el conflicto familiar existente y así prevenir futuros incidentes que puedan conducir al maltrato psicoemocional en el menor.

Como menciona el Dr. Mario Humberto Gamboa Rodríguez, “la tendencia jurídica en la materia se dirige a satisfacer, entre otros rubros de prevención, asistencia a las víctimas, así como resolver controversias familiares; por lo que se exigen procedimientos ágiles, expeditos y flexibles para lograrlo”¹¹³.

De lo expuesto en este caso, se desprende que caben dos interpretaciones con respecto a la determinación de la intención de causar daño moral en un menor para considerar que dicha intención configura el maltrato psicoemocional:

1) La primera interpretación, como ya se ha mencionado, es que será imposible determinar la “intención de causar daño moral” sin la intervención

¹¹¹ Hay que considerar que el Código Civil para el Distrito Federal, establece en el Artículo 323 sextus lo siguiente: “Los integrantes de la familia que incurran en violencia familiar, deberán reparar los daños y perjuicios que se ocasionen con dicha conducta, con autonomía de otro tipo de sanciones que éste y otros ordenamientos legales establezcan”.

¹¹² OCHOA OLVERA, Salvador. Op Cit. Pág. 97.

¹¹³ GAMBOA RODRÍGUEZ, Mario Humberto. LA VIOLENCIA FAMILIAR EN LAS LEGISLACIONES CIVIL Y PENAL EN EL DISTRITO FEDERAL. Suplemento Jurídico de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, México 1999. Pág. 9

judicial, pues la autoridad administrativa no es competente para resolver al respecto dejando de manifiesto la falta de eficacia y;

2) La segunda interpretación, es en el sentido de tomar en cuenta la intención de la ley. Al respecto, podemos considerar que ésta no quiere que la determinación del maltrato psicoemocional quede supeditada a la vía judicial, sino que solamente se hace mención al daño moral para que las autoridades administrativas tomen el concepto y no el procedimiento para su comprobación.

Creemos que lo anterior afecta directamente los derechos de los niños y las niñas a la satisfacción de las necesidades de salud y sano esparcimiento para su desarrollo integral, así como al deber de los padres de preservar dichos derechos que el principio normativo constitucional contiene.

Por lo anterior sostenemos que hace falta una reforma en el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en el sentido de que en las medidas provisionales o precautorias dictadas únicamente en un juicio de divorcio por violencia familiar, el cónyuge inocente obtenga de manera definitiva la patria potestad, y por consiguiente la guarda y custodia de los menores, ya que a nuestro juicio mientras dura el procedimiento estos conviven con una persona determinada y cuando acabe el juicio, el juez de lo familiar quizás dicte en su sentencia que la guarda y custodia la tendrá otra persona diferente, lo que puede ocasionar un desajuste en los hábitos y en las costumbres de los menores, y además proponemos que el cónyuge culpable pierda de manera definitiva la patria potestad y el derecho de convivencia con los hijos, ya que creemos que esta convivencia puede representar un peligro para los menores.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. A lo largo del presente trabajo mostramos nuestra preocupación no tanto por la familia como un núcleo sino por los integrantes como personas individuales, ya que aunque es cierto que los hijos somos el reflejo de lo que vivimos en la familia, y si sobre todo si se es víctima de violencia familiar en cualquiera de sus modalidades, las relaciones con los demás se tornarán difíciles, ya que a lo largo de la vida se aprenden ciertos patrones de conducta de los padres y que en consecuencia el hijo va a adoptar como normales y por ende las llevará a la práctica por lo que nos tomamos la libertad de tocar la conciencia del lector a tomar una actitud más conciente acerca del daño que se hace con este tipo de conductas que pueden fracturar las relaciones personales y familiares.

SEGUNDA. En el transcurso de la historia como pudimos observar la patria potestad se ha ido limitando en cuanto a su ejercicio, al principio con los pueblos prehispánicos en México el padre podía disponer de la vida de los hijos incluso matarlos si rompían con alguna de las reglas o no obedecían sus ordenes, lo que se traducía en un ejercicio tiránico y primitivo de este poder sobre los hijos.

TERCERA. En relación a la adición de un párrafo al artículo 411 creemos que es una falacia ya que dado que hubo maltrato parte de uno de los cónyuges a otro el agredido en la mayoría de los casos queda resentido y siempre va a hablar mal de su ex-pareja cosa que no se puede evitar ni mucho menos desmentir ya que probablemente los menores fueron víctimas de maltrato y golpes o quizá hayan visto en alguna ocasión como uno de sus padres golpeaba al otro entonces creo que sería ridículo pretender que a los menores les queden ganas de convivir con el agresor y en este caso está de mas que el cónyuge inocente prohíba la convivencia con el padre agresor y por esta razón creemos que esta adición es innecesaria por que en ella se obliga a los menores a convivir con el padre agresor y creo que a nadie se le debe obligar a convivir con alguien.

CUARTA. El otorgamiento de la patria potestad deben concurrir diferentes factores tales como la igualdad jurídica, la razón de juez para decretar dicho otorgamiento atendiendo a la protección, el bienestar y la salud física y mental de los menores involucrados.

QUINTA. De acuerdo a lo anteriormente dicho el fallo es un proceso psicológico, y debe ser una operación lógica, a la vez que deben corresponderse con los principios del derecho y de la justicia, por lo que deben ser lo más equitativo posible para poder administrar la justicia correctamente, por lo que podemos decir que los fallos bien formulados, obra de magistrados experimentados, satisfacen todas esas exigencias, si se quiere que la ciencia judicial sirva al arte de juzgar.

SEXTA. Por lo tanto, tenemos que la patria potestad es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales, es decir, la ley confiere un conjunto de facultades a determinadas personas para que, teniendo como fin primordial el cuidado y educación de los menores, velen por esto último.

SEPTIMA. Existen instrumentos legales en México eficaces, siempre y cuando se sepan utilizar, ahora bien, el cónyuge culpable, en casos de divorcio necesario, no siempre lo es el padre, así que no es injusto que existan leyes que tiendan a protegerlo, a veces, en perjuicio de la madre. Es necesario atender a que se puede dar cualquiera de los casos, tanto que el padre sea el que con sus conductas entorpezca el desarrollo integral del hijo, como la madre. Lo que tratamos de expresar en el presente trabajo es que al otorgar la patria potestad en un proceso de divorcio con causal de violencia intrafamiliar se le otorgue inmediatamente al cónyuge ofendido pero de una manera definitiva y no provisional (aunque el otro cónyuge trate de probar que no ejerció la violencia) la patria potestad todo esto con el fin de no causar una desestabilización al menor en cuanto a la adaptación o a la forma de vida que pueda tener con uno u otro de sus padres.

OCTAVA. Las medidas provisionales solo son necesarias en los casos de divorcio que se promueven por causales consideradas como no graves, no así en el caso de la violencia familiar en los cuales es necesario actuar de inmediato para salvaguardar la integridad física y psicológica de los menores hijos, ¿y como se puede actuar de inmediato? Creemos que esto se puede hacer solo dictando medidas definitivas a favor de los menores para prevenirles malestares de todo tipo, ya que el cambio de esas medidas provisionales puede derivar en desajustes emocionales a los menores.

NOVENA. Por lo anteriormente expuesto creemos que es necesario que se le prive de la patria potestad al cónyuge que ejerció la violencia intrafamiliar mediante la emisión de la medida precautoria dictada por el juez al inicio del procedimiento de divorcio a favor del cónyuge inocente pero de manera definitiva a partir de que inicie el juicio de procedimientos de divorcio ya que a nuestro criterio puede significar un perjuicio sobre todo emocional y de adaptación para los menores.

DECIMA. Que la familia goza de una gran importancia en nuestra legislación en general y en la Constitución Política en particular en su artículo 4 se le dedica un espacio a la familia ya que como se considera la base de la sociedad es importante preservarla y que cumpla los fines para los que fue constituida.

DECIMAPRIMERA. En nuestro Código Civil se regula la violencia intrafamiliar como causal de divorcio además de dar las características que debe cumplir para ser considerada como tal. Antes de 1997 la violencia familiar no era considerada como causal de divorcio y además como delito en el Código Penal, pero dado los altos índices de casos de mujeres maltratadas para no dejarlas en estado de indefensión y protegerlas jurídicamente el legislador optó por agregarla como causal de divorcio y si se quiere se puede ejercer acción penal contra el agresor cosa que queda al arbitrio de la parte afectada.

DUODÉCIMA. En cuanto al Código adjetivo podemos decir que está bien que se faculte al juez de lo familiar para conocer de las controversias familiares solo que no podemos pasar por alto que se necesitan poner lineamientos para que el juez tome una mejor decisión fuera de su arbitrio personal. Por ejemplo en el caso que nos ocupa creemos que en vez de dictar como medida precautoria que los menores permanezcan en una custodia temporal, (en muchas ocasiones con los abuelos ya sean maternos o paternos), esa medida pase a definitiva permaneciendo el menor con su madre y digo esto por que en la mayoría de los casos el sujeto activo de este tipo de conductas es el padre.

DECIMOTERCERA. Este tema de la violencia intrafamiliar no solo tiene trascendencia en México, sino que también a nivel internacional existe esta preocupación ya que en el mundo se han organizado conferencias y reuniones en torno a este tema de las cuales han salido diversas leyes y reglamentos de los cuales hicimos mención anteriormente los cuales tienen vigencia únicamente en los países participantes a través de un tratado que firmarán los involucrados.

DECIMOCUARTA. En cuanto a la materia penal podemos decir que en un avance importante que se tipifique esta conducta como delito ya que al hacer esto se tutelan diversos bienes jurídicos tales como la vida la integridad personal la salud etc., y así se brinda una mejor y eficaz protección a los menores y a las mujeres víctimas de estas conductas.

BIBLIOGRAFIA.

1. DOCTRINA.

ANONIMO. Antecedentes y Evolución de la Patria Potestad en la Legislación Mexicana. Escuela Libre de Derecho. México 1949

BAQUEIRO ROJAS, Edgar Y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. Harla México 1995.

BAQUEIRO ROJAS, Edgar. Diccionarios Jurídicos Temáticos Vol. I Derecho Civil. Ed. Harla. México 1999.

BEJARANO SANCHEZ, Manuel F. La Controversia Del Orden Familiar. Tesis Discrepantes, Tribunal Superior De Justicia Del Distrito Federal, 1994.

BURGOA, Ignacio. Las Garantías Individuales. Ed. Porrúa. México 1999.

CHAVERO, Isidro. Compendio general de México a través de los siglos. Tomo II. El valle de México. México 1987.

CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F. El Matrimonio Compromiso Jurídico De La Vida Conyugal. Ed. Porrúa México 1990.

CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F. La Familia En El Derecho. Ed Porrúa México 1990.

CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F. Convenios Conyugales Y Familiares. Ed Porrúa 4ta Edición, México 1999.

CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F. y HERNANDEZ BARROS, Julio A. La Violencia Intrafamiliar En La Legislación Mexicana. Ed Porrúa. México 1999.

DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. Ed Porrúa. México 1993.

DE LOCHT, Pierre. Matrimonio Civil Y Religioso. Ediciones Paulinas México 1973.

D'FASSI, Santiago y PTRIELLIA, Dionisio. Código Civil Italiano, Tomo 1 Familia y Persona. Buenos Aires 1960.

DE PINA, Rafael Y Rafael de Pina Vara. Diccionario De Derecho. Ed Porrúa México 1999.

DE PINA, Rafael. Elementos De Derecho Civil Mexicano.Vol. 1. Ed Porrúa, México 1986.

ENGELS, Federico. El Origen De La Familia. La Propiedad y El Estado. Ed Progreso Moscú 1990.

ESMEIN. El Matrimonio En El Derecho Canónico. Tomo II. Paris.

FORWARD. Susan. Cuando el Amor es Odio. Ed. Grijalbo. México 2004.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Ed Porrúa México 1984.

IBARROLA, Antonio de. Derecho De Familia. Ed Porrúa, México 1984.

LEON, Gabriel. Antecedentes Y Evolución De La Patria Potestad En La Legislación Mexicana. Ed Porrúa México 1949.

MARGADANT S, Guillermo F. Introducción a la historia del derecho mexicano. Ed Esfinge. México 1995.

MONTERO DUHUAL, Sara. Derecho Familiar. Ed Porrúa México 1990.

OLAVARRIETA, Marcela. La Familia. Estudio Antropológico, Familia Hoy. Madrid 1976.

PACHECO E. Alberto. La Familia En El Derecho Civil Mexicano. Ed Panorama, México 1986.

PALAU, Luis. Cuando La Soledad Duele. Ed. Betania. México 1993.

PALLARES, Eduardo. El Divorcio En México. Ed Porrúa México 1981.

PEREZ CONTRERAS, Maria De Montserrat. Derecho De Los Padres y De Los Hijos. Cámara de Diputados. LVIII Legislatura. UNAM. México 2001.

PUIG PEÑA. Federico. Tratado de Derecho Civil Español Tomo II Vol. II Revista de Derecho Privado. Madrid 1999.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo II Derecho De Familia. Ed Porrúa. México 1987.

SANCHEZ MEDAL, Ramón. Los Grandes Cambios En El Derecho De Familia En México. 1987.

THEODOR, Kiip y Martín Wolf. Derecho de familia. Volumen II. Bosch Casa Editora. Barcelona. 1979.

VAZQUEZ, María Luisa. Manejo del Enfermo Crónico y su Familia. Ed. Grijalbo. México 1990.

2. LEGISLACION

Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil Para El Distrito Federal.

Código De Procedimientos Civiles Para El Distrito Federal.

Ley De Asistencia y Prevención De La Violencia Intrafamiliar.

Ley Para La Protección de Los Derechos de Niñas, Niños Y Adolescentes.

Ley De Los Derechos de Las Niñas Y Niños En El Distrito Federal.

Ley De Relaciones Familiares De 1917.